

As duas faces do decisionismo: constitucionalismo do bem comum e democracia iliberal

Wladimir Barreto Lisboa
wblisboa@gmail.com
Professor do Departamento de Filosofia da UFRGS

Nikolay Steffens
steffens.nikolay@gmail.com
Professor do Departamento de Filosofia da UFRGS

Resumo: Poder-se-ia afirmar que os valores e ideais da modernidade conduzem à constituição das instituições do Estado Democrático de Direito. Trata-se de um longo e intrincado processo de feitura cujo resultado pode ser rastreado a partir de um complexo conjunto de visões teóricas e compromissos institucionais: princípios dos liberalismos político e filosófico, constitucionalismo e democracia representativa. Tal percurso revela-se acidentado, no entanto, há uma presença constante entre os críticos da modernidade. Trata-se da perspectiva antiliberal de algumas posições conservadoras. Contemporaneamente, o quadro democrático permite-nos rastrear as dimensões dessa crítica tanto no que diz respeito às instituições representativas, quanto à interpretação do papel e escopo de atuação do Direito no controle dos atos do Executivo. Ambas as posições se encontram vinculadas nos movimentos encetados por populistas plebiscitários em defesa de uma democracia iliberal. No presente artigo, buscamos rastrear as bases de ambos os braços da crítica ao arranjo liberal das democracias constitucionais nas influências schmittianas sobre as reflexões de uma *democracia iliberal* parceira de um *constitucionalismo do bem comum*.

Palavras-chave: crise da democracia; legalidade e legitimidade; plebiscitarismo de audiência; constitucionalismo do bem comum; Razão de Estado.

Abstract: It could be said that the values and ideals of modernity lead to the constitution of the institutions of the democratic state under the rule of law. It is a long and intricate production process whose outcome can be traced back to a complex set of theoretical visions and institutional commitments: principles of political and philosophical liberalism, constitutionalism and deliberative democracy. This path is turbulent, although there is a constant presence among critics of modernity. It concerns the anti-liberal perspective of some conservative positions. Contemporarily, the picture of Western democracies allows us to trace the dimensions of this criticism both as regards representative institutions and the interpretation of the role and scope of the Law in the control of Executive acts. Both positions are linked in the movements initiated by plebiscitary populists in defense of an illiberal democracy. In this article, we seek to trace the bases of both arms of the critique of the liberal arrangement of constitutional democracies in the Schmittian influences on the reflections of an illiberal democracy, a partner of a constitutionalism of the common good.

Keywords: crisis of democracy; legality and legitimacy; plebiscitarism of audience; constitutionalism of the common good; Reason of State.

“On me reprochera de m’attacher trop à des minuties : je souhaite que l’on sache

Recebido em 31 de maio de 2020. Aceito em 24 de agosto de 2020.

●
●

*que je le fais, non pour croire que ces choses sont importantes en elles-mêmes,
mais afin d'insinuer par des exemples sensibles qu'il faut s'armer de défiance
contre ce qu'on lit et employer son génie au discernement des faits. Cette
application étend et multiplie les forces de l'âme." Pierre Bayle, Cappadoce,
remarque : K in fine. Dictionnaire Historique et Critique. Nouvelle Édition. Genève,
Slatkine Reprints (Réimpression de l'édition de Paris, 1820-1824)*

Ataques [e crises] indissociáveis à democracia e ao Estado de Direito

Em recente reunião do gabinete ministerial da Presidência da República, cujo conteúdo foi tornado público por decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, no Inquérito (INQ) 4.8311, um dos presentes afirmou o seguinte:

Esse país não é... odeio o termo 'povos indígenas', odeio esse termo. Odeio. O 'povo cigano'. Só tem um povo nesse país. Quer, quer. Não quer, sai de ré. É povo brasileiro, **só tem um povo**. Pode ser preto, pode ser branco, pode ser japonês, pode ser descendente de índio, mas tem que ser brasileiro, pô! Acabar com esse negócio de povos e privilégios. **Só pode ter um povo, não pode ter ministro que acha que é melhor do que o povo** (Grifos nossos. BRASIL, STF 2020, p. 44).

O teor desta passagem, dentre outras, levou o decano da Corte Suprema do Poder Judiciário brasileiro a destacar em sua decisão o "grau de incivilidade e de inaceitável grosseria" (BRASIL, STF 2020, p. 45) presente nas falas dos representantes do Poder Executivo e, neste caso em específico, na do Ministro da Educação. No entanto, não faz parte dos objetivos do presente artigo propor um exame dos traços morais, das eventuais idiossincrasias expressas no discurso, nem avaliar a natureza e o teor jurídico da decisão apresentada pelo Ministro do STF, tampouco apresentar uma análise de conjuntura política nacional. Antes, gostaríamos de tomar esse excerto como uma espécie de sinal dos tempos ou, mais precisamente, como um símbolo dos desafios que, na contemporaneidade, têm sido impostos às instituições do Estado Democrático de Direito em seus, digamos assim, dois eixos: o da democracia e do direito. Trata-se de examinar como certas mutações na retórica política ensejam reflexões teóricas no domínio da teoria democrática, da teoria ou filosofia do direito e, mais especificamente, na interlocução que se estabelece entre os dois campos.

Frente a esse quadro, nas páginas que seguem, nosso objetivo será escrutinar certos padrões e raízes comuns presentes nas críticas antiliberais dirigidas, em um campo, à democracia representativa e, no outro, ao constitucionalismo típico da tradição do rule of law. Buscaremos rastrear nas teses ou, mais precisamente, em certa herança ou legado schmittiano à teoria democrática e à filosofia do direito as bases de um modelo

¹Supremo Tribunal Federal, Inquérito 4.831, Distrito Federal. Relator Ministro Celso de Mello. Autor(a/s)(es): Ministério Público Federal. A íntegra da decisão, proferida em 22 de maio de 2020, pode ser encontrada no seguinte endereço <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/decisao4831.pdf> e diz respeito à reunião ministerial ocorrida em 22 de abril de 2020. O discurso do Ministro da Educação é transcrito no item 8 da decisão no qual se identificaria "aparente prática [...] de possível crime contra a honra dos Ministros do Supremo Tribunal Federal" (p. 2). Esse excerto não diz respeito, portanto, ao cerne da denúncia, baseada num trecho imediatamente anterior quando o Ministro afirma, após um breve excursus sobre o caráter corrupto e corruptível de Brasília, que a solução seria colocar "esses vagabundos todos na cadeia. Começando no STF" (p. 44). Não obstante, julgamos que ambas as passagens concertam e, ao fazê-lo, simbolizam a tese de fundo que defenderemos a seguir. A respeito, especificamente, da expressão do ódio aos índios e ciganos, a Câmara de Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais do Ministério Público Federal solicitou, dias após a divulgação da transcrição e dos vídeos da reunião, em ofício, esclarecimentos ao Ministro da Educação com base nos artigos 215 e 216 da Constituição Federal.



democrático plebiscitário iliberal e uma compreensão do constitucionalismo do bem comum. Ambas as concepções operariam como sócias num empreendimento de crítica às instituições e procedimentos do Estado Democrático de Direito. A obra schmittiana oferece-se, assim, como uma espécie de interlocutor privilegiado ao passo que dialoga com os dois campos e oferece-se como pêndulo que nos permite bascular entre um e outro. Adverte-se, no entanto, que não se trata de um escrutínio exaustivo, mas, antes, da apresentação de um esboço, um mapeamento apresentado na forma de uma carta de intenções para um programa de pesquisa mais amplo e complexo a ser cumprido numa próxima oportunidade.

Nesse horizonte, antes de lermos o trecho acima como um simples traço de incivilidade, gostaríamos de descortiná-lo à luz de uma longa linhagem presente na tradição da teoria política crítica à natureza do Estado de Direito, da democracia representativa e, no limite, do liberalismo enquanto realização dos princípios da modernidade em seu mais alto grau. Para tanto, faz-se necessário, antes de mais nada, identificar qual a tese central do excerto, o que ela trás consigo e a quais consequências conduz. Sustentaremos que o discurso repousa sobre a pressuposição central da unicidade ou do caráter uno do povo. Ademais, poder-se-ia entrever que a unicidade ou a homogeneidade do povo repousaria em uma espécie de base natural da comunidade política. Dessa essência homogênea e natural deduzir-se-ia o traço constitutivamente excludente deste projeto político: aqueles que não fazem parte da identidade natural - ou não são reconhecidos por uma pretensa maioria como pertencentes ao conjunto - devem ser excluídos ou, simplesmente, “sair de ré”. Por fim, concluir-se-ia que a base ou o padrão de correção das decisões políticas e/ou jurídicas, caso tal distinção ainda faça sentido, não são mais as instituições estabelecidas pelo Estado Direito, por um constitucionalismo apoiado na tradição do Estado de Direito, mas, antes, a comunidade política natural. O Povo precede e, portanto, sobrepõe-se às instituições liberais. Dissolve-se o sentido de instituições como os partidos políticos, as mídias tradicionais, o legislativo e o judiciário, pois sua tarefa seria promover uma mediação que se torna desnecessária uma vez que o Povo se faz presente imediatamente ou tem sua vontade vocalizada, expressa ou apresentada pelo líder político. O que fica encoberto nesta exposição muito parcial é que não há uma identidade natural entre o líder e os liderados. Em uma lição que remonta ao capítulo XVI do Leviathan de Thomas Hobbes, a representação política na modernidade se constrói no domínio político, o que significa dizer que a pretensa identidade da comunidade não é prévia, mas, antes, constituída no próprio processo político. Processo este que não se resume à decisão do líder político ou ao decisionismo que seria constitutivo do Poder Executivo, todavia resulta dos e se desdobra nos procedimentos de mediação institucional e no jogo entre os Poderes da República.

Traduzido em termos mais diretos, o teor da fala do Ministro da Educação expressaria uma crença na vontade do povo revelada, única e exclusivamente, nos processos eleitorais guiados pelo princípio majoritário. No entanto, como tal povo não pode expressar-se permanentemente de modo direto, sua vontade revelar-se-ia por meio do líder que a vocalizaria e, portanto, não deveria ser controlado pelos demais poderes. Eis o que Nadia Urbinati vinha chamando de caráter arcaico da noção de representação com a qual operam os líderes populistas conservadores e, mais recentemente, denominou, ciente da possível contradição, representação direita (URBINATI, 2019). Poder-se-ia, seguindo a politóloga italiana, sugerir que a progressiva deformação interna dos princípios diárquicos da democracia representativa, em

especial a populista e a plebiscitária (URBINATI, 2014), conduziria a um projeto democrático iliberal ou a uma democracia.²

À luz dessa interpretação e a partir do rastreo do pano de fundo desse contexto, desejamos identificar as sete teses apontadas por Jan-Werner Muller (2016, pp. 101-3) em sua caracterização do fenômeno populista. Trata-se de uma apresentação controversa, porque parcial, de um tema que tem sido o centro das atenções dos debates em ciências humanas e, portanto, amplamente discutido, bem como disputado. Ainda que não exista uma conexão necessária entre os dois esquemas conceituais, desejamos desdobrar as características de uma democracia iliberal a partir das teses centrais do populismo, posto que na falta de termo melhor, tem sido a expressão empregada para fazer referência a fenômenos políticos que, conquanto tenham com traços comuns, são distintos entre si. Ademais, tais teses revelariam as transformações em curso:³

1. monopólio da representação. Embora os líderes populistas reivindicuem o emprego de plebiscitos e referendos como expressão da vontade do povo, enquanto mecanismos de democracia direta, não se elimina a representação, mas a ressignificamos;
2. movimento anti-elites. Nem todo movimento crítico das elites revela-se populista, mas os movimentos anti-elite populistas são necessariamente antipluralistas, pois, como dito em (1), há um monopólio da representação do povo. Tal monopólio está baseado no argumento moral segundo o qual os demais concorrentes são corruptos e, portanto, competidores ilegítimos no processo político. Somente o líder populista que encarna verdadeiramente o povo expressa a moralidade de seus concidadãos;
3. representação simbólica do povo. Embora os populistas afirmem, frequentemente, representar o bem comum almejado pelo povo, não se trata de uma representação efetiva, pois não há um genuíno processo político de formação das vontades, mas, antes, o líder político empreende uma dedução do que toma como modelo de política pública correta e harmônica com a representação simbólica “do povo real” (em virtude do monopólio da representação (1), só há um modelo de política pública a ser implementado);
4. falso democratismo. Apesar de autores como Taguieff (2002) sustentarem que o populismo oscila entre um princípio de democracia radical e autoritarismo, à luz de suas demais características, o populismo genuinamente revelar-se-ia autoritário com um falso apego à vontade dos cidadãos, senão àquelas orientações ideológicas, morais e culturais por ele compartilhadas. Trata-se, portanto, de

²Os termos *populismo*, *plebiscitarismo de audiência*, *democracia iliberal* não devem ser tomados como sinônimos, tampouco empregados de modo intercambiável. Os dois primeiros não são sinônimos ou intercambiáveis entre si e sequer redutíveis ao último. No entanto, o modo como líderes populistas conservadores estão a conduzir países como Hungria, Polônia entre outros explicitam as linhas de continuidade entre tais características. Conquanto a frequência de uso contemporâneo do termo *democracia iliberal* esteja atrelada às declarações de Viktor Orban, a expressão pode ser recuperada em Zakaria (2003). Na segunda parte deste texto, diremos mais a respeito das posições de Viktor Orban. Sobre o tema de uma democracia sem direitos veja especialmente Mounk (2019). Sobre o neologismo *democracia*, veja o dossiê da revista *Pouvoirs* (2019), em especial, para os dois eixos de nosso argumento os textos de Bavarez (2019) e Philippe (2019), cujos títulos deixam entrever nossos eixos estruturantes: “*Democraturas contra democracias*” e “*A legitimação constitucional das democraturas*”.

³Fica em aberto determinar se a equivocidade do conceito de *populismo* não deveria levar-nos a abandoná-lo, em especial, porque, por vezes, o empregamos como um conceito descritivo no campo da história, por outras, no campo da sociologia, bem como um conceito normativo no campo da teoria e filosofia políticas. Veja Colliot-Thélène (2019).

um pretense apegando democrático baseado numa retórica de apelo popular. Portanto, no limite, o que se efetiva é o caráter autoritário do líder que detém o monopólio da representação (1) e (3)⁴;

5. supressão da diversidade na sociedade civil. Movimentos populistas governam implementando sua crença de que são a única representação real dos anseios do povo, corrompem-se, adotam estratégias de clientelismo e suprimem todo e qualquer movimento crítico originado na sociedade civil;
6. risco à democracia. Populistas devem ser criticados porque revelam-se um risco não só ao liberalismo, mas a qualquer esquema mínimo de efetiva participação democrática. A combinação das teses (1) e (4) revelam como a participação é solapada pelo monopólio da representação pelo líder.
7. conclui-se que o populismo não opera como uma correção à democracia liberal ao fomentar uma política mais próxima do povo ou mesmo orientada para a soberania popular. No máximo, o populismo pode iluminar os déficits de representação.

Em termos mais diretos, o populismo poderia ser caracterizado 1) pela adesão a um líder carismático; 2) o apelo ao povo, às emoções do povo em lugar de seus argumentos razoáveis. Em sua retórica, os movimentos populistas se mostram 3) hostis às elites políticas, expressão da corrupção generalizada. As mediações políticas não serviriam senão para produzir corrupção, o que acabaria por explicar a 4) desconfiança generalizada nas instituições de mediação (procedimentos legais, partidos e sua atuação no legislativo, esforço das mídias tradicionais em reproduzir uma visão imparcial dos eventos), o que traz consigo 4.1.) a exigência de frequentes consultas populares na forma plebiscitária, especificamente, sobre temas que o líder identifica como capazes de resultar em políticas públicas que se adequariam à imagem do povo simbólico por ele projetada a partir de seu projeto ideológico. Por fim, 5) rejeição do cosmopolitismo (COLLIOT-THÉLÈNE, 2014, p. 8)⁵. Seja como for que articulemos a lista de características, o ponto central do fenômeno parece repousar na crítica ao sistema de mediação institucional do Estado de Direito, às abstrações que estão na base da justificação de tais procedimentos (direito individuais, p.ex.), o que resulta numa posição que articula antielitismo e antipluralismo a partir de uma forma de identidade política excludente que encontra no líder a expressão, apresentação ou representação autêntica de um povo homogêneo. As minorias dissonantes, características de uma sociedade plural tipicamente liberal, que expressam sua discordância são tomadas como inimigas da nação e moralmente corruptas. O apelo à legalidade, aos institutos e instrumentos formais do direito como mecanismos de proteção da heterogeneidade são vistos como ações viciosas que visam à corrupção do corpo político. Toda e qualquer mediação política promovida por instituições como parlamentos, partidos políticos e tribunais constitucionais não passa de simples barganha ou negociações de homens e mulheres que têm por objetivo corromper os costumes com vistas a satisfazer interesses particulares escusos (MUELLER, 2016, p. 3).

Nesta altura do argumento, vale perguntar: uma vez que há diferentes estilos e natureza de discursos antissistema e antipolítica, todos se equivalem? De uma parte, poderíamos dizer que estamos familiarizados com os discursos antissistema e, nalguma medida, nos sentimos contemplados pelas críticas desferidas contra o establishment, umas das marcas dos movimentos populistas (MUELLER, 2016; URBINATI,

⁴Vale lembrar que Taguieff (2002) é um crítico contumaz do populismo, ainda que interprete o fenômeno como pendulando entre um princípio e outro. Como indicado acima, encontra-se na distinção categoria histórica e/ou sociológica *versus* normativa o melhor exemplo da dificuldade enfrentada pelo conceito de populismo, pois diversos autores afirmam que, normativamente, um projeto populista, além de explicitar a natureza *do político*, seria capaz de aprofundar a democracia e reaver a soberania popular (MOUFFE, 2000; 2018; LACLAU, 2013).

⁵Colliot-Thélène (2014: p. 8) considera que a rejeição ao cosmopolitismo viria acompanhado da rejeição à economia liberal. No entanto, essas características, em especial no capitalismo periférico, não nos parece tão evidente.



2019). Não obstante, como advertimos, não poderíamos tentar rastrear uma posição política mais clara por trás do discurso populista e plebiscitário ou, pelo menos, um padrão nas críticas às instituições de mediação características do Estado Democrático de Direito? Vejamos, por exemplo, como a crítica a seguir assemelha-se aos termos que poderíamos muito bem encontrar num editorial das mídias tradicionais ou mesmo em comentários nas redes das mídias sociais:

A situação do sistema parlamentar tornou-se hoje extremamente crítica, porque a evolução da moderna democracia de massas *transformou a discussão pública, argumentativa, numa simples formalidade vazia. Algumas normas do direito parlamentar atual, sobretudo as determinações quanto à autonomia dos deputados e à abertura das sessões, surgem, ao invés disso, como uma ornamentação inútil, supérflua e até patética*, como se alguém pintasse as chamas vermelhas nos aquecedores de um moderno sistema de aquecimento central para transmitir a ilusão de um fogo ardente. Os partidos [...] atualmente não se apresentam mais em posições divergentes, com opiniões passíveis de discussão, mas, sim, como grupos de poder social ou econômico, que calculam os interesses e as potencialidades de ambos os lados para, baseados nesses fundamentos efetivos, selarem compromissos e formarem coalizões [...]. O argumento no seu sentido mais literal, característico da discussão autêntica, desaparece. *No seu lugar, surge nas negociações entre os partidos, a contabilização calculista dos interesses e das chances de poder* (Grifos nossos. SCHMITT, 1996 [1926]: p. 8).

E, pouco antes, no mesmo espírito, afirma-se em complemento que

[a]s centenas de ministros constantemente apresentados como elite política pelos inúmeros Parlamantos em diversos Estados europeus e não-europeus não justificam nenhum grande otimismo. Mas o que é pior, e desfaz qualquer esperança, é que em algumas nações *o sistema parlamentar conseguiu transformar todas as questões públicas em objeto de cobiça e de compromisso dos partidos* e dos agregados, e *a política*, longe de ser uma ocupação de uma elite, *passou a ser a desprezível negociata de uma desprezível classe de gente* (Grifos nossos, idem, p. 4).

Como advertimos, em que pese o tom atual do argumento aqui apresentado, trata-se de uma crítica que Carl Schmitt dirige ao modelo de democracia de partidos em consolidação na passagem do século XIX para o XX. A então democracia parlamentar, ou de notáveis, que tinha na deliberação nos parlamentos o centro do processo decisório, passa a incorporar os partidos políticos como entidades de mediação política, operando a transição para a democracia de partidos (SARTORI, 1982). Os princípios centrais seguem sendo os mesmos identificados como dando forma ao governo representativo: 1) eleições livres para escolha de representantes; 2) constituição de mandatos livres por oposição aos mandatos vinculados; 3) opinião pública livre e 4) tomada de decisão a partir da deliberação pública, noutras palavras, o princípio do julgamento público (MANIN, 1996). Princípios esses que bem podem ser acomodados no que Carl Schmitt (1996 [1923, 1926]) identificou como os fundamentos da discussão e da publicidade que estão na base do government by discussion. Aproximamo-nos progressivamente dos princípios do Estado Democrático de Direito, uma combinação peculiar de princípios do liberalismo filosófico e político com um complexo arranjo institucional baseado no sistema de freios e contrapesos, constitucionalismo esse que coloca a legalidade como base da legitimidade (POSNER; VERMEULE, 2011, p. 4).

Poder-se-ia, nesse caso, simplesmente aludir a uma simples ciclicidade das críticas ao modo como as negociatas partidárias vão, progressivamente, alastrando-se pelas instituições da democracia liberal. No entanto, procuraremos demonstrar como poderia haver um traço de continuidade mais profundo entre certos discursos contemporâneos no campo da teoria do direito, da teoria democrática e mesmo no terreno dos discursos públicos como o apresentado na abertura deste artigo. Ao tomarmos a análise apresentada

por Carl Schmitt em Situação Intelectual do Sistema Parlamentar⁶, poderemos explorar em que medida não estamos frente a um traço comum que revelaria a longa linhagem de uma família de teses antiliberais. Teses que recorrentemente se metamorfoseiam e se levantam contra a democracia representativa ou, mais precisamente, contra a democracia liberal enquanto face política, ou expressão no terreno da política, dos ideais modernos cuja manifestação e contraparte no terreno do direito se faz nos princípios e no complexo arranjo institucional do *rule of law*.

Não é novidade que a ideia de norma objetiva, impessoal, universalmente válida, ancorada numa noção abstrata de pessoa e direito, típicas ao liberalismo, estejam sob fogo na obra schmittiana. Em seus lugares, Carl Schmitt sustenta a

necessidade de uma instância última de decisão pessoal, capaz de determinar as condições de validade de uma ordem normativa. Como essas condições não podem ser estabelecidas normativamente, a transposição de um princípio jurídico na realidade nunca é uma mera derivação de um conteúdo (FERREIRA, 2004a: p. 44)

Eis a fonte do decisionismo schmittiano, posto que a derivação de um conteúdo traz consigo “o conflito e a necessidade de definição de uma instância competente, [de] um sujeito politicamente constituído que assuma a responsabilidade da decisão pessoal” (idem). Embora nos fosse demandado uma reconstrução mais detalhada das críticas ao liberalismo por parte de Schmitt, seu antiliberalismo não é disputável e tem sido posto em relevo, em especial, pela recepção anglo-saxã de sua obra (DYZENHAUS, 2003). Grosso modo, no campo da política, a livre troca de argumentos espelharia aposta liberal no princípio do livre mercado enquanto capaz de auto-organizar, horizontalmente, o domínio econômico, quiçá a sociedade, a partir de barganhas reiteradas. Por conseguinte, assim como haveria uma incapacidade imanente à racionalidade técnica-instrumental, característica do processo e do pensamento econômicos, em dar forma à sociedade, a simples troca de argumentos no Parlamento seria incapaz de produzir uma decisão política. O surgimento dos partidos políticos tornaria ainda mais flagrante que em lugar de produzir decisões, a discussão pública se converte em processos de auto-interessados de barganhas e negociatas não mais nas luzes públicas, mas no lusco fusco dos gabinetes ou nas antessala das câmaras legislativas.

Neste quadro, autores da tradição liberal que pensaram a democracia como um mercado político ou mercado eleitoral revelar-se-iam um alvo fácil para autores vinculados à tradição schmittiana. Não é fortuito que Adrian Vermeule (2019) volte-se contra, por exemplo, a definição oferecida por Joseph Schumpeter em *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. A crítica de Vermeule (2019: p. 4) não é explícita, não obstante o alvo é claro para um adepto de última hora ao legado de Carl Schmitt: uma concepção de mercado eleitoral levaria às últimas consequências a aposta de um arranjo social cuja ordenação é espontânea, imanente as trocas individuais e prescinde de uma instância transcendente necessária para dotar-lhe de forma e unidade políticas. É interessante notar que a crítica à natureza mercadológica da teoria democrática schumpeteriana parte de diferentes perspectivas teóricas.⁷ No entanto, o que não se pode ignorar é que há, pelo menos, três movimentos operando no argumento de J. Schumpeter: 1) a defesa de

⁶ Opta-se pela tradução brasileira do título *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. Como notam os tradutores, a maior dificuldade parece ser a de verter o termo *geistesgeschichtliche*, normalmente traduzido por “intelectual” ou “história-intelectual”, sem esquecer, no entanto, que o termo *Geist* possui significado complexo em alemão, podendo fazer referência a *espiritual, moral, intelectual e racional*. Ademais, optou-se por evitar a versão de *Parlamentarismus* por *Parlamentarismo* tendo em vista que não se trata do exame desse sistema de governo específico, mas das democracias parlamentares como um todo, sejam parlamentaristas, sejam presidencialistas (SCHMITT, 1996: p.1, nota dos tradutores).

⁷ Em que pese exista uma variação na natureza dos argumentos críticos, podemos rastreá-los, feitas as devidas ponderações quanto às nuances, nas teorias comunitaristas (TAYLOR, 1985; 2000; WALZER, 2004), republicanas (BELLAH, 1985), participativas (PATEMAN, 1972; BARBER, 1984), deliberativas (COHEN, 2008, ELSTER, 2008; HABERMAS, 1996) e agônicas (MOUFFE, 2000).



um modelo procedimental, em oposição a um substantivo, de democracia que se conecta 2) à proposição de um modelo minimalista e concorrencial do 3) mercado dos votos organizado isomorficamente ao modo de competição no mercado econômico. Assim, o quadro não poderia parecer mais propício aos ataques schmittianos. Se Kelsen era um alvo em função de seu procedimentalismo democrático e seu formalismo jurídico, J. Schumpeter permitiria aos schmittianos atacar as duas dimensões do liberalismo, a política e a econômica, a um só golpe. Uma competição eleitoral justa suporia o provimento de uma carta de direitos baseados nas liberdades individuais e, por conseguinte, reforçaria o caráter procedimental do método democrático, o que submeteria a vontade das maiorias a respeitarem o direito das minorias garantidos formalmente pelo constitucionalismo do rule of law e, no limite, assegurados por cortes constitucionais.

No entanto, organizados desse modo, procedimentalismo, formalismo e controle constitucional explicitam a lógica liberal que, como dito há pouco, prescinde de uma instância transcendente capaz de dotar-lhe de forma e unidade políticas. Eis o porquê autores como Posner e Vermeule (2011) apegam-se à tradição schmittiana para identificar nas situações de crise a forma ordinária do funcionamento das instituições políticas. Pois, sentem falta do poder de decisão que dota as sociedades de unidade política e a norma de conteúdo. Não suficiente, as conformações sociais e seu espelhamento nas instituições democráticas têm, em virtude da complexificação crescente, progressivamente incrementado e fortalecido as funções do poder do Executivo numa lógica de presidencialização dos regimes (ROSANVALLON, 2014; POGUNTKE; WEBB, 2005). Se, de uma parte, a presidencialização dos regimes explicita o caráter do decisionismo, de outra, impõe-nos uma pergunta justamente a respeito os limites de um poder legitimado por uma maioria eleitoral frente aos controles da representação proporcional do legislativo e do controle de constitucionalidade. Eis a questão que nos é posta por Posner e Vermeule (2011, p. 4) na frase de abertura de *Executive Unbound*: o que, se algo, pode restringir o poder do Executivo, seja em sua dimensão das decisões presidenciais, seja aquelas expressas pelas agências administrativas? Em democracias liberais a resposta seria relativamente simples: as cortes supremas são um poder contramajoritário, pois, justamente, legitimadas por princípios constitucionais ancorados na defesa das liberdades individuais e direitos subjetivos. Em um modelo de democracia iliberal, a resposta não é tão simples. O líder populista mobiliza massas passivas com vistas a formar maiorias que impõe a realização de sua vontade e sua concepção de vida boa. Nesse caso, o constitucionalismo do rule of law é substituído pelo constitucionalismo do bem comum e quem não quer, sai de ré.

II. Adrian Vermeule e o itinerário de um contrarrevolucionário

Como já advertimos, não é de hoje que se trava uma batalha contra a modernidade.⁸ Até aqui, buscamos demonstrar, ainda que parcial e superficialmente, como tal embate se fez no campo político com desdobramentos na reflexão teórica sobre a democracia. Tal cenário, no entanto, revela-se parcial caso não o completemos com uma análise no campo do direito: uma abordagem de como tal batalha contra a modernidade pode desdobrar-se no âmbito jurídico. Trata-se de combater ideais como: o universalismo, a centralidade do indivíduo e da liberdade, a ideia democrática de igualdade, o primado da razão e o ideal do reino do direito e da paz. Nesse último caso, talvez, a maior dificuldade seja inclusive a de perceber que se está no campo de batalha. No meio jurídico, principalmente, os conceitos e teorias acerca dos institutos legais são ofertados ao estudante e aos profissionais do direito na bacia das almas, em um balaio colocado à disposição do freguês, onde se pode escolher um certo produto, mas também seu contrário. Deve-se quase sempre ao acaso que se aprenda, com Michel Villey, em uma faculdade de direito, que: “[O] Direito do homem [é] a maior heresia do século XX. Com base nesse absurdo, a deificação do Homem, ou seja, de

⁸Há, obviamente, uma longa discussão sobre as diferenças e sombreamentos entre a natureza do projeto moderno e iluminista sobre a qual não podemos nos pronunciar aqui. A respeito do entrecruzamento desse projeto com o liberalismo, em uma resposta aos seus críticos, veja Holmes (1996).

um universal abstrato, deificação de um ser inexistente e não-pessoal.” (VILLEY, 1995) ou, ao contrário, que sejamos apresentados e venhamos a ter simpatia pelo pensamento de Herbert Hart quando afirma: “[se existe um direito natural], esse direito é o que todos os homens têm se eles são capazes de escolha; eles o tem qua homens, e não apenas na condição de serem membros de uma dada sociedade ou de se encontrarem em uma relação particular uns em relação aos outros.” (HART, 1955). Villey à Hart, Hart à Villey, o que importa? O baú dos conceitos jurídicos está à disposição dos futuros operadores do direito. Diz-se muito que a teoria jurídica é uma arte. Sim, concordamos: ela é uma arte prêt-à-porter. Enquanto arte, sua dignidade é certificada pela força da comunidade acadêmica e dos profissionais do direito que dela se servem.

Nesse sentido, causou certa perplexidade no meio jurídico em geral recente artigo publicado pelo jurista americano, professor da Harvard Law School, Adrian Vermeule (VERMEULE, 2020). Revelou-se ali um pesquisador imbuído da tarefa messiânica de restituir ao direito sua dignidade perdida pelo engodo liberal cuja raiz encontra-se no Iluminismo. Qual a razão do espanto para muitos? Ao céu dos conceitos descortinou-se a realidade das razões que o nutre. Ao anódino das discussões acarianas revelou-se o projeto político da arte. Então, muitos responderão: ah, mas não se pode jogar o bebê junto com a água do banho! Mantenha-se o instrumental conceitual, depure-se a ideologia! Ocorre que, como procuraremos mostrar, nas teorias normativas quase sempre é inviável separar os dois. E esse bebê, que está por nascer e florescer em breve, é inseparável da água do banho que o nutre.

Retracemos, então, em um primeiro momento, o caminho do céu dos conceitos de Vermeule e suas idiossincrasias.

Em um livro publicado em 2008, intitulado *Law and the limits of reason* (VERMEULE, 2008), Adrian Vermeule investiga quais arranjos institucionais maximizariam a qualidade epistêmica do direito. Ou, em outras palavras, como seria o direito constitucional se a autoridade para fazer normas constitucionais fosse realocada com base nas capacidades epistêmicas das instituições, e se as próprias instituições fossem redesenhadas para melhorar o desempenho epistêmico? De modo resumido, sua resposta aponta para o que denomina de projeto benthamiano, que consiste em apostar na codificação do próprio direito constitucional. Para o autor, a maior parte do direito constitucional americano encontra-se não na própria constituição, mas nos *United States Reports*, isso é, nos relatórios que contêm as decisões constitucionais da Suprema Corte. Ao contrário da opinião comum, o sistema constitucional norte-americano não se constitui em um direito constitucional não escrito sob a forma de convenções ou costumes constitucionais. Um direito feito por juízes, como é o caso dos Estados Unidos, não se confunde com práticas sociais normativas assumidas e compartilhadas. Essa nova versão proposta por Vermeule de um “Código Constitucional” deslocaria o direito constitucional da penumbra do *United States Reports* ou de uma Constituição assentada na tradição da *common law*, para o domínio dos instrumentos jurídicos positivos, em especial. Segundo Vermeule, o argumento de Hart acerca da incapacidade dos legisladores⁹ de poderem antecipar, de modo não ambíguo, através de padrões normativos gerais, a complexidade dos fatos futuros e nossa relativa ignorância dos propósitos de tais padrões, também deve ser estendido à atividade dos juízes, a menos que não sejam humanos (VERMEULE, 2008, p. 190). Os limites da razão, nossa incapacidade

⁹ Há aqui uma falta de clareza no texto de Vermeule acerca da exata compreensão da origem dos atos legislativos. Frequentemente eles são atribuídos não apenas à legislatura, mas também às ações do executivo e às agências da administração pública. Como procuraremos mostrar, essa ambiguidade dissolve-se ao longo da obra de Vermeule, para convergir quase que exclusivamente, ou precipuamente, no chefe do executivo. Uma indicação para essa sucessiva concentração da produção do direito na esfera executiva pode ser encontrada já em seu livro de 2007 intitulado *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts* em que afirma: “Em termos modernos, Schmitt tem alguns pontos úteis - [...] que as emergências são difíceis ou mesmo conceitualmente impossíveis de definir *ex ante*, que as emergências devem ser governadas por padrões *ex post*, e não por regras *ex ante*, e que os legalistas liberais são viciados no processo, mas tendem a ignorar ou subestimar os custos do processo, incluindo os custos de oportunidade de uma ação governamental negligenciada em situações de emergências.” (VERMEULE, 2007, p. 39)

de “antecipar o futuro”, em um ambiente de mudanças constantes e aceleradas, revelam a vantagem da legislação sobre a common law.

No que diz respeito à solidez de uma Constituição, segue-se o mesmo argumento. As constituições funcionam melhor quando se parecem mais às leis ordinárias, isso é, relativamente detalhadas e fáceis de serem modificadas. Aqui conjugam-se razões não epistêmicas (a durabilidade de um texto constitucional) e razões epistêmicas (o direito constitucional torna-se mais semelhante a um código: mais flexível devido aos menores custos relativos de alteração das leis ao longo do tempo)¹⁰.

No livro de 2011 já citado, escrito juntamente com Eric A. Posner, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, estabelece-se o argumento de que um presidencialismo forte é inevitável no mundo moderno. Lembram-nos os autores, e esse ponto é importante, que, embora dediquem uma atenção especial aos momentos de crise, suas teses não se limitam a esses períodos, sendo as crises apenas o caso limite de mudanças extremamente rápidas no ambiente político que exacerbam a incapacidade da lei em restringir o executivo. Essa dinâmica de incapacidade está igualmente presente em tempos normais. Parafraseando nesse ponto Carl Schmitt¹¹, afirmam que a legalidade, mais do que a legitimidade, é o principal determinante da autoridade e do poder em um Estado administrativo.

“O último e maior triunfo do legalismo foi que o direito depôs a si mesmo”, afirma Vermeule na introdução de seu livro *Law’s Abnegation: From Law’s Empire to the Administrative State* (VERMEULE, 2016, p. 2). Isso significa que as razões do direito, entendidas através da correção e da justificação, têm apontado para a abnegação do direito diante do estado administrativo.

Pudemos observar acima a (nem sempre) gradual progressão conceitual de Vermeule: a incapacidade de uma teoria assentada em uma concepção de Estado de Direito de dar conta da complexidade do Estado administrativo contemporâneo. Uma expressão capitaneia todo o processo, a saber, a de exceção. Antes de prosseguirmos, procuraremos seguir a lição de Thomas Hobbes, que no capítulo XLVII do *Leviathan* afirma: “Cícero faz uma honrosa menção de um dos Cássios, severo juiz dos romanos, por causa de um costume que tinha, nas causas criminais (quando o depoimento das testemunhas não era suficiente), de perguntar aos acusadores *Cui bono*, isso é, que lucro, honra ou outro proveito o acusado obtinha ou esperava pelo fato. Pois entre as conjecturas não há nenhuma que mostre com tanta evidência o autor do que o benefício da ação.”

Assim, nosso fio condutor, nas análises de textos mais contemporâneos de Vermeule, será a pergunta: *Cui Bono*?

O que define a posição de Vermeule em relação à modernidade e ao Iluminismo, real ou imaginário, consiste, apesar de uma sedução inconfessável, na hostilidade. Começemos pelo seu artigo intitulado *Beyond Originalism*, publicado em 2020 no site de textos jurídicos *The Atlantic* (VERMEULE, 2020a). Ir além do originalismo significa, para Vermeule, abandonar uma estratégia conservadora de interpretação dos textos jurídicos, sobretudo constitucionais, consiste, dito sucintamente, em sustentar que o significado da Constituição americana foi fixado por ocasião da promulgação da Constituição. Essa estratégia, correta em tempos adversos aos conservadores, constitui-se agora, para o mesmo autor, em obstáculo

¹⁰Eis o que se oferece como um outro braço de investigação: determinar o conteúdo e o sentido exatos do caráter *epistêmico* do direito. Não suficiente, tal escrutínio poderia desdobrar-se nas investigações sobre o sentido do conceito em sua dimensão política e jurídica. Não é fortuito que o teorema - e a obra - de Condorcet seja um ponto sobre o qual tanto Vermeule, quanto os teóricos democráticos dedicam atenção.

¹¹O capítulo 3 do livro contém uma seção que se denomina: “Por que um direito administrativo schmittiano é inevitável” (POSNER; VERMEULE, 2011, p. 103).

ao desenvolvimento de uma concepção de abordagem e interpretação constitucional mais robusta e substantiva. Essa estratégia pode ser chamada, segundo Vermeule, de Constitucionalismo do bem-comum. E tal estratégia já se mostraria vitoriosa, pois a reconstrução do poder judicial já avançou o suficiente para que o conservadorismo jurídico continue a ser uma força potente, e não uma visão excêntrica. E ela é vitoriosa, vindo o Presidente Trump a reeleger-se ou não (idem).

O constitucionalismo do bem-comum distingue-se radicalmente do liberalismo jurídico ou libertarianismo, pois seu principal objetivo não consiste em maximizar a autonomia individual ou minimizar o abuso de poder (propósito incoerente, segundo Vermeule), mas em assegurar que os governantes tenham o poder necessário para bem governar.

A vasta burocracia criada pelo liberalismo com o propósito ilusório de despolitizar o exercício dos atos de governo volta-se agora a novos propósitos, tornando-se um valioso instrumento para restaurar uma política substantiva do bem (Cf. VERMEULE, 2018). Tendo o liberalismo atomizado sem cessar as instituições intermediárias da sociedade civil - igrejas, clubes e instituições, vizinhanças, famílias - deixou de ter um substrato estável sobre o qual se apoiar. É necessário, então, reintegrar o Estado a partir de dentro, pelos esforços dos agentes que ocupam posições estratégicas dentro da concha da ordem liberal.¹²

E quem seriam esses “de dentro”? Seriam como, por exemplo, Santa Cecília e São Pedro. A primeira porque, forçada a casar contra os seus votos, converteu o seu marido pagão; o martírio de ambos ajudou a desencadear o crescimento fulgurante da igreja primitiva. O segundo por, ao final dos Atos dos Apóstolos, haver pregado o advento de uma nova ordem a partir do próprio coração urbano do império.

Essa integração, de dentro, instaura uma nova ordem, a do bem-comum, em que a ênfase não está na liberdade como um objeto abstrato de devoção quase religiosa, mas em liberdades humanas particulares cuja proteção é um dever de justiça ou prudência por parte do governante (VERMEULE, 2020).

A autoridade justa implementada pelos governantes pode ser exercida para o bem dos sujeitos, se necessário mesmo contra a percepção que os próprios sujeitos têm do que é melhor para eles. Ora, dado que é legítimo que os governantes persigam o bem comum, o direito constitucional deve elaborar princípios subsidiários que tornem essa regra eficazes.

Finalmente, a autoridade justa que implementa regras justas o faz através dos princípios de solidariedade e subsidiariedade. Ou seja, a autoridade não é acreditada e exercida em benefício dos indivíduos tomados um a um, mas em nome da comunidade e dos grupos subsidiários que a compõem (igrejas, clubes e instituições, vizinhanças e famílias – a família tradicional, bem entendido). Os direitos, portanto, estão sujeitos à restrição de que o governo possa prescrever regras justas do bem-comum para o bem geral do todo. Solidariedade e subsidiariedade, tomados como trunfo dos direitos individuais e como instâncias do bem-comum são temas recorrentes na doutrina da Igreja Católica. Podemos encontrar sua descrição no Compêndio da Doutrina Social da Igreja (VATICANO, 2004). A solidariedade define-se como o compromisso com a contribuição positiva de ver que nada falta na causa comum, e também de procurar pontos de possível

¹²Eis um dos pontos que corre paralelo às já antecipadas críticas comunitaristas, participativas ou mesmo republicanas ao liberalismo (talvez, o mais adequado seria dizer *certa dimensão* de *certa tradição liberal*). Nesse sentido, vale observar como aqui haveria certa simetria de vocabulário entre conservadores e comunitaristas, participativos ou republicanos em suas críticas às relações entre liberalismo, direitos subjetivos e dimensão burocrática. Por exemplo, Bellah (1985) sugere-nos que reduzir a sociedade a um empreendimento que visa somente assegurar os direitos individuais pode resultar numa espécie de mero “amontoado” de pessoas privatizadas cujo risco é ser engolida por um “despotismo administrativo” ou, nos termos de MacIntyre (2004), um “individualismo burocrático”. Veja, nalguma medida, as semelhanças de fundo que se podem entrever com os termos expressos na nota a seguir. Obviamente, embora não possamos fazê-lo no espaço deste texto, faz-se necessário averiguar em que medida e em que direção a sequência do argumento distancia as posições.



acordo onde prevalecem atitudes de separação e fragmentação. Traduz-se na vontade de se entregar para o bem do próximo, para além de qualquer interesse individual ou particular. A subsidiariedade, por sua vez, é entendida no sentido positivo como assistência econômica, institucional ou jurídica oferecida a entidades sociais menores, implicando uma série correspondente de repercussões negativas que requerem que o Estado se abstenha de tudo o que restrinja de fato o espaço existencial das células essenciais menores da sociedade. Suas iniciativas, liberdade e responsabilidade não devem ser suplantadas.

Poderíamos imaginar um mundo em que, argumenta Vermeule (2020), as agências da administração pública tivessem poder discricionário para apelar aos valores religiosos como justificação para a sua ação, onde as leis fossem silenciosas ou ambíguas. Se é legítimo que as agências recorram à “filosofia política” da administração em exercício, por que razão os valores religiosos devem estar numa base diferente? Afinal, conclui Vermeule, todos os conflitos políticos são, em última análise, teológicos¹³.

A uma poderosa burocracia substituir-se-á, em um constitucionalismo do bem-comum, a autoridade de uma poderosa presidência. Essa autoridade, como vimos, prima pela legitimidade, mais do que pela legalidade, de veicular tais valores. Aqui temos a cereja do bolo: o constitucionalismo do bem-comum inspira-se na teoria da *ragion di stato* (razão de Estado) do início da modernidade. Apesar das conotações que permaneceram ligadas ao seu nome, afirma Vermeule, essa teoria não é, de modo algum, uma tradição de inescrupulosa maquinação. Passemos então à análise do modo como nosso autor vê o Estado administrativo contemporâneo como legitimado pela razão de Estado, isso é, quais valores substantivos a norteiam¹⁴.

O Estado, segundo Vermeule, deve desfrutar de autoridade para refrear as pretensões sociais e econômicas dos liberais urbanistas que tantas vezes colocam as suas próprias satisfações (financeiras e sexuais) e o bem da sua classe ou meio social acima do bem comum. Seu constitucionalismo do bem-comum rejeita o liberalismo enquanto filosofia política, preferindo a hierarquia ao igualitarismo e a autocracia aos direitos individuais.¹⁵ O moderno Estado-nação secular é preterido em favor de algo mais parecido, talvez, com os Estados confessionais.

O estado econômico-técnico liberal acaba então por se revelar auto defectivo, pois repousaria em uma psicologia e uma antropologia defeituosas. O papel da Igreja no estabelecimento dessa sociedade iliberal seria semelhante ao de uma arca: “A minha sugestão, que é coerente com a visão de Schmitt, mas vai além do que ele articula, é que a Igreja serve como uma espécie de arca, cuja vocação é preservar a tradição viva do *Verbum Dei* no meio do dilúvio universal da decadência econômica e técnica, e a eventual autossubversão do regime” (VERMEULE, 2017). Ainda segundo Vermeule, o liberalismo insiste na afirmação de que as únicas alternativas políticas ao liberalismo são a luta sectária, o comunismo ou o fascismo - mas especialmente o fascismo -, ainda que percebamos que existem regimes políticos estáveis, pacíficos e não-tirânicos ao redor do mundo que não são regimes liberais. Partidos não liberais têm obtido

¹³ Dito de modo conciso, a ideia de uma Teologia Política encarna a denúncia do enfraquecimento ou mesmo aniquilação da esfera propriamente política levada a cabo pela modernidade. O Estado Moderno, realizando o ideal do estado de direito, intrinsecamente ligado ao positivismo, ao legalismo, ao normativismo, ao parlamentarismo e ao liberalismo, despolitiza o Estado. O Iluminismo condena e destrói a política. O liberalismo político consiste apenas em um liberalismo econômico ou administrativo. Face a ele, afirma Carl Schmitt, citando Donoso Cortés, “[...] a hora do último combate havia chegado. Face ao mal radical há apenas a ditadura.” (SCHMITT, C. 1988, p. 74). Reinvestida da esfera teológica, a política reencontra sua legitimidade e se torna o lugar do bem absoluto e do mal radical, do puro e do impuro.

¹⁴ Retomaremos mais adiante o tema da razão de Estado.

¹⁵ Eis um outro ponto de inflexão entre diferentes abordagens frente à natureza dos direitos individuais na relação com o liberalismo, capitalismo e suas consequências para o projeto democrático. Para uma abordagem da dissociação e tensionamento entre democracia e direitos individuais e seus impactos para os debates sobre crise da democracia e promoção de um quadro de democracia iliberal veja Mounk (2018).

sucesso eleitoral conquistando maiorias parlamentares e referendos, ou pelo menos alterando os termos do debate, na Alemanha, Áustria, Polônia, Hungria, França, Reino Unido e Estados Unidos.¹⁶

Evidentemente, a crítica que subjaz ao pretendido iliberalismo do constitucionalismo do bem-comum endereça-se a uma suposta oligarquia formada por tecnocratas sustentados por uma ideologia mundialista e multiculturalista¹⁷. Aos valores desse constitucionalismo sustentado pela legitimidade da ação governamental deve-se dar livre curso, isso é, libertá-lo das amarras da legalidade do Estado de Direito liberal.

Em 28 de julho de 2018, por ocasião da vigésima-nona Universidade de verão de Bálványos, Viktor Orban, Primeiro Ministro húngaro, explicitou seu modelo de “democracia cristã” em contraposição à “democracia liberal”. Disse ele:

Afirmemos tranquilamente que a democracia cristã não é liberal. A democracia liberal é liberal, mas a democracia cristã, por definição, não o é. Ela é, se quiserem, ‘iliberal’. Podemos demonstrar isto em algumas questões importantes, e muito concretamente em três casos: a democracia liberal sustenta o multiculturalismo, a democracia cristã dá prioridade à cultura cristã, o que é um pensamento ‘iliberal’; a democracia liberal sustenta a migração, a democracia cristã é contra, o que é um pensamento claramente ‘iliberal’; e a democracia liberal sustenta os modelos familiares com base variável, enquanto que a democracia cristã apoia o modelo de família tradicional, o que também é um pensamento ‘iliberal’ (ORBAN, 2018)¹⁸

Nesse esquema de “direitos”, os chamados direitos fundamentais ou liberdades básicas têm apenas um valor instrumental: eles apenas são viáveis tendo em vista a conservação da identidade nacional. A vida política passa então a ser ordenada por uma concepção de bem herdada de uma tradição e possui como propósito comum a preservação.

Então, conforme acompanhamos o desenrolar do pensamento jurídico-político de Vermeule, vimos como uma inicial investigação sobre a incerteza epistêmica acerca do lugar institucional privilegiado capacitado a “produzir” o direito deu lugar, paulatinamente, a uma concepção substantiva/compreensiva de bem que, denunciando a subliminar teologia liberal, pretende ocupar com legitimidade não só o espaço público, mas a preferência na luta pelo bem. Nesse ponto, encontramos o ápice do pensamento de Vermeule, a saber, sua recuperação e aperfeiçoamento da noção de Razão de Estado, tal como desenvolvida por Giovanni Botero (1544 – 1617) ao final do século XVI (BOTERO, 2009). O propósito de tal resgate consiste em justificar a supremacia da legitimidade sobre a legalidade, da decisão sobre a morosidade e excessivo custo

¹⁶Há uma ampla literatura na ciência política relacionando o crescimento de pequenos partidos à presidencialização. Para além dos problemas exógenos ao sistema político, como a crescente complexidade das relações sociais como já chamamos a atenção, bem como a natureza da representação proporcional, a proliferação de pequenos partidos com agendas muito diversas dificultam a condução de governos majoritários, o que reforça a necessidade de presidentes fortes. Uma segunda tarefa diz respeito a compreender as relações entre a fragmentação partidária e o crescimento de partidos de extremistas e antissistema à direita e à esquerda. Uma boa entrada para esse debate pode ser encontrado em Poguntke e Webb (2005), mas especialmente no capítulo 15: *The Presidentialization of Contemporary Democratic Politics: Evidence, Causes, and Consequences*.

¹⁷Como destacamos acima (nota 5), uma das formas de caracterizar o populismo é seu caráter nacionalista, à direita e à esquerda, acompanhado de uma crítica à economia liberal. Em alguma medida, tais posições poderiam ser associadas às mudanças no interior do capitalismo e as implicações para as economias nacionais. Em expressão que se passou a empregar, os populistas falariam para os corações dos *perdedores da globalização*, em geral, homens brancos que trabalhavam em posições da indústria que foram eliminados pela automação e/ou migração das indústrias para mercados periféricos, não suficiente a adoção por parte de setores progressistas de uma agenda econômica liberalizante, veja Fraser (2019), Streeck (2018, 2019). Ademais, embora a tese seja disputável, também deveríamos considerar um progressivo distanciamento entre as bases dos partidos operários de agendas pró-trabalhadores e suas cúpulas partidárias que se urbanizaram ao tempo em que passam a defender não mais uma agenda redistributivista, mas identitária (LILLA, 2018).

¹⁸ Ivan Krastev (in GEISELBERG, 2019, pp. 123 et seq) explora o discurso de Orban frente os desafios que os princípios de uma política majoritária impõe ao constitucionalismo liberal, levando em consideração os desdobramentos da crise migratória para o discurso dos líderes populistas.



político da deliberação parlamentar; enfim, do bem comum sobre a teologia liberal.¹⁹ Trata-se, portanto, do justo exercício da autoridade através da promoção de uma concepção objetiva do bem. Assim, dado que é legítimo que os governantes persigam o bem comum, o direito constitucional deve elaborar princípios subsidiários que tornem essa regra eficaz. Vimos já quais são eles: justa autoridade, hierarquia, solidariedade e subsidiariedade. As cláusulas gerais de uma Constituição, como as que, por exemplo, afirmam como tarefa da ordem política garantir o bem-estar geral e a tranquilidade, constituem, por sua vez, excelente oportunidade para assentar princípios do constitucionalismo do bem-comum.

Ora, se a razão de Estado é concebida como se referindo a uma lei superior àquelas que ordinariamente governam o Estado, porque seu objetivo é sua conservação ou sobrevivência (a paz, justiça, abundância, saúde e segurança, nas palavras de Vermeule), a dificuldade consiste em saber qual é o interesse do Estado. Quem possui a autoridade de determiná-lo? Essa autoridade possui uma antevisão política que permanece inacessível à razão comum? Essa racionalidade está acima da capacidade deliberativa de um parlamento? Falar em razão de Estado significa supor que existe uma dimensão da realidade e da política que escapa à razão comum. Portanto, as práticas da razão de Estado implicam uma suspensão do Estado de Direito, o que, é claro, não é um problema para Vermeule. Sua tese da excepcionalidade, como fizemos observar acima, não se limita aos momentos de crise, de urgência, de circunstâncias imprevisíveis que exigem o recurso à razão de Estado e implicam uma suspensão pontual, parcial e provisória dos procedimentos normais relacionadas com o Estado de direito. A superioridade da legitimidade sobre a legalidade implica a superioridade e a emancipação da lógica da potência sobre aquela do direito. Ora, a própria ideia de um constitucionalismo do bem-comum está em disputa nas sociedades democráticas. Assim, querer invocar a unicidade de uma concepção de bem parece ter por função impor um interesse privado de alguns, ainda que correspondam a uma parcela considerável da sociedade. Surge assim uma nova casta dos mestres do Estado.

III. Notas conclusivas: desvelar de um horizonte de investigação.

Como antecipamos, mais do que um resultado acabado, o presente texto tinha por objetivo propor o roteiro de um itinerário investigativo, identificando conceitos-chaves, iluminando dificuldades e, acima de tudo, rastreando o que parece ou poderia ser a raiz comum de dois projetos complementares: o de uma democracia iliberal e o de um constitucionalismo do bem-comum. Eis a centralidade do pensamento schmittiano para o argumento aqui esboçado, muito embora não tenhamos nos proposto a desenvolver uma atenta e sistemática análise exegética de seu conjunto de textos. Reconhecido por suas reflexões em filosofia do direito, Carl Schmitt tem sido cada vez mais recuperado pela teoria democrática com vistas a oferecer categorias teóricas que nos possibilitem compreender os desdobramentos nas democracias contemporâneas. Não suficiente, mais do que as análises isoladas num campo e noutro, os conceitos schmittianos oferecem-nos uma chave que nos permite bascular entre uma dimensão e outra dos pilares e princípios teóricos de um Estado de Direito e Democrático. Tal quadro desenha-se mesmo que os autores examinados não venham produzindo um debate intelectual intencional, bem como o arranjo teórico que arregimenta os projetos dos atores políticos que os vem implementando estejam ou não cômicos de tal agência. Seja como for, colocam-se no horizonte os seguintes desafios para a análise conceitual futura:

1. exame atento das distinções entre os conceitos e características empíricas do populismo e das democracias iliberais;

¹⁹O conjunto de teses e argumentos, pelo simples título, deixa evidente o legado schmittiano para a estrutura do argumento de Vermeule.

2. exegese minuciosa do percurso e influência do pensamento schmittiano sobre a concepção de democracia iliberal guiada pelo decisionismo e princípio majoritário, de uma parte, e, de outra, sobre a concepção de constitucionalismo do bem-comum;
3. reconstrução atenta da tradição antiliberal e antimoderna que, no percurso do presente texto, encontrou nos excertos da obra schmittiana, sua expressão simbólica;
4. investigação da ambiguidade do vocabulário e teses compartilhadas por uma agenda dita progressista na década de 1990, que também anunciava a crise da democracia, e, atualmente, é revitalizada pelos conservadores críticos da democracia e do rule of law.²⁰

Em que pese, por ora, a apresentação do que chamamos carta de intenções ou mapa de investigação futura revele-se até certo ponto parcial, trata-se de um importante esquadramento de uma densa floresta a ser enfrentada. Essa abordagem inicial senão revela, pelo menos, deixa entrever os caminhos a serem explorados no esforço de diagnosticar as possíveis raízes teóricas, por vezes comuns, a discursos aparentemente desconexos na cena pública contemporânea. Discursos cuja retórica tem a potência de não só propor, mas promover severas deformações na arquitetura de uma democracia e constitucionalismo liberais. O desvelamento dessa densa floresta conduzir-nos-á a atentarmos para detalhes singelos. Pois, tratam-se de detalhes de uma realidade que conquanto possa apresentar-se como caótica, antes, devem despertar nossa desconfiança para discernirmos os fatos em sua minúcia e expandirmos as forças da alma, pois, do contrário, podemos vir a ser um dos convidados a “sair de ré” .

BIBLIOGRAFIA

- BAVAREZ, N. (2019) “Democratues contre démocraties” Pouvoirs, Paris: Seuil, n° 169, pp. 5-19.
- BARBER, B. (1984) Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age. Berkeley: University of California Press
- BELLAH, R. (1985) Habits of the Heart: Individualism and Commitment in American Life. Berkeley: University of California Press.
- BOTERO. G. (2009). La ragion di Stato. Roma : Donzelli editore.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Inquérito 4.831, Distrito Federal. Relator Ministro Celso de Mello. Autor(a/s)(es): Ministério Público Federal. A íntegra da decisão, proferida em 22 de maio de 2020, pode ser encontrada no seguinte endereço <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/decisao4831.pdf>
- BOTERO. G. (2009). La ragion di Stato. Roma : Donzelli editore.
- COHEN, J. (1998) “Deliberation and Democratic Legitimacy” in BOHMAN, J & REGH, W. Deliberative Democracy. Mass., MIT Press.

²⁰ Catherine Colliot-Thélène chama a atenção desse ponto no pós-fácio à tradução espanhola (no prelo) de seu *Democracia sem “demos”*.

COLLIOT-THÉLÈNE, C. (1995) Carl Schmitt contre Max Weber: rationalité juridique et rationalité économique in HERRERA, C-M. (org.). Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt. Paris: L'Harmattan.

_____. (2014) "Quel est le peuple du populism?" in COLLIOT-THÉLÈNE, C. et GUÉNARD, F. Peuple et populisme. Paris: Presse Universitaire de France.

_____. (2019) "Populism as a Conceptual Problem" in FITZI, G. MACKERT, J. and TURNER, B. (eds.) Populism and the crisis of democracy. London; New York: Routledge, Taylor & Francis group, VOL. I

_____. (2019a) "La démocratie sans 'demos'" dix ans après. mimeo.

DYZENHAUS, D. (ed.). (1998) Law as Politics: Carl Schmitt's critique of liberalism. Durham/London: Duke University Press

_____. (2003) Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford, Oxford University Press.

DUSO, G. (2015) La representación política. Buenos Aires: UNSAM Ed.

ELSTER, J. (2007) "O Mercado e o Fórum" in MELO, R. & WERLE, D. (orgs.) Democracia Deliberativa. São Paulo: Esfera Pública

FERREIRA, B. (2004) O risco do político. Crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: Editora UFMG

_____. (2004a) "Schmitt, representação e forma política" São Paulo, Lua Nova, São Paulo, n° 61, pp. 25-51

GEISELBERG, H. (ed.) (2019) A Grande Regressão. São Paulo: Espaço Liberdade.

GREEN, J.E. (2010), The eyes of the people: democracy in an age of spectatorship. Nova York: Oxford University Press

GUÉNARD, F. (2016) La démocratie Universelle. Paris: Seuil.

HABERMAS, J. (2014) Mudança Estrutural da Esfera Pública. Unesp: São Paulo.

HART, H. L. A. (1955). "Are there any natural rights?" The Philosophical Review, Vol. 64, No. 2, pp. 175-191.

HOFMANN, H. (2013) "Le concept de représentation: un problème allemand?", Raison politiques, Paris, n° 50, pp. 79-96.

HOLMES, S. (1996) The Anatomy of Antiliberalism. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

KALYVAS, A. (2000) "Carl Schmitt and the Three Moments of Democracy". Cardozo Law Review, n° 21, 5/6, S. 1525-1665

LACLAU, E. (2013) A Razão Populista. São Paulo: Três Estrelas.

- MACINTYRE, A. (2004). *Depois da virtude*. Bauru: Edusc.
- MANIN, B. "Legitimidade e deliberação pública" in MELO, R. & WERLE, D. (orgs.) (2007) *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Esfera Pública
- _____. (2010) *Principes du gouvernement représentatif*. Paris: Flammarion
- MELO, R. & WERLE, D. (orgs.) (2007) *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Esfera Pública
- MINEUR, D. (2010) *Archéologie de la représentation*. Paris: SciencePo Press.
- MOUFFE, C. (1996) *O regresso do político*. Lisboa, Gradiva.
- _____. (1999) Carl Schmitt and the Paradox of Liberal Democracy. in: _____. (ed.). *The Challenge of Carl Schmitt*. London : Verso.
- _____. (2000). *The Democratic Paradox*. London: Verso.
- _____. (2006) "Por um modelo agonístico de democracia". *Revista de Sociologia e Política*, nº 25, 165-175, junho.
- _____. (2015) *Sobre o político*. São Paulo: Martins Fontes.
- MOUNK, Y. (2018) *O povo contra a democracia*. São Paulo: Companhia das Letras
- PATEMAN, C. (1992) *Participação e teoria democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra
- PHILIPPE, X. (2019) "La légitimation constitutionnelle des démocraties" *Pouvoirs*, Paris, nº 169, pp. 33-45.
- PITKIN, H. F. (1967) *The concept of representation*. Berkeley: University California Press
- POGUNTKE, T. & WEBB, P. D. (eds.). (2005). *The presidentialization of politics: a comparative study of modern democracies*. Oxford: Oxford University Press.
- POSNER, E. A. & VERMEULE, A. (2011) *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*. Oxford: Oxford University Press.
- ROSANVALLON, P. (1998) *Le peuple introuvable*. Paris: Gallimard.
- _____. (2002) *La contre-démocratie*. Paris: Seuil.
- _____. (2006) *La légitimité démocratique*. Paris: Seuil.
- _____. (2020) *Le siècle du populisme*. Paris: Seuil.
- SCHEUERMAN, W. (1994) *Between the Norm and the Exception. The Frankfurt School and the Rule of Law*. Cambridge: MIT Press.
- SCHMITT, C. (1993) *Théorie de la Constitution*. Paris: Presse Universitaire de France.
- _____. (1998) *Catolicismo Romano e Forma Política*. Lisboa: Hugin



- _____. (1988) *Théologie politique II*. Paris: Gallimard.
- _____. (1996) *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta.
- SEUIL, (2019), “Les démocratures”, *Pouvoirs*, 169 (2019).
- SINTOMER, Y.. (2013) “Les sens de la représentation politique” *Raison politiques*, Paris, n° 50, pp.13 - 34
- SCHUMPETER, J. (2016) *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. São Paulo: Unesp
- TAYLOR, C. (1985). “What’s wrong with negative liberty”. In _____. *Philosophical Papers* Cambridge: Cambridge University Press. pp. 211-229.
- _____. (2000). *Argumentos Filosóficos*. São Paulo: Loyola.
- TAGUIEFF, P.-A. (2002) *L’illusion populiste*. Paris: Éditions Berg International
- URBINATI, N. (2014) *Democracy Disfigured*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- _____. (2019) *Me the people*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- VATICANO (2004). “Compêndio da Doutrina Social da Igreja”. http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_en.html#Origin%20and%20meanin. Acessado em 23/05/2020.
- VERMEULE, A. (2007) *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*. Oxford: Oxford University Press.
- _____. (2008). *Law and the Limits of Reason*. Oxford: Oxford University Press.
- _____. (2016). *Law’s Abnegation: From Law’s Empire to the Administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press
- _____. (2017). “The Ark of Tradition”. <https://kirkcenter.org/reviews/the-ark-of-tradition/>. Acessado em 23/05/2020.
- _____. (2018). “Integration from within” <https://americanaffairsjournal.org/2018/02/integration-from-within/>. Acessado em 23/05/2020.
- _____. (2019) “All Human Conflict Is Ultimately Theological” https://churchlifejournal.nd.edu/articles/all-human-conflict-is-ultimately-theological/#_ftnref32
- _____. (2020) “Beyond Originalism” <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>. Acessado em 23/05/2020..
- VILLEY, M. (1995) *Réflexions sur la philosophie et le droit*. Les Carnets de Michel Villey. Paris: Presse Universitaire de France.
- WALZER, M. (2008). *Política e Paixão*. São Paulo: Martins Fontes.
- ZAKARIA, F. (2003) *The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company