



dois pontos



Os artigos aqui publicados são indexados na CLASE (Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidade) e podem ser acessados no Directory of Open Access Journals (DOAJ), no sítio do Departamento de Filosofia da UFPR (<http://www.filosofia.ufpr.br/doisPontos>) ou no Sistema Eletrônico de Revistas (SER).

Direito e Política: a judicialização da política e a politização do sistema jurídico

vol. 17 número 2
semestral
dezembro de 2020

dois pontos: é uma revista vinculada aos programas de pós-graduação da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Federal de São Carlos. Publica artigos de filosofia e de áreas afins com interesse filosófico e busca promover intercâmbio entre pesquisadores no Brasil e exterior.

editores

Joel Klein (Universidade Federal do Paraná) e Marisa Lopes (Universidade Federal de São Carlos)

editores responsáveis pelo número “Direito e Política: a judicialização da política e a politização do sistema jurídico”

Cristina Foroni Consani e Maria Isabel Limongi

conselho editorial

Adriano Fabris (Università di Pisa – Pisa, Itália), Balthazar Barbosa Filho † (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre, RS, Brasil), Bento Prado Júnior † (Universidade Federal de São Carlos – São Carlos, SP, Brasil), Carlos Alberto Ribeiro de Moura (Universidade de São Paulo – São Paulo, SP, Brasil), Eduardo Jardim (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro, RJ, Brasil), Franklin Leopoldo e Silva (Universidade de São Paulo – São Paulo, SP, Brasil), Jean-Michel Vienne (Université de Nantes – Nantes, França), José Arthur Giannotti (Universidade de São Paulo – São Paulo, SP, Brasil), José Oscar Marques (Universidade Estadual de Campinas – Campinas, SP, Brasil), Leiser Madanes (Universidade Nacional de Buenos Aires – Buenos Aires, Argentina), Luiz Henrique Lopes dos Santos (Universidade de São Paulo – São Paulo, SP, Brasil), Luiz Roberto Monzani (Universidade Estadual de Campinas – Campinas, SP, Brasil), Márcio Suzuki (Universidade de São Paulo – São Paulo, SP, Brasil), Marcos Lutz Müller (Universidade Estadual de Campinas – Campinas, SP, Brasil), Marilena Chauí (Universidade de São Paulo – São Paulo, SP, Brasil), Michel Malherbe (Université de Nantes – Nantes, França), Newton Bignotto (Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte, MG, Brasil), Raul Landim Filho (Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro, RJ, Brasil), Renaud Barbaras (Université de Paris – I – Paris, França), Róbson Ramos dos Reis (Universidade Federal de Santa Maria – Santa Maria, RS, Brasil).

ISSN: 2179-7412

Editorial

As relações entre Direito e Política podem ser analisadas a partir de perspectivas muito diversas, como, por exemplo, a política enquanto poder que cria o direito por meio do processo legislativo ou, por outro lado, a do direito como elemento que confere ao poder político a legitimidade necessária para o seu exercício. Essa relação pode ainda ser analisada a partir das relações que se estabelecem entre instituições jurídicas e as demais instituições que compõem a organização política de uma sociedade. Pode assumir também um enfoque diacrônico e conduzir à investigação do desenrolar histórico dessas conexões ou, ainda, pode buscar compreender as relações de poder político que se mantêm fora do âmbito do direito.

Em razão da relevância teórica e prática desse tema, o Dossiê “Direito e política: a judicialização da política e a politização do sistema jurídico” reúne trabalhos de pesquisadores de diferentes áreas que buscam compreender e conceituar as relações entre Política e Direito, tendo no horizonte o fenômeno da judicialização da política que alcançou patamares inéditos e preocupantes no Brasil nos últimos anos. Foi com a intenção de discutir e problematizar os desdobramentos das relações entre Política e Direito no fenômeno da judicialização da política e da politização do sistema jurídico no Brasil que o Grupo de pesquisa em Direito e Política (Filosofia/UFPR) organizou em 2018, na Universidade Federal do Paraná, o “I Colóquio Nacional Direito e Política”, reunindo pesquisadores da área da Filosofia, do Direito e da Ciência Política, em que foram apresentados e debatidos as versões preliminares de grande parte dos artigos que compõem o Dossiê.

A partir de uma abordagem típica da filosofia e da teoria política, os artigos analisam a relação entre Política e Direito a partir da obra de autores como Suárez, Kant, Hegel, Schmitt, Lefort, Merleau-Ponty, Habermas, Agamben, O’Donnell, Waldron, Urbinati, Hirschl e também a partir das teses do neoconstitucionalismo, do populismo constitucional e das críticas à democracia liberal. Certamente, os leitores encontrarão aqui uma fonte importante para ampliar e aprofundar o debate a respeito deste tema.

Cristina Foroni Consani

Maria Isabel Limongi

endereço para correspondência address for correspondence

Departamento de Filosofia da Universidade Federal do Paraná

R. Dr. Faivre, 405 6º andar 80060-140 Curitiba, PR Brasil

0xx41 33605098

Departamento de Filosofia da Universidade Federal de São Carlos

Rodovia Washington Luís km 235 Monjolinho

caixa postal 676

13565-905 São Carlos, SP Brasil

revista2pontos@gmail.com

endereços eletrônicos da *dois pontos*:

www.ser.ufpr.br/dois pontos

www.filosofia.ufpr.br

Índice

- 11 **Frankenstein e a vanguarda moral. Do império do direito ao domínio do judiciário**
Alessandro Pinzani
- 24 **As fontes democráticas do poder civil segundo Francisco Suárez**
Alfredo Storck
- 40 **Nebulosa de Imunidades? Sobre estado de direito e democracia no pensamento jurídico brasileiro**
Andrei Koerner, Valeriano Costa
- 63 **Judicialização da Política, Auto-restrição judicial e a Defesa da Constituição: algumas lições de Carl Schmitt em *Der Hüter der Verfassung***
Claudio Ladeira de Oliveira
- 85 **Democracia, tecnocracia e a questão da (im)parcialidade judicial**
Cristina Foroni Consani
- 97 **Habermas e o positivismo jurídico**
Delamar José Volpato Dutra
- 118 **Juristocracia midiática**
Joel Thiago Klein
- 131 **O a priori político de Merleau-Ponty e Lefort**
Luiz Damon
- 144 **Rupturas do Estado de Direito**
Maria de Lourdes Borges
- 154 **O papel representativo do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito**
Paulo Baptista Caruso MacDonald
- 170 **As duas faces do decisionismo: constitucionalismo do bem comum e democracia iliberal**
Wladimir Barreto Lisboa, Nikolay Steffens

•
•

Frankenstein e a vanguarda moral: Do império do direito ao domínio do judiciário

Alessandro Pinzani

alepinzani@gmail.com

Professor do Depto de Filosofia da UFSC; pesquisador do CNPq.

Resumo: O artigo tece algumas considerações sobre o chamado constitucionalismo da efetividade ou neoconstitucionalismo, limitando-se, contudo a discutir seus aspetos teóricos, sem analisar casos concretos. Primeiramente são apresentados de forma sucinta os princípios centrais do neoconstitucionalismo, em particular na formulação de Luis Prieto Sanchís; em seguida, são avançadas algumas considerações a partir das observações de alguns dos seus críticos, em particular Juan García Amado. As teses destes dois autores são complementadas com algumas observações do autor e de outros autores, que insistem sobre aspectos relevantes para nossa discussão.

Palavras chaves: neoconstitucionalismo; constitucionalismo da efetividade; ativismo judicial; Prieto Sanchís; García Amado; corte constitucional

Abstract: The article offers some considerations about the so-called constitutionalism of effectiveness or neoconstitutionalism, limiting itself, however, to discussing its theoretical aspects, without analyzing specific cases. First, the central principles of neoconstitutionalism are briefly presented, particularly in the formulation offered by Luis Prieto Sanchís; then, some considerations are advanced starting from the remarks of some of its critics, in particular Juan García Amado. The theses of these two authors are complemented with some observations by the author and by other authors, who have touched on aspects that are relevant for our discussion.

Keywords: neoconstitutionalism; constitutionalism of effectiveness; judicial activism; Prieto Sanchís; García Amado; constitutional courts

Recebido em 30 de março de 2020. Aceito em 24 de agosto de 2020.

●
●

Neste artigo gostaria fazer algumas considerações sobre um fenômeno que está entre os mais discutidos das últimas décadas e que foi definido de várias maneiras, algumas quase derogatórias (decisionismo ou ativismo judicial), outras mais neutras ou até positiva (constitucionalismo da efetividade ou *neoconstitucionalismo* – termo que não indica somente uma teoria jurídica, mas uma práxis judicial). Como se trata, justamente, de um fenômeno já amplamente debatido, limitar-me-ei a algumas considerações que podem ser marginais, do ponto de vista da teoria e da práxis jurídicas, mas possuem certa relevância do ponto de vista da filosofia política. Portanto, limitar-me-ei a discutir teorias e não analisarei casos concretos, ainda que de vez em quando possa servir-me de exemplos concretos. Minha preferência para discutir uma teoria em vez de realizar um diagnóstico do presente se deve à circunstância de que já houve autores que se ocuparam desta última tarefa e ao fato de que a teoria em questão teve, a meu ver, um papel fundamental nas atitudes tomadas por boa parte do judiciário brasileiro nos últimos anos e foi usada por ministros do STF para justificar algumas decisões centrais, como a relativa ao pedido de Habeas Corpus do presidente Lula.

Apresentarei primeiro de forma sucinta aqueles que me parecem ser os princípios centrais do neoconstitucionalismo, para, em seguida, fazer algumas considerações a partir das observações de alguns dos seus críticos. Entre as inúmeras formulações das posições neoconstitucionais (Comanducci, Barroso, Zagrebelsky, Carbonell), me servirei daquela oferecida por Luis Prieto Sanchís, que deu origem a um interessante debate com Juan García Amado (agora em CARBONELL, 2007). Assim, numa breve análise das duas posições poderemos entender o que está em jogo. Ao mesmo tempo, complementarei as teses destes dois autores espanhóis com algumas observações minhas e de outros autores, que insistem sobre aspectos relevantes para nossa discussão.

1) O que é neoconstitucionalismo

O conceito de constituição está em disputa, como todo conceito político. A própria atividade jurisdicional depende diretamente da maneira, na qual os juízes o entendem. Por isso, é problemático considerar tal atividade como se representasse um fenômeno unitário, como se se tratasse de uma ação que obedece a uma única intenção, como se houvesse um único sujeito chamado “o judiciário”. Nas últimas décadas, contudo, houve no Brasil a prevalência de certa maneira de entender a ação dos juízes, visão que encontrou sua base teórica mais robusta no neoconstitucionalismo. Por mais que esta teoria (e prática) jurídica não seja a única, nem sequer a mais difundida no âmbito judicial brasileiro, me parece reunir todos os aspectos que caracterizaram de forma mais marcante a atividade dos juízes brasileiros que tentaram libertar-se das rédeas que lhes impusera uma leitura positivista restrita, dominante por muito tempo no Brasil. E, como frequentemente acontece, passou-se de um extremo para o outro.

Antes de discutir as características centrais do neoconstitucionalismo, porém, cabe fazer algumas considerações sobre as diferentes maneiras de pensar o próprio conceito de constituição. Para isso, recorrerei a um autor neo-constitucionalista, justamente para entender melhor o que esta teoria entende por constituição. O autor em questão é Paolo Comanducci. Comanducci (2007) identifica quatro modelos de constituição, ou seja, quatro maneiras diferentes de conceber o que é uma constituição; a cada um deles corresponde uma diferente maneira de pensar a ação do judiciário e a atividade de controle de constitucionalidade, mas não me ocuparei disso aqui.

Os quatro modelos se distinguem entre si ao longo de duas questões centrais: a constituição pode ser vista como ordem ou como norma; o modelo pode ser descritivo ou axiológico. Disso resultam as seguintes quatro possibilidades:



Tipo de modelo	Descritivo	Axiológico
Constituição como		
Ordem	Modelo descritivo da constituição como ordem	Modelo axiológico da constituição como ordem
Norma	Modelo descritivo da constituição como norma	Modelo axiológico da constituição como norma

No modelo descritivo da constituição como ordem, esta é vista como um conjunto de fenômenos sociais que define a estrutura fundamental da sociedade e do Estado, sem possuir nenhum valor intrínseco ou gerar normas. Ela diz como se organizam os poderes públicos e quais são suas relações com os cidadãos e com os atores da sociedade civil. Nas palavras de Michel Troper (apud COMANDUCCI, 2007, p. 49), a constituição não pertence ao mundo do *sollen* (do dever ser), mas àquele do *sein* (do ser).

No modelo axiológico da constituição como ordem, os fenômenos sociais em questão possuem valor intrínseco e geram normas. Como exemplos, Comanducci cita Carl Schmitt, para o qual a constituição consiste em uma “decisão total sobre a espécie e a forma da união política” (apud COMANDUCCI, 2007, p. 46), e Costantino Mortati, que introduziu a noção de constituição material para distingui-la daquela positiva ou formal. Nesta visão, a própria ordem social possui uma normatividade intrínseca, que se reflete na sua atividade de produção de normas. A constituição é expressão da cultura e dos *valores* de um povo. É a visão típica de autores tradicionalistas ou contrarrevolucionários como Burke e de Maistre, mas também dos juristas nazistas, que, em seu afã antipositivista, fundamentavam suas decisões, que frequentemente iam contra as leis e a constituição de Weimar, apelando para princípios morais supra-positivos como a sã eticidade do povo alemão (cf. PAUER-STUDER e FINK, 2014; MAUS, 2018).

O modelo descritivo da constituição como norma considera a constituição como um texto normativo específico, a chamada constituição formal: um conjunto de normas que regulamenta a própria produção jurídica de leis ou organiza as instituições políticas etc. Este talvez seja o modelo mais utilizado na literatura constitucional, particularmente, mas não exclusivamente pelo positivismo jurídico em suas diferentes acepções, de Kelsen a Hart.

O modelo axiológico da constituição como norma é característico, entre outros, do neoconstitucionalismo. Neste modelo “toda a legislação é entendida como atuação da constituição e é interpretada à luz da constituição” (COMANDUCCI, 2007, p. 52). Sobre tudo, porém, nele a distinção entre *sein* e *sollen*, entre ser e dever ser, se enfraquece a ponto de desaparecer.

Para melhor entendermos este quarto modelo, que é o que nos interessa, passemos a considerar as seguintes teses que, na reconstrução de Carlos Bernal Pulido (2007, p. 290), caracterizam o neoconstitucionalismo na versão de Luis Prieto Sanchís:

1. A constituição é material, ou seja, possui um “denso conteúdo substantivo” (PRIETO SANCHÍS, 2007, p. 213), expressado primária, *mas não exclusivamente* no conteúdo lingüístico do texto constitucional. Não se trata, em suma, de um texto que se limita a estabelecer regras formais para a produção legítima de direito positivo, como no modelo descritivo da constituição como norma.

2. A constituição é garantida, isto é, é protegida pelos juízes. Em alguns países, isso acontece através de um tribunal específico, como o Tribunal Constitucional Federal alemão; em outros através de um tribunal que não exerce somente a atividade de controle de constitucionalidade, mas serve como suprema instância judicial; em outros através da ação de juízes em todos os níveis decisórios, inclusive os mais baixos na hierarquia judicial, como os tribunais de primeira instância; em outros países, enfim, a constituição é garantida pela ação conjunta do poder judiciário e do poder legislativo ou pelo próprio poder legislativo, como no Reino Unido. Esta pluralidade de opções dificulta em parte a elaboração de uma teoria unificada e aponta para certo caráter pragmático do neoconstitucionalismo. Cabe lembrar que os países, nos quais é previsto o controle constitucional através de um órgão judiciário, são, geralmente, países saídos de uma experiência totalitária ou ditatorial, como Itália, Alemanha ou Brasil. Sua introdução no texto constitucional, contudo, foi pensada primariamente para a defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos contra os possíveis excessos do estado, ou seja, como uma tarefa “passiva” de proteção, não como uma tarefa “ativa” de definição e implementação de novos direitos ou de ampliação dos existentes. Por exemplo, a Corte Constitucional italiana é muito menos “ativa” ou propositiva do que o STF brasileiro.

3. A constituição é onipresente e irradia todo o sistema jurídico: “não há espaços isentos para o legislador, pois todos os espaços aparecem regulamentados” (PRIETO SANCHÍS, 2007, p. 218) Para usar uma expressão de Riccardo Guastini (2002) retomada por vários autores, a constituição é *invasora* ou *intrometida*, pois invade várias esferas (social, política, econômica etc.). Ou, para parafrasear um ditado clássico, *quod non est in constitutione, non est in mundo* (JESTAEDT, 2011, p. 87).

4. A constituição estabelece uma regulamentação principialista e, portanto, admite a possibilidade de conflitos ou colisões entre suas normas; produz, em suma, uma pluralidade de “mundos constitucionalmente possíveis” (J.J. Moreso apud PRIETO SANCHÍS, 2007, p. 218). Por isso ela é considerada uma constituição viva, em contínua mudança.

5. A constituição se aplica mediante a ponderação, que permite estabelecer uma hierarquia entre princípios que entram em colisão.

6. Rechaça-se o modelo “geográfico” da relação entre constituição e legislação, pelo qual existe uma clara fronteira entre as duas: ou um caso é legal, ou é constitucional. Afirma-se, em lugar disso, um modelo argumentativo de relações entre constituição e legislação, pelo qual “não há problema jurídico que não possa ser constitucionalizado, e isso significa que deve ser descartada a existência de um mundo político separado ou imune da influência constitucional” (PRIETO SANCHÍS, 2007, p. 221).

Outro ponto essencial do neoconstitucionalismo, salientado por Prieto Sanchís é o do caráter transformador do direito, pois ele visa chegar a uma “constituição transformadora que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, mas cujo protagonismo fundamental não corresponde ao legislador, senão aos juízes” (PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 127). Isso implica, nas palavras de um neoconstitucionalista brasileiro, Eduardo Moreira, numa “maior presença judicial no lugar da autonomia do legislador” (MOREIRA, 2008, p. 38). Portanto, nas palavras do mesmo autor, “passamos de um direito em que as normas ditam o que fazer para um direito em que os princípios indicam o que se pode fazer” (MOREIRA, 2008, p. 18). O neoconstitucionalismo é assim “uma teoria do direito preocupada em transformar o que não deve ser e com a pretensão de corrigir aquilo que racionalmente pode ser aperfeiçoado (ideia do ‘pode ser’)” (ibidem) ou até com a pretensão de realizar certo resultado almejado, ainda que não sempre fique claro por quem: se pela própria constituição ou pelos juízes. Neste ponto, o neoconstitucionalismo se afasta da posição de Dworkin, que é considerado um dos seus mentores. Para Dworkin (2010), o poder judiciário deve ocupar-se exclusivamente com questões de princípios que surgem no contexto de um problema específico, deixando que questões teleológicas, isto é, questões de objetivos mais amplos, sejam

resolvidas pelos órgãos de governo através de políticas públicas. Na hora em que o judiciário reclama para si a competência para realizar metas mais gerais (que podem ir da diminuição da injustiça social ao combate à corrupção), ele estaria extrapolando suas competências. Os neoconstitucionalistas, contudo, poderiam replicar que, às vezes, as metas estão explicitamente declaradas no texto constitucional, como acontece no caso da constituição de 1988 que, no preâmbulo e em alguns artigos, afirma almejar a criação de uma sociedade mais justa.

Finalmente, o neoconstitucionalismo defende que há algo como um “mais de direito”, para servir-se de uma expressão usada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão: “O direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Em certas circunstâncias, pode haver um ‘mais’ de direito [*Mehr am Recht*] em relação aos estatutos positivos do poder do estado, que tem sua fonte na ordem jurídica constitucional como uma totalidade de sentido e que pode servir de corretivo para a lei escrita [...]. A tarefa da jurisdição pode exigir que encontre e realize em suas decisões através de um ato de conhecimento valorativo, no qual não faltam elementos decisionistas [como já afirmava Schmitt, como vimos – A. P.], valores que são imanentes à ordem jurídica constitucional, mas que não chegaram a ser expressados nos textos das leis escritas ou o foram só parcialmente” (BVerfGE 34, 269ss. e 287; trad. parcial apud MOREIRA, 2008, p. 49; texto original apud MAUS, 2018, p. 118). Sempre o Tribunal Constitucional Federal afirma reconhecer “a existência de um direito *supra-positivo* que vincula também o poder legislativo constitucional, e possui a competência para julgar o direito positivo com base nele” (BVerfGE 1, 12, 32, apud MAUS, 2018, p. 28).

2) As críticas de García Amado ao neoconstitucionalismo

Passo agora a discutir algumas das críticas ao neoconstitucionalismo, em particular as de Juan García Amado. Como já disse, pretendo não somente expor, mas também ampliar tais críticas, que podem ser reunidas em três grupos temáticos que dizem respeito, respectivamente, a) à onipresença da constituição ou a seu caráter invasor, b) ao caráter anti-político e antidemocrático do neoconstitucionalismo e c) ao caráter metafísico da constituição, ou seja, ao fim da separação entre direito e ética.

a) A onipresença da constituição

A primeira crítica de García Amado a Prieto Sanchís é a de que este estaria confundindo o que a constituição diz com aquilo que seus intérpretes dizem que diz. A constituição diz somente o que dizem suas palavras e somente há três categorias de coisas: “a) coisas que a constituição diz claramente para exigi-las, proibi-las ou permiti-las (por exemplo: que a pena de morte está proibida em tempo de paz, como diz o artigo 15 da Constituição Espanhola); b) coisas sobre as quais não diz absolutamente nada (por exemplo: quantos animais domésticos posso ter em meu apartamento); c) coisas das quais não sabemos se diz algo ou não e, eventualmente, o *que* ela diz, pois isso depende de como interpretamos seus termines e enunciados (por exemplo: se um casal estável não casado ou homossexual é ‘família’ ou não e, portanto, merece a proteção dos poderes públicos exigida no artigo 39 da Constituição Espanhola)” (GARCÍA AMADO, 2007, p. 238).

Prieto Sanchís ou outro neconstitucionalista poderia responder que, uma vez que a constituição é onipresente, ela regulamenta também as questões de tipo b) e c), ainda que não o faça de forma explícita (cf. BERNAL PULIDO, 2007, p. 292). Cabe aos juízes encontrar nela os princípios que permitam explicitar as normas jurídicas que regulamentam tais questões. Precisamente esta posição é alvo da crítica de García Amado (2007, p. 238), quando pergunta “de que modo está presente um mandato concreto em um enunciado constitucional semanticamente indeterminado”. Segundo García Amado, que defende uma visão positivista, não existe na constituição nada mais do que está contido em suas palavras e não existem conteúdos pré-linguísticos (por exemplo, valores ou princípios que não sejam explicitamente mencionados no texto constitucional), como pensam os neoconstitucionalistas. Estes acabam projetando na constituição valores e princípios nos quais seus autores nunca pensaram.

Ora, por um lado, esta operação de projeção pode fazer sentido, particularmente quando se trata de textos constitucionais escritos em outras épocas, como é o caso da constituição federal estadunidense de 1787. O risco de uma leitura “originalista” de tais textos (quer na vertente textualista, quer na vertente intencionalista) é o de condenar as gerações atuais a organizar seu ordenamento jurídico segundo valores que consideram ultrapassados ou inadequados às suas exigências. Seria o governo dos mortos sobre os vivos do qual já falava Thomas Jefferson (cf. CONSANI e PINZANI, 2013), que pensava em tempos muito mais restritos, a saber, no espaço que separa uma geração da próxima: imagine-se se tivesse pensado em termos de séculos!

Por outro lado, o risco do originalismo é limitado a algumas poucas constituições e não é tão relevante para constituições mais recentes como a brasileira de 1988. Além disso, quando há um conflito de valores, como, por exemplo, no caso da definição do que é família, é sempre possível emendar por via legislativa o texto originário, introduzindo nele uma referência explícita a um valor ou a um princípio que não estavam presentes nele ou que o estavam de forma considerada inaceitável hoje. Afinal, o texto constitucional não é um texto sagrado (a constituição brasileira de 1988 já foi emendada mais de cem vezes). Os neoconstitucionalistas parecem oscilar entre esta visão da constituição como algo vivo, como um texto aberto e suscetível de modificações, por um lado, e, por outro, a tendência a estilizar-se como os únicos intérpretes confiáveis e autorizados do texto constitucional que, neste caso, assume um caráter fechado. É por isso que Ingeborg Maus, retomando uma expressão de Jürgen Seifert, fala de uma “teologia constitucional”, na qual o texto constitucional é visto como um texto sagrado nos moldes da Bíblia ou do Alcorão, a partir do qual eruditos especializados “deduzem diretamente os valores e os comportamentos certos” (MAUS, 2018, p. 29). Em suma, conforme a ideia de uma onipresença da constituição, todo e qualquer caso jurídico estaria já previsto na constituição, explícita ou implicitamente; cabe aos seus intérpretes (aos juízes) trazer à tona a norma ou o princípio (escrito ou supra-positivo) que permitam resolvê-lo de vez.

b) O caráter anti-político e antidemocrático do neoconstitucionalismo

A segunda crítica de García Amado se dirige contra o caráter anti-político e antidemocrático do neoconstitucionalismo: Se a constituição não deixa espaços livres e se esta regulamentação, quando não for explícita, depende da interpretação do texto constitucional e da ponderação entre valores não explícitos por parte dos juízes, então, conclui García Amado, “não sobrar espaço para uma sociedade que exerça a política, e todos passaremos a ser súditos do supremo órgão político e não democrático, a saber, do judiciário” (apud BERNAL PULIDO, 2007, p. 294). O poder judiciário e não o parlamento democraticamente eleito é o verdadeiro legislador.

Para entendermos por que García Amado atribui caráter anti-político ao neoconstitucionalismo, devemos lembrar que a política é, primeira e primariamente, conflito e que o que caracteriza a política democrática é a busca pacífica de um acordo entre interesses divergentes sem que se tente afirmar a “verdade” ou a “justeza” de alguns deles e o caráter falso ou injusto dos demais. A política democrática não nega a divergência não componível dos interesses; se alimenta, antes, dela e só tenta impedir que o conflito se torne destrutivo do tecido social. O neoconstitucionalismo, pelo contrário, busca criar uma harmonia entre interesses e uma unidade social que não existem na realidade e que nunca poderão existir. Na busca de harmonizar o ser com o dever ser, acaba sacrificando o primeiro – ou melhor: acaba impondo à complexa realidade conflituosa da sociedade uma resolução dos conflitos que é unilateral e, portanto, acaba servindo somente um dos interesses em luta que, além de resultar vencedor, é considerado como sendo o único legítimo. Pois, na lógica totalizante do neoconstitucionalismo, segundo a qual o direito deve ser entendido em sentido amplo, isto é, incluindo princípios morais presumidamente objetivos, para cada conflito existe uma e uma só resolução que deve ser encontrada ou diretamente no texto constitucional ou ponderando princípios



que podem não estar presentes explicitamente nele. Conforme esta lógica, se houver um conflito entre interesses divergentes, somente as razões de um dos lados podem ser consideradas plenamente justificadas e devem, portanto, prevalecer. A resolução jurídica do conflito através da atribuição da “razão” a uma das partes prevalece assim sobre a formação do consenso político através do acordo de interesses conflitantes. A judicialização da política não representa uma nova forma de fazer política, mas a morte da política.

Neste processo, o juiz vira uma espécie de déspota esclarecido que impõe aos demais poderes e à sociedade uma paz social que somente ele enxerga com clareza. A figura do juiz se torna, assim, central – não somente pela sua posição no interior do sistema de pesos e contrapesos constitucionais, mas pelo fato de representar a consciência moral da sociedade. Isso pressupõe que ele possui uma personalidade moral superior à dos outros representantes das instituições, em particular dos membros do legislativo e do executivo; na realidade, acontece aqui uma inversão interessante: não é sua personalidade integérrima que lhe atribui o rotulo de consciência moral da sociedade; antes é sua posição de juiz que o eleva acima dos demais representantes e garante pela integridade moral de sua pessoa, independentemente de isso ser verdade ou não. Ele é integérrimo enquanto juiz, não juiz enquanto integérrimo. Voltarei a este ponto discutindo a relação entre direito e moral no neoconstitucionalismo.

O caráter anti-político do neoconstitucionalismo se manifesta particularmente na primazia atribuída por ele ao método da ponderação como instrumento de resolução dos conflitos jurídicos. Segundo García Amado (1996/97, p. 71), a ponderação é um procedimento irracional, pois não possui uma estrutura clara e não existe um “ponderómetro”, isto é, “um critério intersubjetivo para determinar quando um princípio deve ser preferido a outro num caso concreto” (BERNAL POLIDO, 2007, p. 296). A ponderação acaba dando “aparência de legitimidade a um ativismo judicial” que viola “as competências do legislador e da jurisdição ordinária e que é incompatível com a democracia e o estado de direito” (BERNAL POLIDO 2007, p. 296). Ernst-Wolfgang Böckenförde, que foi juiz do Tribunal Constitucional Federal alemão, expressou uma ideia análoga ao dizer que estamos passando de um tipo de estado para outro, a saber, “do estado do poder legislador parlamentar para o estado do poder judiciário que realiza a constituição” (BÖCKENFÖRDE, 1981, p. 402).

Isso levanta um problema de legitimação que não se coloca no caso dos procedimentos parlamentares e que possui dois aspectos. O primeiro e mais óbvio tem a ver com o fato de que os membros do parlamento são democraticamente eleitos e os juízes dos tribunais que possuem o poder de controle constitucional não. Os membros dos tribunais constitucionais podem até ser nomeados por órgãos políticos eleitos como um presidente, um senado ou um parlamento, e, portanto, sua nomeação pode ser vista como expressão indireta da vontade política da maioria dos cidadãos, mas isso não vale para os juízes que são ativos em níveis inferiores e que, em alguns ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, podem questionar a constitucionalidade de uma lei. E também no caso de juízes nomeados por órgãos políticos eleitos, seus cargos são normalmente vitalícios e não revogáveis. Esta medida, que visa torná-los imunes das pressões políticas e garantir a independência de seus juízos, acaba tornando-os, ao mesmo tempo, livres de dever qualquer prestação de conta ao povo soberano, que não tem como substituí-los, se não gostar de suas decisões, como acontece, pelo contrário, com governos e parlamentos. Enquanto os políticos eleitos assumem plenamente a responsabilidade de suas decisões e podem ser punidos pelos cidadãos, os juízes nunca são chamados a responder pelo resultado de suas ponderações, apesar dos altos custos econômicos e sociais que elas podem ter como consequência. Os únicos que poderiam rever tais decisões são os representantes eleitos, isto é, o parlamento: ou emitindo uma lei que regulamente de maneira diferente a questão decidida pelos juízes ou emendando a constituição, de maneira a solapar a base jurídica da decisão em questão. O problema é que esta ação do legislativo pode ser submetida por sua vez ao controle de constitucionalidade exercido pelo judiciário, como acontece no Brasil, deixando que a última palavra fique com ele. De certa maneira, isso reforça o diagnóstico de Böckenförde: passamos de uma forma de estado, na qual a última

palavra era a do legislador parlamentar, para uma, na qual ela está com o poder judiciário, que, assim, se torna o verdadeiro soberano (no sentido tradicional de *potestas superiorem non recognoscens*). O judiciário deixa de ser meramente o garante da lei, o defensor dos direitos fundamentais e o guardião da separação dos poderes inscrita na constituição. É isso que denomino de domínio do judiciário.

Alguém poderia observar que esta não é uma consequência necessária, uma vez que o poder judiciário estaria agindo justamente para garantir uma mais ampla e mais radical aplicação das proteções jurídicas garantidas pelo texto constitucional. Na realidade, isso vale para o garantismo (por exemplo na versão de Ferrajoli), que não coincide com o neoconstitucionalismo. É verdade que, geralmente, os neoconstitucionalistas são garantistas porque consideram os direitos fundamentais elencados nas constituições como expressões de princípios e valores que devem ser aplicados potencialmente em todos os casos jurídicos concretos. Contudo, a ponderação de princípios pode inclusive levar um juiz a reduzir um direito garantido pela constituição em nome de um valor ou um princípio que ele considera superior: a presunção de inocência, garantida pelo texto constitucional de 1988, por exemplo, pode ser considerada por um juiz neoconstitucionalista como um mero princípio, em vez de um direito ou de uma regra, e pode ser preterida em prol de outro princípio, como o da confiança no sistema jurídico, ainda que se trate de um princípio muito mais vago e de difícil definição – o que reforça a observação de García Amado de que não existe um ponderómetro e de que o método da ponderação corre o risco de levar a resultados arbitrários ligados às visões subjetivas dos juízes sobre o que conta como princípio e sobre sua presumida superioridade sobre outros princípios. Como afirma Ingeborg Maus: “As limitações dos direitos fundamentais são tomadas em cada caso por meio de uma ponderação de valores e sempre em consideração das circunstâncias particulares, ou seja, em outras circunstâncias poderiam também ser definidas de maneira diferente” (MAUS, 2018, p. 43). Assim, um dos pilares do estado de direito, a saber, a certeza jurídica, acaba sendo abalado uma vez que regras ou princípios explicitamente afirmados no texto constitucional passam a ser objeto de ponderação por parte de um juiz e podem ser preteridos por ele em prol de princípios que não estão no texto.

Contra esta acusação, os neoconstitucionalistas recorrem à ideia de derrotabilidade (cf. MOREIRA, 2008, p. 94): uma regra pode ser derrotada, em casos excepcionais, sem perder seu valor de regra. Se o juiz, ao avaliar os efeitos da regra (por exemplo, da regra da presunção de inocência), chegar à conclusão de que, no caso específico que está sendo examinado, eles são deletérios ou violam um ou mais princípios que ele considera valiosos, então, ele seria autorizado a considerar a regra como sendo “derrotada” por tais princípios, apesar de ela manter seu valor de regra para outros casos.

Ora, isso abre, mais uma vez, espaço para resultados arbitrários, particularmente nos casos, nos quais os juízes tomam suas decisões não no âmbito de um debate aberto com outros juízes, mas chegam às suas conclusões isoladamente, limitando-se a comunicá-las aos outros membros do tribunal na hora da leitura ou exposição de seus votos, como acontece no STF. A ponderação acontece tendo como único interlocutor o próprio juiz, sem que ele debata com os outros. Daí a inevitável impressão de discricionariedade que resulta do fato de diferentes juízes motivarem seus votos discordantes invocando princípios opostos ou até os mesmos princípios, mas invertendo sua hierarquia.

Ora, os neoconstitucionalistas reconhecem isso. Nas palavras de Zagrebelsky: “a discricionariedade é um dato insuperável” (2006, p. 6) nas decisões judiciais, como nas políticas, e, por isso, não representa um problema. Isso, porém, seria verdade somente se as decisões tomadas discricionariamente pelos juízes pudessem ser modificadas com a mesma facilidade com a qual podem ser modificadas as igualmente discricionárias decisões tomadas pelos governos e pelos parlamentos. Mas, como sabemos, isso não acontece tão facilmente.



O segundo aspecto do problema de legitimação mencionado acima é menos óbvio do primeiro e está ligado ao caráter exclusivo do procedimento judicial (MÖLLERS, 2011, p. 318 ss.). Os juízes decidem sobre um caso individual, ouvindo somente as partes envolvidas, mas sua decisão pode afetar toda a comunidade jurídica, todos os cidadãos, sem que haja uma discussão ampla que represente todas as posições possíveis, como, geralmente, acontece nos parlamentos. Este caráter exclusivo se manifesta de maneira mais evidente nos casos, nos quais os juízes do tribunal em questão decidem monocraticamente ou, no caso de decisões de colegiado, sequer deliberam entre si, mas se limitam a manifestar suas opiniões na hora de tornar pública sua decisão, como vimos. Além disso, as decisões políticas podem ser revistas, quando mudar a maioria no legislativo, por ex. Uma decisão judicial alcançada com base em argumentos de princípios que se pressupõem racionais dificilmente será modificada, pois se o fosse, isso provocaria uma crise de confiança na capacidade de o tribunal em questão fundamentar racionalmente suas decisões ou até na sua imparcialidade e boa fé.

Estes problemas de legitimação apontam para o caráter antidemocrático do neoconstitucionalismo que, como veremos, alguns de seus defensores não somente reconhecem, como defendem abertamente. Sobre tudo, porém, revelam que o neoconstitucionalismo parte de uma visão dos conflitos sociais como meros conflitos jurídicos ou como conflitos entre diferentes princípios morais – conflitos que, portanto, podem ser resolvidos por meio de uma decisão judicial unívoca. Mais uma vez: se uma das partes sai vencedora do procedimento jurídico, se seus interesses são reconhecidos como sendo os únicos que possuem fundamentação jurídica ou moral suficiente, os interesses das partes derrotadas são *eo ipso* declarados ilegítimos jurídica e moralmente – ao contrário do que acontece quando a resolução do conflito é política e se dá pela atividade legisladora do parlamento. O conflito social acaba se transformando em um jogo a soma zero, no qual uma parte ganha e outra perde, sem possibilidade de um acordo de mediação, no qual as partes vão uma ao encontro da outras. Isso muda no caso em que se recorra a uma arbitragem ou a outros métodos alternativos de resolução das controvérsias que, contudo, me parecem ir contra as intenções e as intuições do neoconstitucionalismo, pois sinalizam antes uma tendência a tratar todas as questões jurídicas como questões não de direito constitucional, mas de direito privado, de direito contratual ou de *Tort Law* – tendência que pode por sua vez resultar no uso do direito como instrumento para opor-se a decisões tomadas democraticamente (para este uso foi cunhado o termo de *lawfare*, como se sabe).

c) A constituição metafísica e a fim da separação entre direito e ética

Finalmente, voltando à crítica de García Amado a Prieto Sanchís, ao pressupor que a constituição forma “um sistema axiológico pleno e coerente que subjaz ao texto constitucional e é independente dele”, o neoconstitucionalismo defende a existência de uma constituição metafísica, que “prescreveria uma única resposta para cada caso possível”, tornando supérfluo o texto constitucional positivo (BERNAL POLIDO, 2007, p. 97). O risco é que se afirme a ideia de uma constituição universal que independe do texto constitucional específico – ideia que parece revelar-se na tendência crescente das cortes constitucionais em servir-se de decisões tomadas por tribunais análogos de outros países, que possuem outra constituição. Este fenômeno levou inclusive, nos Estados Unidos, a uma proposta de lei (o *Constitution Restoration Act*) que proibiria o uso de documentos jurídicos, leis ou sentenças de outros países por parte dos juízes estadunidenses.

Deste ponto de vista, o que os críticos do neoconstitucionalismo consideram extremamente problemático é a inclusão de princípios morais no direito, pois isso teria como conseqüência o desaparecimento de espaços livres de regulamentação jurídica num sentido mais forte do que já acontecia com a afirmação da onipresença da constituição (MAUS, 2018, p. 15). Já que toda e qualquer esfera de ação humana pode ser objeto de princípios morais, se estes forem incluídos no direito, *tudo* se torna um possível objeto de regulamentação jurídica. Lembro, como exemplo extremo disso, o caso daquele juiz do Rio Grande do

Sul que condenou um pai por não ter amado bastante o filho, como se o amor paterno pudesse ser objeto de normas jurídicas e pudesse ser objeto de coerção jurídica (o pai foi condenado a pagar indenização ao filho). O judiciário se transforma assim em instância moral suprema da sociedade e, portanto, se põe mais uma vez acima de todos os outros poderes públicos. Para usar uma expressão da Maus, o judiciário virou uma espécie de Super-Ego da sociedade (2018) ou, para usar a expressão derogatória de Posner (2005, p. 99), os juízes passam a se ver como a “vanguarda moral” da sociedade – expressão ecoada pelo mais conhecido neoconstitucionalista brasileiro, Luis Roberto Barroso, quando usa - mas positivamente! - o termo “vanguarda iluminista” (BARROSO, 2015, p. 42).

Defensores da posição neoconstitucionalista poderiam afirmar que os princípios e valores que constituem o que o Tribunal Constitucional Federal alemão chama de “mais de direito” ou de direito supra-positivo não são universais e absolutos, mas são próprios de determinada sociedade, ou melhor, de determinada comunidade jurídica e política. O problema, porém, consiste na identificação de tais valores. Qual é a relação entre as convicções morais que, empiricamente, são dominantes numa sociedade, por um lado, e as convicções morais do juiz, pelo outro?

Sabemos que este é o *punctum dolens* das teorias que defendem a inclusão de princípios morais no direito, como, por exemplo, no caso da teoria de Dworkin. Faço um exemplo: o direito de adoção para casais homossexuais. Se o STF for chamado a julgar sobre isso e seus juízes resolverem decidir a questão com base numa ponderação puramente principialista, servindo-se de princípios morais, apelariam para princípios universais como a da inadmissibilidade de discriminações fundadas na orientação sexual? Ou se orientariam antes pelo sentimento moral majoritário no Brasil que, provavelmente, consideraria inaceitável esta forma de adoção? Obedece-se a princípios morais universais ou a convicções morais locais? À razão prática ou ao *sensus moralis communis* de determinada comunidade jurídica? Se os juízes optarem por esta segunda possibilidade, estariam defendendo um modelo axiológico da constituição como ordem – o clássico modelo dos pensadores conservadores ou reacionários, defensores da visão de que o *status quo* social, político e moral é expressão da cultura nacional e possui valor intrínseco (fundamentalmente, o argumento com o qual se defendeu em vários países europeus a legitimidade de colocar símbolos cristãos nos espaços públicos como aula de escola ou de tribunal). Se nossos juízes optarem pela primeira possibilidade e se orientassem por princípios universais, estariam defendendo o modelo axiológico da constituição como norma, típico do neoconstitucionalismo, mas a preço de afastar-se notavelmente da opinião moral dominante na sociedade. Não que isso seja necessariamente um mal, particularmente em casos, nos quais o que está em jogo é a extensão de direitos a indivíduos que até o momento foram excluídos do gozo deles. Ao mesmo tempo, contudo, isso reforçaria a ideia de que os juízes buscam uma solução antidemocrática, adotando uma postura anti-política e, sobre tudo, erguendo-se como suprema autoridade moral da sociedade.

Esta superioridade moral do juiz parece ser um pressuposto inevitável do neoconstitucionalismo. Gustavo Zagrebelsky, falando da justiça constitucional, afirma: “sua natureza marcadamente supra-estrutural, expressão de exigências que se separam do sentimento popular imediato e da interpretação que dele fazem os órgãos políticos, expõe sempre os tribunais à contestação da legitimidade de suas decisões, de sua composição e, em caso de forte contraste, inclusive da sua existência” (2006, p. 6). O que interessa aqui é o fato de Zagrebelsky ressaltar positivamente a distância que separa o sentimento popular das decisões dos juízes. Zagrebelsky, que foi – cabe lembrar – membro e presidente da Corte Constitucional italiana, defende indiretamente a necessidade de manter tal distância, quando aponta para o caráter republicano e não democrático das constituições, inclusive a italiana de 1948. O que diferencia a república da democracia é o fato de que, na primeira, o poder decisório do povo não é ilimitado. Nas palavras do *justice* Robert Jackson em *West Virginia Board of Education vs. Barnette* (1943), citadas por Zagrebelsky, “o autentico propósito de uma constituição [...] é o de subtrair certas matérias às vicissitudes das controvérsias políticas



[percebe-se aqui certa polêmica anti-política – A. P.], colocá-las fora do alcance de maiorias e funcionários públicos, sancioná-las como princípios legais aplicáveis pelos tribunais. O direito de cada um à vida, à liberdade, à propriedade, a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, a liberdade de culto e de reunião e os demais direitos fundamentais não podem ser submetido ao voto; não dependem do êxito de nenhuma votação” (apud ZAGREBELSKY 2006, p. 11). Deste ponto de vista, afirma Zagrebelsky, “a justiça constitucional é função da república, não da democracia” (ibidem).

Na realidade, estas afirmações poderiam ser compartilhadas também pelos defensores de um modelo descritivo da constituição como norma e até de um modelo descritivo da constituição como ordem, pois, afinal, a maioria – se não a totalidade – das constituições elaboradas no segundo pós-guerra subtraem explicitamente os direitos individuais fundamentais das decisões majoritárias, por mais que isso não sempre aconteça de forma automática: instituir um referendun para abolir o casamento gay ou para impedir que ele se torne legal, como aconteceu em vários países nos últimos anos, é um exemplo de como, infelizmente, nem todos os direitos são subtraídos à vontade da maioria e de como nem todos os cidadãos são considerados legalmente iguais. Neste ponto, os neoconstitucionalistas têm jogo fácil em apontar para a necessidade de subtrair as decisões concernentes os direitos fundamentais da vontade popular e atribuí-las, antes, aos tribunais.

O problema é que esta solução não garante que nas cortes não aconteçam as mesmas discriminações. Afinal, nem sempre a decisão dos tribunais constitucionais é tomada por unanimidade. Particularmente nos casos moral ou politicamente polêmicos, a decisão é tomada por maioria e, frequentemente, por uma maioria muito restrita: dependendo do número dos juizes, por 5 a 4, por 6 a 5 etc. A impressão é de que, nesses casos, o tribunal atuou como um pequeno parlamento, como reconhece Zagrebelsky, e que as convicções éticas ou políticas individuais dos juizes prevaleceram sobre a preocupação republicana para com a defesa dos direitos individuais. Temos inúmeros exemplos históricos disso: só citarei as diferentes decisões da Corte Suprema estadunidense em relação à legitimidade da escravidão ou das leis de segregação racial. Zagrebelsky tenta nos convencer de que ainda assim haveria uma diferença entre parlamento e corte constitucional: “a discricionariedade como expressão da vontade que se impõe, própria dos órgãos políticos, é uma coisa distinta da discricionariedade ‘republicana’, dirigida ao consenso sobre a constituição” (2006, p. 12). Confesso, contudo, que não consigo enxergar com muita clareza a distinção, particularmente se eu for levar em conta decisões tomadas por vários tribunais constitucionais, inclusive pelo STF brasileiro – decisões que parecem refletir a posição política ou moral pessoal dos juizes mais do que um genuíno interesse republicano.

O problema do modelo neoconstitucionalista é que ele poderia funcionar somente se tivéssemos a garantia de que os juizes fossem todos como o juiz Hercules de Dworkin e conseguissem, de fato, tomar suas decisões de maneira absolutamente imparcial, levando em conta os princípios morais relevantes (supondo que eles consigam identificá-los, em primeiro lugar). A realidade empírica nos apresenta, contudo, um quadro da situação bem diferente. A presumida moralização do direito (que, como vimos, já é problemática), esconde uma politização do judiciário que é mais problemática ainda. De maneira cada vez mais freqüente, surge a impressão de que os juizes tomem decisões puramente políticas, e o façam entrincheirando-se atrás de princípios morais arbitrariamente escolhidos entre uma miríade de princípios igualmente validos e que poderiam ter sido igualmente chamados em causa para justificar decisões diferentes ou até opostas. Estamos perante uma forma inédita de *lawfare*: a própria constituição é invocada para revogar decisões tomadas democraticamente, para remover do seu cargo oficiais democraticamente eleitos apesar da inexistência de fundamentos jurídicos para tanto, ou para retirar direitos fundamentais de devido processo a alguns cidadãos, enquanto eles ficam garantidos para outros. Estas decisões políticas nos são apresentadas como decisões puramente jurídicas ou, pior, como decisões fundamentadas moralmente, tomadas por indivíduos que se consideram a vanguarda moral do país. Duvido que esta fosse a intenção do constituinte na hora

de introduzir o mecanismo do controle constitucional, mas os neoconstitucionalistas me acusariam, provavelmente, de ser um originalista da vertente intencionalista, ao defender esta posição.

A constituição criou o poder judiciário para se defender contra possíveis ataques autoritários. O problema é que o judiciário parece ter-se transformado na criatura de Frankenstein: criada nas melhores intenções, mas fadada a provocar a infelicidade e, finalmente, a destruição de seu criador.

Referências

- BARROSO, L. R. 2015. A razão sem voto. O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 5, 24-50.
- BERNAL PULIDO, C. 2007. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, M. (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 289-325.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. 1981. *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*. 2. Aufgabe. Berlin: Duncker & Humblot.
- COMANDUCCI, P. 2007. Modelos e interpretación de la constitución. In: CARBONELL, M. (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 41-67.
- CONSANI, C. F.; PINZANI, A. 2013. Jefferson vs. Madison Revised. *Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual Review of Law and Ethics*. Bd. 21: *Das Rechtsstaatsprinzip / The Rule of Law-Principle*, 111-132.
- DWORKIN, R. 2010. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes.
- GARCÍA AMADO, J. A. 1996/97. ¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios. *Archivo de Filosofía del Derecho*, XIII-XIV, 65-85.
- GARCÍA AMADO, J. A. 2007. Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, M. (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 237-264.
- GUASTINI R. 2002. La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento giuridico. In: MAZZARESE, T. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino: Giappichelli, 147-172.
- JESTAEDT, M. 2011. Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist. In: JESTAEDT, M.; LEPSIUS, O.; MÖLLERS, Ch.; SCHÖNBERGER, Ch. *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*. Berlin: Suhrkamp, 77-157.
- MAUS, I. 2018. *Justiz als gesellschaftliches Über-Ich. Zur Position der Rechtsprechung in der Demokratie*. Berlin: Suhrkamp.
- MÖLLERS, Ch. 2011. Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts. In: JESTAEDT, M.; LEPSIUS, O.; MÖLLERS, Ch.; SCHÖNBERGER, Ch.. *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*. Berlin: Suhrkamp, 281-422.
- MOREIRA, E. R. 2008. *Neoconstitucionalismo. A invasão da constituição*. São Paulo: Método.
- PAUER-STUDER, H.; FINK, J. (Hrsg.) 2014. *Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus in Originaltexten*. Berlin: Suhrkamp.



POSNER, R. 2005. The Supreme Court, 2004 Term – Foreword: A Political Court. *Harvard Law Review*, 119, 32-102.

PRIETO SANCHÍS, L. 2003. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, M. (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 123-158.

PRIETO SANCHÍS, L. 2007. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, M. (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 213-235.

ZAGREBELSKY, G. 2006. *Le Corti costituzionali, le Costituzioni democratiche, l'interdipendenza e l'indivisibilità dei beni costituzionali*. Discorso pronunciato in Campidoglio per la celebrazione dei 50 anni di attività della Corte costituzionale – Roma, 22 aprile 2006. Acessível em: http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Zagr/Zagrebelisky_Repubblica_22apr2006.pdf (acessado em 30/04/2020)

As fontes democráticas do poder civil segundo Francisco Suárez

The Democratic Sources of Civil Power According to Francisco Suárez

Alfredo Storck

alfredo.storck@ufrgs.br

Professor Titular do Departamento de Filosofia da UFRGS

Pesquisador do CNPq

Resumo: O presente artigo tem por objetivo destacar o contexto no qual a obra *Defensio Fidei* de Francisco Suárez foi elaborada. Após salientar alguns elementos centrais dos debates entre partidários do direito divino dos reis e defensores da origem democrática do poder civil, veremos as linhas gerais do argumento avançado por Suárez para defender a origem democrática do poder civil e como ele interpreta essa tese.

Palavras-chave: Francisco Suárez, James I, origem do poder civil, direito divinos dos reis, democracia

Abstract: This article aims to highlight the context in which the work *Defensio Fidei* by Francisco Suárez was elaborated. After highlighting some key elements of the debates between supporters of the divine right of kings and defenders of the democratic origin of civil power, we will present the general lines of the argument advanced by Suarez to defend the democratic origin of civil power, and how he interprets this thesis.

Keywords: Francisco Suárez, James I, origin of civil power, divine right of kings, democracy

Recebido em 30 de maio de 2020. Aceito em 13 de outubro de 2020.



1. Introdução

A longa história de disputas entre as monarquias europeias e a Igreja católica começa ainda na Idade Média e adentra o período moderno. Suas raízes mais antigas estão ligadas ao modo de funcionamento das instituições jurídicas sendo possível, de modo muitíssimo simplificado, identificar dois períodos. Um primeiro, caracterizado pelo processo de centralização legislativa da parte do poder real. Trata-se do período mais próximo ao final da Idade Média em que as cortes reais, inicialmente atuando de forma pontual na administração da justiça, pautam sua atuação em uma forma de direito que havia sido desenvolvido nas universidades, o *ius commune*. Progressivamente, esse modelo de decidir através da administração da justiça passa a dar lugar a um modelo de criação legislativa por meio de ordenanças, o que conduz, no século XVI, à tentativa de submeter inclusive as cortes eclesiásticas ao poder legislativo e decisório das cortes reais. O segundo período caracteriza-se pela reação da Igreja através de novas doutrinas acerca da legislação. Configura-se como uma tentativa de remoção da atividade legislativa das cortes reais por meio da criação de novos fora, com especial relevo para as noções de lei natural, *forum internum* e ênfase em direitos naturais que limitavam o poder legislativo dos monarcas. Importa-nos destacar aqui a criação do *forum internum* como domínio da consciência ou do pecado. (PROSPERI, 1996; LEITE, 2002; DECOCK, 2011). Esse *forum* estava associado à relação com Deus e ao sacramento da penitência. O *forum externum*, por sua vez, dizia respeito às faltas cometidas contra a sociedade e reprimidas pela jurisdição eclesiástica ou civil. Como todo católico estaria submetido à jurisdição do *forum internum*, mesmo as consciências dos reis poderiam ser julgadas por seus confessores e os monarcas poderiam ser ou não absolvidos por terem praticado certos atos.

Salientemos ainda nesse movimento a ideia de limitação do poder real por meio de direitos. O ponto é perfeitamente resumido por um importante historiador do direito romano e moderno.

Durante o curso do século XVII, os direitos civis, a herança mais importante do Direito romano, era cada vez mais considerada como os direitos privados do indivíduo que transcendiam as jurisdições nacionais. Para conhecer esses conteúdos, o *Corpus iuris* era investigado. (...) O reflorescimento do *Corpus iuris* e do Direito romano no período moderno era, portanto, a-histórico. Não se buscava uma doutrina legal antiga, mas um novo pensamento jurídico. Com o *Corpus iuris*, buscavam salvaguardar os direitos privados dos cidadãos. Neste processo, o direito de Justiniano desempenhou o mesmo papel do humanismo no século XVI (WAELEKENS, 2015, p. 121).

Façamos dois comentários sobre a citação acima. Em primeiro lugar, note-se que, durante o século XVI, uma característica importante dos pensadores que atuavam internamente à Igreja Católica era o fato deles possuírem uma dupla formação: teológica e jurídica, a tal ponto que um tipo particular de literatura surge no período, a saber, obras intituladas *De Iustitia et Iure*, Da justiça e do direito. Esse verdadeiro gênero literário adotava a forma de comentários à Suma de *Teologia* de Tomás de Aquino, mas representava, de fato, novas peças de criação e debates legislativos, uma vez que a autoridade dos teólogos fornecia, em última instância, os parâmetros de julgamento a serem empregados em escrutínios do *forum internum*. Por serem juristas formados muitas vezes tanto no direito civil quanto no eclesiástico, esses teólogos-juristas, para retomar aqui uma formulação já clássica, recorriam ao *Corpus iuris civilis* para encontrar formulações de direito dotadas de autoridade que somente uma fonte como essa poderia conferir. Todavia, essa fonte era reinterpretada de acordo com uma concepção de pessoa moral afeita aos moldes do cristianismo (STORCK, 2019). Assim, o *Corpus iuris civilis* passava a ser lido como verdadeiro depositório de direitos universais que promovia a liberdade e igualdade natural de todos os seres humanos. Não surpreende, portanto, que boa parte desses teóricos enfaticamente sustentará que todos os homens nascem naturalmente livres e iguais por terem sido criados por Deus (MÄKINEN, 2008).



Em segundo lugar, não buscaremos, de forma alguma, justificar o uso a-histórico como método de interpretação do *Corpus iuris ciuilis* e tão pouco minimizar as críticas por escolas históricas ao método empregado pelos teólogos-juristas. O objetivo é exclusivamente o de apontar para a função retórica que desempenhava essa estratégia interpretativa. Por ser uma compilação legal revestida de autoridade histórica milenar e por veicular certos ideais de igualdade e liberdade que possibilitavam interpretações universalizantes, o *Corpus iuris ciuilis* oferecia campo fértil para autores que buscavam defender uma teoria acerca de direitos universais. Se quisermos, no entanto, buscar as verdadeiras raízes dessas teorias, não as encontraremos no próprio *Corpus iuris ciuilis*, mas na tradição do direito canônico. Aliás, um aspecto que tem sido bastante realçado nas últimas décadas é precisamente a importância que desempenhou o *Corpus iuris canonici* para o desenvolvimento do direito ocidental medieval e moderno (DECOCK, 2012).

Nosso objetivo nesse artigo será o de circunscrever o pensamento de Francisco Suárez no contexto desse debate. Para tanto, iniciaremos apresentando rapidamente o conflito envolvendo papistas e defensores do direito divino dos reis na Inglaterra no final do século XVI e início do XVII. Em seguida, apresentaremos rapidamente algumas das ideias centrais de Suárez acerca da origem democrática do poder civil, esperando deixar clara a importância do autor para a formulação de algumas teses mais características do pensamento político da época.

2. Patriarcas e papistas

Em sua obra póstuma destinada a defender o poder natural dos reis, Robert Filmer denuncia uma perigosa opinião que desfrutaria de grande reputação à época, a saber:

A humanidade nasceu e é naturalmente livre (*freedom*) de toda sujeição tendo liberdade (*liberty*) para escolher a forma de governo que lhe agrada e que o poder (*power*) que um homem tem sobre outros foi inicialmente atribuído de acordo com a desejo da multidão (FILMER, 1949, p. 53).

Aos olhos de pensador inglês, a tese teria surgido nas escolas de teologia e seria promovida por papistas, mais especificamente por pensadores ligados à Companhia de Jesus, como Robert Persons (1546–1610). Ainda que humanistas, como o historiador escocês George Buchanan (1506-1582) ou mesmo o próprio Calvino (1509-1564), endossassem a tese, sua principal formulação seria encontrada na obra do cardeal italiano Roberto Bellarmino (1542-1621). Filmer oferece, então, ao seu leitor uma passagem do *De Laicis*:

O poder secular ou civil (*civic power/política potestas*¹), diz ele, é instituído pelos homens e permanece no povo (*people/in tota multitudine*) a menos que seja atribuído a um Príncipe. Esse poder está imediatamente na multidão como seu sujeito; pois esse poder ela o tem por Lei Divina (*Divine Law/jus divinum*), mas a Lei Divina não o deu a nenhum homem em particular. Caso a lei positiva (*positive law/jus positivum*) fosse removida, não haveria razão para que em uma multidão (em que são iguais) um e não outro governasse sobre os demais. O poder é dado pela multidão a um homem ou a mais de um pela mesma lei da natureza (*law of nature/jus naturae*²), pois a república (*commonwealth/respublica*) por si só não pode exercer esse poder (*power/potestas*) e, portanto, deve conferi-lo a um ou a alguns homens. Isso depende do consentimento da multidão para ordenar acima de si mesma um Rei, um cônsul ou outro magistrado. E caso haja causa legítima, a multidão pode alterar o reinado em uma aristocracia ou democracia (FILMER, 1949, p. 53).

¹Os termos em língua inglesa são de Filmer. Em latim, fornecemos a terminologia empregada por Bellarmino.

²A equivalência, empregada por Filmer, entre Divine law e law of nature é permitida pelo próprio cardeal: “At jus naturae est jus divinum” (BELLARMINO, 1721, p. 300b).



Ainda que a citação acima seja, na verdade, um resumo do capítulo 6 do *De Laicis*³, ela captura bem a premissa central em que repousa a argumentação de Bellarmino: a liberdade natural de todos os seres humanos. É ela que permite concluir que, se os seres humanos são naturalmente livres, a autoridade política pertence a todos e a ninguém em particular. O poder político seria, por natureza, democrático e residiria imediatamente no povo, cabendo a esse decidir pelas formas de governo a adotar ou, havendo causa legítima, alterar a forma existente. Como bem mostrou Tutino, o projeto político de Bellarmino era o da construção de uma república cristã (*respublica Christiana*) capaz de fazer frente, por um lado, ao poder das igrejas protestantes e, por outro, posicionar-se frente à consolidação dos estados modernos nascentes (TUTINO, 2010). Tratava-se, portanto, de um projeto marcadamente pós-tridentino e que exigia da Igreja Católica a reelaboração dos principais dogmas teológicos de um catolicismo atacado pelas diversas formas de protestantismo e, simultaneamente, pela necessidade de defesa da instituição política do papado frente às novas estruturas estatais que surgiam na Europa. Quanto a esse segundo aspecto, Bellarmino encontrará uma esfera de atuação própria ao papado na divisão dos âmbitos de atuação dos poderes temporal e espiritual. O poder político dos reis é secular, ao passo que o poder da Igreja é sobrenatural. O principado temporal governa os homens enquanto são homens (*regit homines ut homines*) ao passo que o principado eclesiástico governa os homens enquanto são cristãos (*regit homines ut Christiani*). Será essa mesma divisão, que permite separar os âmbitos de atuação dos dois poderes, que acabará por estabelecer uma relação hierárquica entre as formas de governo. O império sobrenatural é o império das consciências e, nesse âmbito, o Papa goza de autoridade e jurisdição (TUTINO, 2010, p. 35-37). Como todas as consciências, mesmo a do rei, estão submetidas ao poder espiritual, ao guiar as consciências, o Papa poderá estabelecer limites para a ação dos católicos também em matéria temporal. Estão assim lançadas as bases para a famosa tese de Bellarmino sobre a *potestas indirecta* do sumo pontífice em matéria secular.

John Locke inicia o seu *Primeiro Tratado sobre o Governo* afirmando que a estratégia adotada por Filmer para defender a monarquia absoluta repousa justamente na negação daquela alegada nova opinião, uma vez que “a proposição em que alicerça todo o seu sistema é: Nenhum homem nasce livre” (LOCKE, 1998, p. 205). Locke também deixa claro que Filmer não era o único a defender essa tese:

Nesses últimos tempos, brotou entre nós uma geração de homens dispostos a adular os príncipes com a opinião de que têm eles um direito divino ao poder absoluto, sejam quais forem as leis pelas quais são constituídos e devem governar, ou as condições pelas quais chegaram ao poder, e por mais que seus compromissos de observar tais leis hajam sido ratificados por solenes juramentos e promessas. No intuito de abrir caminho para essa doutrina, negaram à humanidade o direito à liberdade natural (...) (LOCKE, 1998, p. 205).

Ao referir-se a “juramentos e promessas”, Locke⁴ está mencionando um outro elemento central para a compreensão da querela que opunha os defensores do direito divino dos reis e os partidários da origem democrática do poder civil. Já em 1598, James VI da Escócia (coroadado James I da Inglaterra em 1603) havia tratado do assunto em seu *The True Lawe of Free Monarchies: or, the reciprock and mutuall dutie betwixt a free King*. Além de defender, por razões bíblicas, o direito divino dos reis, o monarca escocês sustenta que “pela lei da natureza, o Rei torna-se um Pai natural para todos os senhores feudais (*lieges*) quando de sua Coroação” (JAMES VI&I, 2008, p. 195). A aparente metáfora paterna deve ser entendida em sentido literal, como James I faz questão de explicitar em seu discurso ao Parlamento em 1610. Pela coroação, transfere-se ao rei o tipo de poder que a lei natural, na tradição jurídica romana, atribuía ao pátrio poder, a saber, a *potestas vitae et necis* (poder de vida e morte) sobre seus filhos ou família (JAMES I, in WOOTON, 2003, p. 107). Esse poder absoluto sobre os súditos choca-se, como bem salientou Locke

³Para o original latino, consulte-se (BELLARMINO, 1721, p. 300b). Para a tradução inglesa do capítulo 6, consulte-se (BELLARMINO, 2012, p. 21-25).

⁴Sobre os aspectos teológicos do pensamento político de Locke, consulte-se: (GUY, 2020).



na passagem supracitada, com aquele que deveria ser o momento ápice da coroação, o momento em que o rei presta juramento. Isso porque, pelo ato de prometer, o rei pareceria vincular-se a certas obrigações. Nas palavras do ainda James VI:

E assim na coroação de nossos próprios reis, bem como na de todo *Monarca* Cristão, eles dão seu juramento, primeiramente de manter a religião presentemente professada no interior de seu país, de acordo com as leis onde elas estão estabelecidas, e de punir todos que aqueles busquem alterar ou perturbar sua profissão. Em seguida, de manter todas as leis boas e louváveis feitas pelos seus predecessores; vê-las executadas e punir quem as quebre ou viole, de acordo com a extensão da mesma. Finalmente, de manter todo o país e todo estado que possui em todos os seus antigos privilégios e liberdades, tanto contra inimigos externos como internos. (...) E esse juramento na Coroação é a mais clara, civil e fundamental lei, pela qual o ofício de rei é propriamente definido” (JAMES VI&I, 2012, p. 194-195).

A tensão soa flagrante. De um lado, o rei possui poder absoluto, mas, de outro, é limitado por obrigações contraídas pelo próprio juramento. No entanto, o rei escocês acabará por enfraquecer a força do próprio juramento e irá na direção oposta à de *Bellarmino* ao dizer que nenhum povo tem o direito à rebelião, mesmo em se tratando de um rei tirano. Teria, contudo, o Papa esse direito por meio da *potestas indireta* aludida por *Bellarmino*? A resposta encontra-se na forma do célebre debate em torno do *Juramento de Fidelidade*. Após a frustrada tentativa de assassinato de James I em 1605, conhecida como a *Conspiração da Pólvora*, por um grupo de católicos ingleses, o Parlamento inglês adota, em 1606, o *Oath of Allegiance* exigindo que todos católicos ingleses jurassem fidelidade ao rei. Uma das cláusulas do juramento é destinada a expressamente limitar o poder papal sobre as consciências dos católicos ingleses:

Eu juro também que abomino do fundo meu coração, detesto e abjuro, como ímpia e herética a maldita doutrina e posição que os príncipes que são excomungados ou destituídos pelo Papa possam ser depostos e assassinados pelos seus súditos ou por qualquer outra pessoa. E acredito, e estou resoluto em consciência (*conscience*), que nem o Papa nem qualquer outra pessoa tenha poder (*power*) de me livrar desse juramento (McILWAIN, 1918, p. 74).

Sentindo-se atacado, o Papa Paulo V (1552-1621) reage por meio de dois *Breves* conclamando os católicos ingleses a não prestarem o juramento. Sem obter o efeito desejado, solicita ao cardeal Bellarmino escrever uma carta ao Arcebispo da Inglaterra, George Blackwell (1545-1613), criticando o juramento.⁵ Para o cardeal italiano, mais do que exigir a fidelidade civil ao rei da Inglaterra, o juramento conduziria a negar a primazia do poder da Santa Sé e isso precisamente por retirar do papado o poder sobrenatural sobre a consciência dos fiéis. Inicialmente, James I cogita deixar a resposta a cargo do Bispo de Winchester, Thomas Bilson (1547-1616). Posteriormente, indo contra à prática habitual de deixar a resposta a cargo de teólogos, o próprio James I tomará para si a tarefa de justificar a validade do juramento e publicará, primeiramente de forma anônima (1608) e depois reivindicando explicitamente a autoria e revisão do texto (1609)⁶, o *Triplici Nodo, Triplex Cuneus: or, An Apologie for the Oath of Allegiance*. James I sustenta que o juramento seria o único meio de separar os súditos leais e aqueles que não o são. Afirma, contra o Papa, que Paulo V não teria conseguido demonstrar que o juramento seria contrário à fé católica e que a obediência ao poder temporal não é nem nunca foi vista como incompatível com a fé e a salvação das almas. Já a resposta a Bellarmino é mais incisiva. O cardeal é duramente atacado pela incongruência em seus escritos, por menosprezar o papel dos atentados contra a Rainha Elizabeth (1533-1603), por confundir a jurisdição espiritual do Papa com o juramento de fidelidade e por desconhecer o apoio indubitável dos antigos concílios em favor da supremacia temporal dos reis (BOURDIN, 2015, p. 190-191).

⁵Sobre a história do debate em torno do juramento de obediência, consulte-se: (a introdução de McILWAIN, 1918; TUTINO, 2007, cap. 5 e 6; TUTINO, 2010, cap. 4 e BOURDIN, 2015, o qual fornece em versão original e tradução francesa os principais textos do debate).

⁶Para uma análise da *Apologie em suas duas versões e sobre como a autoria se faz presente em ambas*, consulte-se (NORTH, 2012).

Os debates crescem rapidamente em intensidade. Em 1610, o Papa Paulo V, por intermédio do cardeal Scipione Borghese, informa o então núncio papal de Madri, Decio Caraffa, que gostaria de ver Francisco Suárez (1548-1517) responder a James I. Por solicitação de Caraffa, Suárez, que ocupava à época a Cátedra Prima de Teologia em Coimbra, publica, em 1613, sua *Defesa da Fé Católica contra os Erros da Seita Anglicana*. Em dezembro do mesmo ano, a obra será queimada nas escadarias da Catedral de São Paulo em Londres e, após ser examinada pelo Parlamento de Paris, será igualmente queimada na Cidade Luz em junho de 1614.

3. Suárez e a defesa da fé católica

A importância de Suárez no debate inglês é evidenciada, mais uma vez, por Robert Filmer que inicia o capítulo XI do *Patriarcha* nos seguintes termos:

Suárez, o jesuíta, levanta-se contra a autoridade real de Adão em defesa da liberdade do povo (*freedom and liberty of the people*) e argumenta assim: 'Pelo direito de criação (diz ele) Adão possuía apenas poder econômico (*economical power*), mas não político. Ele possuía poder sobre sua esposa e poder paterno sobre seus filhos, enquanto eles não fossem livres. Ele poderia também, nesse período, possuir servos e uma família completa, e nessa família ele poderia ter poder econômico total. Mas após as famílias começarem a se multiplicar e os homens a se separarem e tornarem-se chefes de diversas famílias, eles possuiriam o mesmo poder sobre suas famílias. Mas o poder político (*political power*) não começou até que as famílias começaram a reunir-se em uma comunidade perfeita (*perfect community*). Por conseguinte, como a comunidade não começou com a criação de Adão, nem apenas por sua vontade, mas com a de todos aqueles que concordaram nessa comunidade, então não podemos dizer que Adão naturalmente tinha a supremacia política nessa comunidade (FILMER, 1949, p. 74-75).

Fica evidente, na passagem acima, a diferença entre poderes econômicos (exercidos na casa pelo chefe da família) e políticos, um dos pilares da tese dos direitos divinos dos reis. Será justamente essa a diferença que conduz Filmer a afirmar contra Suárez: "Não sei o que ele entende por poder econômico total, nem como e em que ele real e essencialmente se distingue do político" (FILMER, 1949, p. 78⁷). Após termos lembrado rapidamente alguns elementos centrais dos debates que opunham os defensores dos direitos divinos dos reis aos teólogos papistas, a crítica de Filmer não chega a nos causar surpresa. Também não nos surpreenderá encontrarmos na *Defensio Fidei* (doravante *DF*) a defesa de direitos naturais inatos que todos os seres humanos possuem por terem sido criados por Deus, bem como a defesa da origem democrática do poder civil fundada nas teses da igualdade e liberdade natural dos seres humanos. De fato, o pensador jesuíta já havia articulado essas teses no *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, pois era exatamente nessa obra que Suárez trabalhava quando é solicitado a defender a causa papal.

O *Tratado acerca das leis e do Deus legislador* (doravante *DL*) inicia delimitando as pretensões de seu autor em direção ao que poderíamos chamar de um projeto de teologização do campo jurídico que deveria, por seu turno, conduzir à teologização parcial do político. Trata-se, portanto, também nesse caso, de um projeto tipicamente pós-tridentino. As razões que embasariam tais pretensões são apresentadas desde a abertura da obra, pois, em seu prefácio, Suárez deixa claro que a busca de Deus não é apenas o fim último da criatura racional, mas que essa busca é orientada em sua consecução pelo próprio Deus. Ele apontaria os caminhos e serviria de guia para a criatura racional. E se isso é assim, continua, o teólogo não poderia não incluir entre seus afazeres o estudo das leis, sendo portanto este domínio abarcado pelo da teologia, na medida em que cabe a essa ciência o estudo das coisas divinas e da felicidade junto a Deus.

Dado, então, que o modo como ocorre a salvação repousa nas ações livres e na retidão moral, a qual, por sua vez, depende em grande parte da lei enquanto medida das ações humanas, segue-se que os estudos das leis se torna uma divisão importante da teologia; e quando a sagrada ciência aborda a lei, ela seguramente toma por objeto o próprio Deus enquanto Legislador (*DL*, I, 1).

⁷Para o debate Filmer e Suárez, veja-se: (SOMMERVILLE, 1982 e WARD, 2004).



Contra aqueles que gostariam de ver os limites da teologia circunscritos ao domínio das leis divinas, delegando ao filósofo moral e aos juristas o trato das leis humanas, Suárez reivindica poder argumentar de forma expeditiva, uma vez que não parece razoável supor que as condutas humanas guiadas pela lei humana não influenciariam no alcance da felicidade. E se é verdade que influenciam, devem poder ser escrutinadas pela teologia. Ademais, é função da teologia considerar a consciência dos homens nessa vida, pois a retidão da consciência repousaria na observância das leis, uma vez que toda lei é uma regra que leva à salvação eterna, se obedecida, ou, caso violada, a sua perda. Assim, o estudo da lei, enquanto obrigando a consciência, pertence ao domínio da teologia. E isso aplica-se tanto ao caso das leis divinas, quanto ao da lei natural, na medida em que essa estabelece proibições, ordens e permissões. Mostraria ainda a teologia em que medida devemos nos submeter a poderes superiores e dá as razões para observarmos as leis eclesíásticas e seculares. De modo mais geral, pode-se dizer que, a partir dos fundamentos da fé, o teólogo deve deduzir o que deve estar presente e ser mantido nos ordenamentos jurídicos.

O núcleo da argumentação repousa nas noções de consciência e obrigação. Se ser obrigado é estar vinculado a uma regra dada à consciência e se as regras podem ser tanto sobrenaturais, naturais ou civis, então as modalidades como a obrigação ocorre revelam o vínculo da consciência com essas regras por meio de uma hierarquia. As regras civis passam a fazer parte do campo de investigação da teologia justamente por procurarem estabelecer obrigações aos seres humanos, as quais devem estar subordinadas às das leis naturais. Numa palavra, seria função da teologia verificar se as obrigações impostas civilmente coadunam-se com as obrigações da consciência cristã. Como diz mais uma vez o *De Legibus*:

A teologia claramente revela a maneira pela qual todas as leis são padrões da ação humana relativamente à consciência (*ad conscientiam*) e assim revela também em que medida condizem ao mérito ou demérito da vida eterna (DL, I, 2).

A noção de consciência, central para os autores do período, adquire no pensamento de Francisco Suárez a função de delimitadora dos deveres imponíveis aos súditos cristãos. No livro III, cap. 21, do *De Legibus*, Suárez enfatizará o ponto por meio da distinção entre os dois tipos de fora. O *forum externum*, será o lugar das obrigações civis e eclesíásticas ao passo que o *forum internum* será definido justamente como o fórum da consciência, interior à mente do homem e sede das obrigações para com Deus.

Tentando ser um pouco mais preciso acerca das relações entre teologia e política, poderíamos dizer, empregando um vocabulário que não é propriamente o do autor, que Suárez compreende os direitos e obrigações naturais e, por via de consequência, as noções de liberdade e igualdade, como fundadas na natureza humana criada por Deus. Isso não significa, todavia, que todos os direitos e obrigações políticas sejam redutíveis a direitos e obrigações naturais. Podem existir obrigações políticas compatíveis com as obrigações naturais que as ampliem ou mesmo limitem, mas sem as contradizer. Nas palavras de Schaffner, Suárez inferiria “da separação dos fins da Igreja e do Estado, que a Igreja detém um poder indireto sobre o estado, ela não teria jurisdição direta em matérias temporais que digam respeito ao cidadão qua cidadão. As autoridades estatais gozariam de uma soberania relativa na ordem temporal no que toca à justiça e à paz terrenas. A Igreja poderia apenas interferir quando os governantes atentassem contra seus próprios bens espirituais ou contra os dos cidadãos” (SCHAFFNER, 2016, p. 67-68). A exigibilidade de obrigações jurídicas imponíveis pelo aparato estatal seria, nessa medida, controlada pelas obrigações exigíveis do cidadão cristão. Essa é certamente uma maneira um tanto quanto enviesada de dizer que leis emanadas pela autoridade política são delimitadas, mas não redutíveis, a direitos e obrigações naturais, entendendo-se por natural as obrigações impostas por Deus à consciência.

O primeiro livro do DL inicia com a caracterização de dois elementos básicos, a saber com a caracterização das noções de lei - *lex* (capítulo 1) e direito - *ius* (capítulo 2), aborda ainda os vínculos entre essas noções para que se possa, posteriormente, determinar os tipos de leis e direitos existentes. A despeito da grande

e inegável influência dos escritos de Tomás de Aquino em autores da Península Ibérica, a tal ponto desse período ser denominado por Skinner como “A retomada do tomismo”, o certo é que Suárez vai afastar-se do pensamento de Tomás tanto em sua caracterização da lei quanto da do direito. Vejamos.

Começando pela lei, Suárez recusa a seguinte definição proposta por Tomás na *Suma de Teologia* (I-II, q. 90, a. 1): “A lei é uma certa regra e medida da ação pela qual alguém é levado a agir ou a refrear o agir”. Essa definição seria problemática, primeiramente por ser demasiadamente ampla, aplicando-se mesmo a criaturas não racionais.⁸ Em segundo lugar, ela não seria suficientemente discriminatória de preceitos morais, pois aplica-se a qualquer regra de conduta sem conteúdo moral, como regras para confecção de artefatos. Ademais, e essa seria a razão principal para a sua recusa, mesmo conselhos, ou seja, meros indicativos de conduta, mas sem força obrigatória, deveriam ser classificados como leis.

Baseado em obras de Platão que começaram a circular desde o final do século XV, como as *Leis* e o *Górgias*, Suárez procurará, então, oferecer uma caracterização mais restrita de lei que se aplicará a assuntos morais. Essa seria:

A lei é uma certa medida dos atos morais na medida em que tais atos são dotados de retidão moral (*rectitudinem moralem*) por estarem conformes a ela e, se dela discordarem, são tortuosos (*obliqui*). DL, I, 2.

Dessa caracterização, segue-se uma conclusão evidente que será extraída diversas vezes ao longo do tratado: ainda que preceitos torpes possam ser, e frequentemente o são, designados como leis, estritamente falando, “apenas aquilo que é medida da retidão de forma absoluta (*simpliciter*) e, portanto, somente aquela que é a regra reta e honesta, pode ser chamada lei” (DL, I, 2). As regras iníquas são designadas leis apenas por analogia. Podemos exprimir o ponto com o auxílio de um outro vocabulário dizendo que a observância a critérios morais é condição de existência da lei na medida em que aquilo que não obriga a consciência carece de força cogente e, sem força cogente, não pode ser lei. Seriam talvez apenas regras postas por um legislador positivo, mas desprovidas de força obrigatória frente à consciência.

Antes de prosseguir, cabe uma pergunta. Não estaria essa definição de lei sendo demasiadamente restritiva a ponto de obrigar-nos a rever a caracterização entre os poderes civis e da Igreja anteriormente exposta? Isso porque, por um lado, afirmamos acima que direitos e obrigações políticas são delimitadas, mas não redutíveis, a direitos e obrigações naturais. Por outro, a definição mesma de lei parece exigir algo mais forte, a saber; a força cogente da legislação para apresentar-se frente à consciência humana.

Suárez resolve a dificuldade reconhecendo que as leis humanas também estabelecem obrigações à consciência. Todavia, essa obrigação (como fica claro no DL, III) é um efeito da lei natural. A obrigação na consciência pode ser, portanto, ou um efeito imediato e essencial da lei natural ou pode ser um efeito remoto que, por sua vez, pode ser essencial ou acidental. A raiz do problema estaria aparentemente no fato de que a vontade arbitrária do legislador civil estaria entre os elementos constituidores das obrigações criadas pela lei positiva. Todavia, continua Suárez, a introdução da vontade do legislador civil não impede que a obrigação civil seja um efeito da lei natural, da mesma forma que as obrigações assumidas por atos voluntários pessoais de promessa não impede a existência de obrigações advindas da promessa. Talvez um exemplo possa ajudar a explicar esse ponto. Quando uma lei estipula o preço a ser pago por um produto, surge a obrigação de justiça de respeitar o preço, sendo o seu desrespeito visto como um ato de violação da obrigação natural de não roubar. A obrigação de respeitar o preço legal e positivamente estabelecido pela vontade do legislador civil obriga a consciência e seu desrespeito acaba por redundar em uma violação de uma obrigação natural.

⁸ Para uma análise mais detalhada, consulte-se: (BRITO VIEIRA, 2008).



O segundo conceito central a ser visto é o de *ius*. Suárez afasta-se novamente de Tomás de Aquino nesse ponto. Na verdade, afasta-se mais radicalmente na caracterização desse segundo do que na do primeiro, mas o faz de forma pouco saliente, pois faz questão de aproximar suas definições da de Tomás, mesmo havendo grande distância entre ambas. *Ius*, diz Suárez, é um termo equívoco.

Algumas vezes, *ius* significa a faculdade moral para adquirir ou reter algo, seja um domínio completo ou alguma participação nele, e esse *ius* é dito, como aprendemos com S. Tomás, o objeto próprio da justiça (DL, III, 17).

Esse seria o sentido principal e por ele o proprietário é dito ter direito sobre uma coisa ou é dito ter direito sobre algo que lhe é devido e o trabalhador é dito ter direito sobre o seu salário. Ele pode convenientemente ser designado direito real ou direito útil. “Outras vezes, *ius* significa a lei (*lex*), que é a regra da conduta honesta e, nesse sentido, estabelece uma certa equidade nas coisas e é a expressão do *ius* tomado no primeiro sentido” (DL, III, 17). É chamado direito legal ou direito honesto. Cabe enfatizar aqui ser o direito real anterior ao direito legal justamente porque o real é a *ratio legis*, a razão do legal.

A próxima pergunta que Suárez se coloca é a da necessidade de leis. Absolutamente falando, leis não são necessárias, pois o único ser necessário é Deus e ele não está sujeito a leis. Leis somente existem na suposição da existência de seres racionais que possuem sua conduta orientada em direção a certo fim. Mas por que o ser humano necessitaria de leis? A resposta residiria na natureza da criatura racional. A lei é imposta apenas para uma natureza que é livre e que possui por objeto ações livres. Uma criatura racional, em virtude do fato mesmo de que ela é um ser criado, possui um ser superior a cuja providência e controle está submetida, pois, por ter uma natureza intelectual, ela é capaz de estar submetida a um governo moral que a guia através de um comando (*imperium*).

No entanto, não basta apenas provar que a criatura racional pode estar submetida a leis. É preciso mostrar ainda que ela necessariamente está submetida e isso Suárez o faz mostrando que, por ter sido criada do nada, ela necessita de critérios para saber o que é bom e o que não o é. Esses critérios precisam lhe ser dados para que ela possa viver conforme a sua natureza. De modo converso, diz Suárez, aquele que não está submetido à lei não pode pecar, mas uma criatura racional possui o poder de pecar e, portanto, ela está necessariamente submetida à lei. Isso equivale a dizer que o erro somente pode ser entendido por referência a padrões que estabelecem o que é o correto. Na ausência de tais padrões, não somente nenhum comportamento seria visto como errôneo, mas também nenhuma finalidade poderia ser posta como objetivo a ser alcançado. Leis, tanto as instituídas por Deus quanto às instituídas pelos homens, são introduzidas justamente para fornecer padrões que determinem meios para alcançar certos fins, discriminando os meios adequados dos inadequados.

Seguindo em parte o Tratado da lei de Tomás de Aquino, os autores do período apresentam a seguinte tipologia das leis:

Lex aeterna = aquela pela qual Deus age, pois é a expressão da sua vontade

Lex divina = revelada por Deus e presente nas Sagradas Escrituras

Lex naturalis = posta por Deus na consciência dos seres humanos para que eles possam reconhecer seus desígnios e saber como atingir seu fim

Lex humana = criadas pelos seres humanos para dirigirem os assuntos de suas comunidades

A pergunta óbvia a ser feita seria a seguinte: como compreender essa tipologia à luz da tese segundo a qual leis expressam direitos? A pergunta revela-se particularmente interessante no momento de determinar



o local a ser ocupado pelos direitos dos povos, *ius gentium*.⁹ De início, lembremos que Tomás de Aquino aborda esse tema na *Suma de Teologia* retomando uma certa ambiguidade presente no início do Digesto. Com efeito, as fontes romanas atribuem ao jurista Ulpiano uma concepção tripartite do direito e ao jurista Gaio uma concepção bipartite. Assim, segundo Ulpiano, o direito dividir-se-ia em:

Ius naturalis = comum aos seres humanos e animais

Ius gentium = comum a todos os povos

Ius positivum = particular a cada associação política

Ao passo que para Gaio, a distinção comportaria apenas:

Ius naturalis = *ius gentium* = comum a todos os povos

Ius positivum = próprio a cada povo

Essa ambiguidade, presente no Digesto, revelar-se-á bastante profícua para Tomás, pois permitirá distinguir dois momentos distintos e sucessivos: 1) o estágio anterior à instauração das comunidades políticas, estágio descrito como condição natural dos seres humanos nascidos iguais e compartilhando a posse de todos os bens; 2) o momento de instauração das associações políticas a qual traria consigo a necessidade de criação de regras de cooperação social, como a instauração da propriedade privada e da escravidão. Seriam precisamente essas regras criadas no momento de criação das associações políticas que configurariam o *ius gentium*, o direito dos povos.

A propriedade privada seria, para Tomás de Aquino, um procedimento adotado por todos os povos por revelar-se o melhor meio de administração de bens, na medida em que cada um administraria melhor o que lhe é próprio. A escravidão, por sua vez, teria sido adotada pelos povos por permitir que aqueles que não estão em condições de conduzir por si mesmos suas vidas fossem conduzidos por outros que sobre eles possuem autoridade. Em suma, do ponto de vista do direito natural, todos os seres humanos seriam livres e iguais e compartilhariam a posse de todos os bens. A propriedade privada e a escravidão teriam sido introduzidas pelo direito dos povos.

Essa solução, no entanto, traz consigo diversos problemas, alguns deles apontados por Suárez. Um deles diz respeito à escravidão. Para sustentar a igualdade natural de todos os seres humanos, Tomás vê-se obrigado a deslocar o problema da escravidão para o âmbito do direito dos povos, mas isso implica não somente que a escravidão está constantemente presente em toda forma de associação política como também que ela é inerente ao processo mesmo de constituição dessas associações. Malgrado a pretensa defesa da igualdade natural de todos os seres humanos, o modelo de Tomás conduziria, ao fim e ao cabo, a uma justificação bastante radical do instituto da escravidão.

Suárez afastar-se-á radicalmente dessa posição e o fará ao considerar que o critério último a ser empregado na classificação das leis é a natureza próxima do legislador. A lei seria a expressão de um ato de vontade do legislador que manda agir observando sua vontade. As leis eterna, divina e mesmo a natural seriam,

⁹Para o contexto do debate, veja-se: (OLIVEIRA E SILVA, 2011 e 2014).



assim, a expressão da vontade do Deus legislador (e por isso o título da obra). Já o direito humano teria na vontade próxima dos seres humanos a sua fonte, entendendo-se por próximo o qualificativo que permite reduzir a fonte de toda lei, em última instância, à vontade divina. De posse desse critério, Suárez irá então redefinir o *ius gentium* como um direito positivo humano ao afirmar que:

Os preceitos do *ius gentium* foram introduzidos pela vontade livre e pelo consentimento da humanidade, seja essa toda a humanidade ou a sua maior parte. Logo, eles não podem ter sido escritos no coração dos homens pelo Autor da Natureza. Portanto, eles pertencem à lei humana e não à lei natural (DL, II, 17).

A força do gesto de Suárez está em que, a um só tempo, ele rompe com a autoridade presente no texto do *Digesto* e toma distâncias para com a autoridade de Tomás de Aquino. Rompe com o *Digesto* na medida em que é explicitamente negada a identidade, propagada por Gaius, entre direito natural e direito dos povos. Afasta-se de Tomás, por sua vez, ao recusar a interpretação do *ius gentium* como, em última instância, uma forma de direito natural, pois os preceitos do direito dos povos seriam necessários e presentes em toda forma de associação política. São muitas as consequências a tirar desse gesto, mas precisamos chamar a atenção para uma em especial, a saber: o estatuto da escravidão. Percebe-se claramente, na argumentação de Suárez, um deslocamento semântico que retira os preceitos do *ius gentium* da categoria de leis e os reinterpreta como meros costumes, ou melhor, como práticas costumeiras aceitas e compartilhadas pela maioria dos povos, mas não necessariamente pela totalidade, de tal sorte que essas práticas, ainda que convenientes em alguns casos, não seriam nem necessárias nem universais. Diz Suárez:

A lei humana é dupla: escrita e não escrita (...). É manifesto que o *ius gentium* não é escrito e que, portanto, difere com respeito a isso da lei civil. (...) Ademais, a lei não escrita é feita de costumes e, caso tenha sido introduzida pelos costumes de uma nação particular, é vinculante apenas da conduta daquela nação e chama-se lei civil. Se, por outro lado, foi introduzida pelos costumes de todas as nações e, assim, obriga a todas, acreditamos tratar-se do *ius gentium* propriamente falando. Esse sistema difere, portanto, do da lei natural por estar baseado no costume e não na natureza (DL, II, 19).

Abre-se assim a possibilidade de tratarem-se diversas práticas costumeiras que regulam as relações entre povos, seja elas diplomáticas, como o uso de embaixadores, comerciais, como os contratos entre comerciantes de diversos povos que não necessitam ater-se a todas as formalidades da lei civil, ou os costumes que regulam as práticas em casos de guerra. Logo, a conclusão de Suárez:

Na mesma classe, coloco a escravidão (*servitutes*). Pois os povos e nações em suas relações recíprocas instituíram leis sobre a escravidão, embora essa instituição não fosse necessária do ponto de vista da razão natural (DL, II, 19).

4. A origem do poder civil

Podemos agora passar ao tema da origem democrática do poder civil. O problema é posto mais claramente, como já dissemos, na obra *Defesa da Fé Católica e Apostólica contra os erros da Seita Anglicana*.¹⁰ O ponto de partida é uma clarificação do significado da tese enunciada por James I, pois, como já deve ter ficado claro pelo que já foi visto até o momento, o próprio Suárez deve reconhecer a verdade da afirmação segundo a qual todo poder provém de Deus. Essa afirmação pode e deve ser entendida, todavia, em dois sentidos, a saber, como afirmando que todo poder tem em Deus sua causa última ou que tem em Deus sua causa próxima. No primeiro sentido, ela está correta. No segundo, precisamente o sentido reivindicado por James I, ela é falsa. Afirma Suárez:

Isto porque não há poder (*potestas*) algum que não proceda de Deus desta maneira, enquanto causa primeira, e, portanto, diretamente nesse mesmo sentido. Por conseguinte, o poder dado diretamente pelos homens, o rei ou

¹⁰Sobre as mudanças de posição do autor em ambas as obras, consulte-se os estudos reunidos em: (MERÊA, 2003, em particular páginas 80-86).

o pontífice, é dado também por Deus enquanto causa primeira (...) Contudo, tal poder não se diz simplesmente provir de Deus de maneira direta, mas apenas segundo um certo sentido, pois é dado imediatamente pelo homem e depende dele (DF, 246).

Para melhor circunscrever o âmbito do problema, Suárez inicia estabelecendo uma série de distinções. Primeiramente, apelando à distinção entre potestas e *potentia*,¹¹ Suárez distingue dois modos pelos quais Deus pode conferir poder (*potestas*) diretamente, isto é, por meio de sua vontade e potência (*potentia*). O primeiro é um poder (*potestas*) que, dada a natureza da coisa, está necessariamente ligado à alguma natureza criada pelo próprio Deus, e. g.: a) ao criar a alma, Deus confere a ela as potências (*potentiae*) a ela ligadas; b) ao criar seres humanos capazes de se reproduzirem, Deus atribui poderes aos pais sobre filhos, de tal modo que o poder (*potestas*) moral do pai sobre o filho é conferido por Deus.¹² Esse seria precisamente o tipo de poder que James I reivindica, sem, aos olhos de Suárez, conseguir prová-lo. O segundo modo de atribuição de poder por Deus ocorreria de maneira direta e por uma doação especial, sem a interferência de uma criação, e. g.: o poder (*potestas*) conferido a Pedro.

A segunda dessa série de distinções diz respeito ao sujeito que é dito receber o poder. Pode-se considerar o poder enquanto está ou pode estar em todo corpo político da comunidade humana ou do Estado ou enquanto existe ou pode existir nos membros que formam a comunidade. O poder pode, ainda, ser considerado em si mesmo e em abstrato ou enquanto particularizado em uma das espécies de regime político tradicionalmente aceitas (monarquia, um só soberano, aristocracia, onde há uma assembleia ou tribunal, ou democracia, constituída pelos votos (*suffragia*) de todo o povo) ou nas demais formas mistas ou delas derivadas. Podemos, agora, resumir a sequência do argumento de modo rápido. Suárez simplesmente nega a doação direta do poder a algum soberano, pois não há evidência alguma disso ter ocorrido. Segue-se, portanto, que o poder reside não em alguém em particular, mas na própria congregação política.

Já o DL, III, 4 adverte que uma comunidade humana pode ser entendida em dois sentidos. Por um lado, é apenas um agregado (*aggregatum*), quando não há vínculo que una seus membros e nesse sentido não se tem um corpo político. Por outro, quando a multidão de homens por uma vontade especial ou consenso comum reúne-se em um corpo político (*corpus politicum*) único unidos pelo vínculo social de ajuda mútua

¹¹Em latim clássico, o termo potestas era usado para referir-se à autoridade legítima ao passo que potentia era usado para não fazer referência a direitos. Sobre a evolução da terminologia entre autores jesuítas, vide: (HÖPFL 2004, pp. 186 e ss). Sobre a distinção entre potestas ordinária e delegata, vide: (DL, III, 4). Para a tradução inglesa da passagem, consulte-se: (KRAYE 1997, p. 42-43).

¹²Sobre a maneira como os jesuítas entendiam o poder do paterfamilias, consulte-se: (HAAR, 2019).

para um fim político forma-se um corpo místico (*corpus mysticum*) que pode ser moralmente dito único e exige uma cabeça única.¹³ Logo, há somente uma consequência possível:

Com efeito, por os homens se congregarem numa só cidade ou Estado, surge tal poder naquela comunidade sem a intervenção de alguma vontade criada, e com uma necessidade tamanha que não pode ser impedida pela vontade humana (DF, 249).

Não há como criar um corpo político sem lhe atribuir poder sobre seus membros. Em outras palavras, a decisão de constituir um corpo político é um ato de vontade da coletividade. Mas não faz sentido tentar criar um corpo político que não disponha de poder, pois o poder faz parte de sua natureza. Isso não é, no entanto, o mesmo que afirmar que o governo político está naturalmente concentrado nas mãos de um governante. Não há nada na razão natural que conduza nessa direção, restando, portanto, como única forma de regime possível o democrático. Isso não significa, todavia, que outro regime além do democrático não seria possível. A conclusão é mais fraca:

A democracia, todavia, poderia existir sem uma instituição positiva, apenas por uma instituição ou dimanação natural, com a negação apenas de uma instituição nova ou positiva, pois a própria razão natural estabelece que o poder político supremo segue-se naturalmente da comunidade humana perfeita e que, por esse motivo, pertence a toda a comunidade, exceto se for transferido para outro por via de uma nova instituição (DF, 251).

Podemos concluir dizendo que a defesa da necessária origem democrática do poder civil não termina com a caracterização do poder civil, mas prossegue em direção ao modo como o poder monárquico poderia ser originado. Em outras palavras, por quais processos são constituídas comunidades políticas e por quais modalidades poderia ocorrer o assentimento que transfere o poder da comunidade para o monarca. Suárez basicamente reconhece três possibilidades que seguem na verdade modelos tradicionais.

1. O processo histórico de criação de uma cidade, que vai desde as primeiras associações de pessoas em uma e depois diversas células familiares até a cidade completa, traz consigo um consentimento expresso ou tácito de atribuição de poder ao chefe de família ou da aldeia até formar-se a figura do monarca;
2. Um segundo processo que seria o do consentimento direto no qual a totalidade do povo reunida escolhe um soberano e, uma vez realizada essa escolha, ela poderia prosseguir sem a necessidade de nova eleição, bem ao estilo previsto no *Digesto*;

¹³ O modo como essa união de vontades converge para a formação do corpo místico tem sido matéria de controvérsias entre intérpretes, particularmente após a interpretação de Skinner que via em Suárez um defensor de uma forma de contratualismo. Em sua seminal obra sobre as fundações do pensamento político moderno, Skinner salientou que um dos principais aspectos da compreensão que os tomistas do século XVI tinham acerca da lei natural estava ligado ao objetivo de “refutar a convicção herética de que o estabelecimento da sociedade política é diretamente ordenado por Deus” (SKINNER, 1999, p. 432). Buscavam assim estabelecer que “nenhuma república possui uma existência natural” e que foram “deliberadam ente criadas” tendo como ponto de partida um estado natural imaginário. Esse status naturae, segundo a expressão que Skinner encontra na obra do jesuíta espanhol Luís de Molina (1535-1600), seria definido como um “estado de liberdade, igualdade e independência” (SKINNER, 1999, p. 433). A liberdade seria consequência direta do fato de todos os seres humanos nascerem livres e que, para empregar a expressão de Francisco de Vitória (1483-1546) citada pelo historiador inglês, antes de serem estabelecidas repúblicas “nenhum homem era superior a todos os outros” (SKINNER, 1999, p. 433). Tampouco haveria, portanto, direitos de propriedade (dominium) ou jurisdição política de uma pessoa sobre outra. A tese segundo a qual a condição humana natural seria uma condição social, mas não política, teria sido endossada por diversos pensadores jesuítas, mas teria sido Suárez quem especialmente defendeu que “se houvésemos continuado a viver em nossas comunidades naturais e pré-políticas, sem nos submeter aos ditames do direito divino, em pouco tempo nossa vida se veria degradada por crescente injustiça e incerteza” (SKINNER, 1999, p. 436). Sem entrarmos nos meandros desse debate, preferimos acompanhar posições como as de (CAMPOS, 2019) que encontram em Suárez no máximo um ‘proto-contratualista’ ao mesmo tempo que ressaltam que o contexto das polêmicas nas quais as obras foram escritas deixam perceber como a legitimidade do poder civil não pode ser garantida sem o consentimento de seus participantes.

3. Um terceiro modo que seria o das guerras de conquista que podem ser justas ou injustas. Se justas, o príncipe vencedor adquire o verdadeiro direito e domínio sobre o reino, o que não seria surpreendente. E mesmo o consentimento alcançado em uma guerra injusta acabaria por redundar em uma transferência legítima do poder.

Não temos condições de analisar em maiores detalhes essas teses. Gostaríamos, no entanto, de concluir com uma passagem de Suárez que tem um tom quase que irônico se comparada com a atitude dos jesuítas frente a submissão das populações indígenas pelo medo e pela força.

Contudo, acontece com frequência um reino ser ocupado por via da guerra injusta, maneira pela qual se ampliaram em geral os mais célebres impérios do mundo. Em tal caso, não ocorre de início qualquer verdadeira aquisição do reino nem do poder por faltar um justo título; porém, acontece que, ao decorrer algum tempo, o povo vem a consentir livremente ou os reis sucessores vêm a reinar de boa fé, cessando então a tirania e começando o verdadeiro poder e autoridades régias. Assim se obtém sempre o poder diretamente por meio de algum título humano ou por vontade humana (*DF*, 258-259).

Referências bibliográficas

BELLARMINE, R. (1721). De Laicis. In: *De controversiis christianae fidei adversus hujus temporis*. Praga: Wolfgang Wickhart.

BELLARMINE, R. (2012). *On Temporal and Spiritual Authority. On Layman or Secular People. On the Temporal Power of the Pope. Against William Barclay. On the Primary Duty of the Supreme Pontiff*. Edited, translated, and with an introduction by Stefania Tutino. Indianapolis: Liberty Fund.

BOURDIN, B. (2015). *La genèse théologico-politique de l'État moderne*. Paris: PUF.

BRITO VIEIRA, M. (2008). Francisco Suárez and the "Principatus Politicus". *History of Political Thought*, v. 29, n. 2, pp. 273-294.

DECOCK, W. (2011). "From Law to Padise: Confessional Catholicism and Legal Scholarship". *Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*. Frankfurt, v. 18, pp. 11-34.

DECOCK, W. (2012). *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the "Ius Commune" (ca. 1500-1650)*. Leiden: Brill.

FASTIGI, R. L. (2014). "Francisco Suárez as Dogmatic Theologian". In: SALAS, V. M. and FASTIGI, R. L. *A Companion to Francisco Suárez*. Leiden: Brill, pp. 148-163.

FILMER, R. (1949). *Patriarcha and Other Political Works of Sir Robert Filmer*. Edited from the original sources and with the introduction by P. Laslett. Oxford: Blackwell.

GUY, N. (2020). *Finding Locke's God. The Theological Bases of John Locke's Political Thought*. London: Bloomsbury Academic.

HAAR, C. P. (2019). *Natural and Political Conceptions of Community. The Role of the Household Society in Early Modern Jesuit Thought, c. 1590-1650*. Leiden: Brill.

HÖPFL, H. (2004). *Jesuit Political Thought. The Society of Jesus and the State, c. 1540-1630*. Cambridge: Cambridge University Press.

JAMES VI & I. (2012). *The Workes of the Most High and Mightie Prince, Iames, by the Grace of God, King of Great Britaine, France and Ireland, Defender of the Faith, &c.* An Unabridged Facsimile of the 1616 Edition Including the Two Workes Appended in 1620. Laurel: Miscellany Press.

KRAYE, J. (1997). *Cambridge Translations of Renaissance Philosophical Texts. Volume 2: Political Philosophy.* Cambridge: Cambridge University Press.

LEITE, E. (2002). *Conscience and Casuistry in Early Modern Europe.* Cambridge: Cambridge University Press.

LOCKE, J. (1998). *Dois Tratados sobre o Governo. Tradução de Júlio Fischer.* São Paulo: Martins Fontes.

MÄKINEN, V. (2018). "The Evolution of Natural Rights, 1100-1500". In: KORKMAN, P. e MÄKINEN, V. *Universalism in International Law and Political Philosophy.* Helsinki: Helsinki Collegium for Advanced Studies, pp. 105-119.

MERÊA, P. (2003). *Sobre a origem do poder civil. Estudos sobre o pensamento político e jurídico dos séculos XVI e XVIII. Introdução e seleção M. N. de Brito.* Coimbra: Itinerários.

McILWAIN, C. H. (1918). *The Political Works of James I.* Reprinted from the Edition of 1616, with an Introduction. Cambridge: Harvard University Press.

NORTH, M. L. (2012). "Anonymity's Subject: James I and the Debate over the Oath of Allegiance." *New Literary History.* Baltimore, v. 33, n. 2, pp. 215-232.

PROSPERI, A. (1996). *Tribunais da consciência. Inquisidores, confessores e missionários. Tradução de H. F. de Andrade.* São Paulo: Edusp.

OLIVEIRA E SILVA, P. (2011). "A fundamentação, natural ou positiva, do direito das gentes em alguns comentários seiscentistas à Suma de Teologia de Tomás de Aquino". *Aquinate*, n. 14, pp. 31-50.

OLIVEIRA E SILVA, P. (2014). "Facing the Ambiguities of Aquinas: The Sixteenth-Century Debate on the Origin of *ius gentium*." In: SPEER, A. and GULDENTOPS, G. *Das Gesetz – The Law – La Loi.* Berlin-Boston: De Gruyter, pp. 489-508.

SCHAFFNER, T. (2016). "Is Francisco Suárez a Natural Law Ethicist?" In: SIMMERMACHER, D. et alii. *The concept of Law (lex) in the Moral and Political Thought of the 'School of Salamanca'.* Leiden, Brill.

SKINNER, Q. (1999). *As fundações do pensamento político moderno. Tradução R. J. Ribeiro e L. T. Motta.* São Paulo: Companhia das Letras.

SOMMERVILLE, J. P. (1982). "From Suarez to Filmer: A Reappraisal". *The Historical Journal.* Cambridge, v. 25, n. 3, pp. 525-540

STORCK, A. (2019). "A recepção da Política de Aristóteles na Nova Espanha: Alonso de la Vera Cruz e o seu *Speculum Coniugiorum* (1556)." *Revista Veritas.* Porto Alegre, v. 64, n. 3, JUL.-SET. 2019, pp. 1-26.

SUÁREZ, F. (1872a). *Defensio Fidei Catholicae et Apostolicae Adversus Anglicanae Sectae Errores.* Napoli: Ex Typis Fibrenianis.

SUÁREZ, F. (1872b). *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore in Decem Libros Distributos.* Napoli: Ex Typis Fibrenianis.



SUÁREZ, F. (1944). *Selections from Three Works of Francisco Suárez, S.J.* Diversos tradutores. Oxford: Clarendon Press.

SUÁREZ, F. (2015). “Defesa da Fé Católica e Apostólica contra os Erros da Seita Anglicana, Livro III, capítulos II, III e IV e Livro VI, capítulo IV”. Tradução de Campos, A. S. In: CALAFATE, P. *A Escola Ibérica da Paz nas Universidades de Coimbra e Évora (Séculos XVI e XVII)*. Vol. 2: Escritos sobre a justiça, o poder e a escravatura. Coimbra: Almedina.

TUTINO, S. (2007). *Law and Conscience. Catholicism in Early Modern England, 1570-1625*. Oxford: Routledge.

TUTINO, S. (2010). *Empire of Souls. Robert Bellarmine and the Christian Commonwealth*. Oxford: Oxford university Press.

WAEKENS, L. (2015). *Amne adverso. Roman Legal Heritage in European Culture*. Leiden: Leiden University Press.

WARD, L. (2004). *The Politics of Liberty in England and Revolutionary America*. Cambridge: Cambridge University Press.

WOOTON, D. (2003). *Divine Right and Democracy. An Anthology of Political Writing in Stuart England*. Edited with and Introduction, by D. Wootton. Cambridge: Hackett Publishing Company.

Nebulosa de Imunidades? Sobre estado de direito e democracia no pensamento jurídico brasileiro

Immunities Nebula? On the rule of law and democracy in Brazilian legal thinking

Andrei Koerner
andreiko@uol.com.br
Professor associado do Depto. de Ciência Política do IFCH/Unicamp

Valeriano Costa
Professor do Depto de Ciência Política do IFCH/Unicamp
Diretor do CESOP
vmfc@unicamp.br

Resumo: O artigo propõe uma análise multidisciplinar sobre o pensamento jurídico, tendo como objetivo a reflexão crítica sobre os saberes e práticas jurídicos na sociedade brasileira. O artigo elabora inicialmente uma análise crítico-conceitual de trabalhos de Guillermo O'Donnell sobre estado de direito e democracia na América Latina. Em seguida, adota a noção de agregados jurídicos para apresentar distintas dimensões de pesquisas sócio-jurídicas sobre o direito. Enfim, usa a metáfora da nebulosa de imunidades para a proposta de discernir os atributos positivos do estado de direito no pensamento jurídico brasileiro e suas consequências para a democracia.

Palavras-chave: Democracia, estado de direito, análise política do pensamento jurídico, história constitucional, política brasileira, Judiciário e política

Abstract: The article proposes a multidisciplinary analysis of legal thinking, aiming at a critical reflection on legal knowledge and practices in the Brazilian society. The article initially goes over a critical-conceptual analysis of Guillermo O'Donnell's work on the rule of law and democracy in Latin America. Then, it adopts the notion of juridical assemblages to present different dimensions of the socio-legal researches on law. Finally, it uses the metaphor of the "immunities nebula" for the proposal of discerning the positive attributes of the rule of law in the Brazilian legal thinking and its consequences for democracy.

Key-words: Democracy, rule of law, political analysis of legal thinking, constitutional history, Brazilian politics, Judicial politics

Recebido em 30 de maio de 2020. Aceito em 02 de outubro de 2020.



Introdução

O termo provocativo do título é uma metáfora que questiona as relações entre estado de direito e democracia no Brasil para se propor uma análise multidisciplinar sobre o pensamento jurídico, tendo em vista a reflexão crítica sobre os saberes e práticas jurídicos nas condições sociais e políticas da formação histórica da sociedade brasileira.

Tomamos como dados os resultados de pesquisas históricas e sócio-jurídicas sobre as especificidades das instituições e práticas judiciais, assim como a crítica a abordagens correntes sobre o tema. Essas abordagens assumem, por um lado, a inviabilidade ou a irrelevância do estado de direito entre nós, em virtude de determinantes estruturais, o modo de relações entre as classes sociais e padrões culturais das elites dirigentes ou, por outro lado, a suposição de autonomia e separação das esferas jurídica e política, em relação a outras condições sociais, assumidas por análises correntes em ciência política, que discutem temas como a judicialização da política e o ativismo judicial. Essas análises presumem a distribuição de papéis entre legisladores, governantes e juizes na democracia representativa, enquanto aqui se exploram as consequências das análises de O'Donnell sobre a impertinência deste conceito.

Trata-se, neste artigo, de apresentar uma discussão mais geral e exploratória sobre um aspecto muito importante da nossa experiência nos últimos anos, que tem antecedentes de longa duração e se recompõe conforme as viradas conjunturais, tal como nos embates atuais da crise no Brasil. Esse aspecto é o da multiplicidade de facetas que assume o discurso do estado de direito promovido pelos juristas, e que se traduz em incerteza para os sujeitos e numa situação mais geral de baixa efetividade e falta de objetividade dos direitos na ordenação das relações sociais.

Poder-se-ia chamar a multiplicidade de metamorfoses ou transformações, mas é algo mais frequente e incerto, como se fosse uma composição constante de cores e tonalidades, de sentidos e polaridades que estão presentes em nossas interações sociais, práticas governamentais, formatos institucionais. Poder-se-ia lembrar máximas como “aos amigos, tudo e aos inimigos, a lei”, ditados populares como o de que não é possível esperar o que sai da caneta de um juiz, o jeitinho, a malandragem. Sabe-se que há explicações históricas e sociológicas, e de senso comum, tais como as relações de compadrio, o favor, o patrimonialismo, a dualidade estrutural entre igualdade das relações de mercado e a desigualdade das relações interpessoais etc.

Existiria a possibilidade de optar entre explicações polares: por um lado, a análise estrutural que coloca os termos como expressões da formação social capitalista periférica e, por outro, o patrimonialismo que marca as orientações da ação dos dirigentes que confundem o público com seus interesses privados. A ambiguidade e incerteza sobre o sentido objetivo da lei poderiam ser interpretadas como efeito de uma marca estrutural ou de um padrão cultural na sociedade brasileira. Mas com esse tipo de explicação não se abre a “caixa-preta” do jurídico e assim as práticas judiciais e conceitos jurídicos não se tornam objetos de análise a serem pesquisados e refletidos, pois eles são tomados como dados, como efeito de superfície ou artifício retórico daquilo que acontece “sob o verniz das idéias”.

O esvaziamento do jurídico como objeto de análise e reflexão não é mais um problema, pois nos últimos quarenta anos muita pesquisa foi feita sobre o tema, no Brasil e noutros países, a partir de várias perspectivas teóricas e campos disciplinares. Mas há o risco de, no interior desse campo de pesquisas, manter-se uma polarização entre os que sustentam empiricamente a relação causal direta entre a incerteza constante na aplicação das normas jurídicas e as características estruturais ou culturais do país e, por outro lado, os que partem da premissa da autonomia do jurídico ou do político ou aqueles que buscam na efetividade pontual do estado de direito em conjunturas políticas, sociais ou culturais evidências que confirmariam alguma tendência à afirmação e ampliação daquela autonomia. No entanto, a oposição

acabaria por bloquear o que nos parece ser o objetivo central de pesquisas sobre o tema: o de tomar como objeto de análise a própria incerteza do estado de direito, as suas bases, configurações, pontos de tensão e momentos de descontinuidade. Em outros termos, afirmamos que as violações do estado de direito não significam sua impossibilidade, inviabilidade ou inefetividade global, nem procuramos nos eventos em que ele se realiza os sinais de um processo gradual de sua realização. Trata-se olhar para a combinação entre a vigência do estado de direito e suas violações como partes de um conjunto que se sustenta, que se compõe numa combinação de agregados mais do que num sistema, e no qual as regras jurídicas se mantêm em sua particularidade e eficácia pontual, mas sem generalização nem objetividade.

Essa configuração não pode ser vista fora de sua conformação espaço-temporal, isto é, como relações constituídas historicamente (HALL, 2015). Desse modo, nossa análise do estado de direito não se resume a evidenciar a sua negação resultante de violações recorrentes (o “não estado de direito”). Insistimos aqui na relevância de identificar e analisar configurações positivas, com determinados atributos que se combinam de maneira variável em modelos e normas historicamente determinados em casos concretos, assim como situações de violações, de desvio estratégico, de indiferença ou de afrontamento direto àqueles modelos e normas.

Em nossa visão, um programa de trabalho pode ser construído em torno da pesquisa daquilo que denominamos “nebulosa de imunidades”, caracterizando-a em suas “formas jurídicas”, suas relações com determinadas estruturas e processos sociais (e políticos), suas transformações etc. Neste artigo nos limitamos a apresentar alguns pontos dessa proposta, que tem como o pensamento jurídico sobre o estado de direito, suas relações com o conjunto de agregados jurídicos e suas formas sociais. Partimos da análise crítica do tema do “não-estado de direito na América Latina” proposto por Guillermo O’Donnell. Os seus trabalhos são relevantes por discutirem as teorias empíricas da democracia em ciência política, com preocupação normativa e comparativa. Na sua crítica àquelas teorias, o autor evidencia as relações internas entre democracia e estado de direito, chamando a atenção para as características e trajetórias das democracias latino-americanas. Porém, ele não elabora os problemas teóricos e de pesquisa empírica sobre o estado de direito que suas análises implicam¹.

A segunda seção propõe a noção de agregados jurídicos em substituição às de Estado enquanto legalidade ou de sistema legal adotadas pelo autor. A noção designa o conjunto heterogêneo de instituições, doutrinas e práticas que compreendem o termo “direito” em sentido sócio-jurídico. Apresentam-se ilustrações para mostrar a variedade de aspectos do agregado e possíveis dimensões para a pesquisa e análise.

A terceira seção discute as noções de estado de direito e (não) estado de direito do ponto de vista das relações entre o ideal, os agregados jurídicos e sociedade, assim como as implicações do pensamento e os saberes jurídicos para o estado de direito e a democracia. Propõe-se o termo “nebulosa de imunidades” para designar aquelas situações de falta de nitidez, de ambiguidades e incertezas naquelas relações e se discutem possíveis desdobramentos analíticos a partir dele.

1 – Democracia e (não) estado de direito na América Latina na obra de O’Donnell

O trabalho de Guillermo O’Donnell é importante no pensamento latino-americano por tratar as relações entre democracia, Estado e cidadania em discussão crítica com os modelos de análise empíricos da democracia adotados pela política comparada internacional, impulsionada e dirigida pelos norte-

¹Depois da análise crítica do autor, nosso escopo limita-se ao pensamento e práticas jurídicas no Brasil, dado que nossa formação e objetivos intelectuais não são no campo da política comparada nem no da teoria política.



americanos no pós-Segunda Guerra². Em suas análises sobre as especificidades da democracia latino-americana, O'Donnell não só incorpora referências históricas, sociológicas e culturais, mas também faz a crítica à ciência política a partir da teoria política normativa, e se vale da teoria do direito para elaborar as relações entre Estado, democracia e estado de direito.

Nos anos setenta, ele trabalhou as relações entre Estado, modernização e capitalismo na América Latina, com o objetivo de apontar o particularismo dos pressupostos universalistas das teorias da modernização, ao mesmo tempo em que mantinha distância com relação às teorias da dependência (O'DONNELL, 1972 e 1979). Em meados dos anos oitenta, publicou uma importante pesquisa comparada sobre as transições à democracia na América Latina e Sul da Europa na qual a análise colocava-se no nível do regime político e tinha como foco as interações estratégicas entre atores políticos (O'DONNELL, SCHMITTER e WHITEHEAD, 1988). A partir do início dos anos noventa, ele se distancia do tema da consolidação da democracia, sobre o qual os analistas discutiam etapas de transição e critérios de estabilidade das novas democracias (O'DONNELL, 1996a). Para ele, o que estava em jogo nas novas democracias era uma outra institucionalização, um processo histórico com dinâmica e características próprias. Por isso, estas não poderiam ser compreendidas exclusivamente com base na comparação com as democracias consolidadas. Não se devia pensar em democracias como modelos formais estáticos ou institucionalizados. Na sua concepção, os regimes políticos seriam estruturados em torno de regras jurídicas de acesso e exercício do poder, e redes (sociais, políticas e administrativas) de controle (*accountability*) *horizontais e verticais* (O'DONNELL, 1998). *Os regimes democráticos se configurariam como processos dinâmicos de democratização – e (des)democratização, que se conformariam, estabilizariam e recomporiam continuamente.*

Assim, ele questionou o cerne das teorias *mainstream* da democracia em ciência política e abriu espaço para propor uma outra abordagem. Ele passou a explorar as relações entre regime político e suas condições políticas (Estado) e o reconhecimento da capacidade de agência, dentro de um conjunto maior de fatores econômicos, sociais e culturais historicamente constituídos (estrutura de classe, tradições).

Entre meados dos anos noventa até o seu falecimento em 2011 ele publicou uma série de artigos cujos temas serão condensados no seu livro *Democracia, Agência, Estado* (O'DONNELL, 2010 e 2011). Os temas são, principalmente a crítica conceitual interna às teorias procedimentalistas ou minimalistas da democracia e a análise e reflexão sobre a trajetória histórica da América Latina e dos regimes democráticos que aqui se institucionalizaram. Ao mesmo tempo, fez elaborações teóricas e normativas sobre democracia, direitos humanos e desenvolvimento, sintetizadas no tema da qualidade da democracia. Elaborou teoricamente as relações internas democracia, direitos humanos, paz e desenvolvimento, tal como reconhecido pela Declaração da Conferência de Viena em 1993. No início dos anos 2000, ele formulou o quadro analítico para o projeto do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) cujo objetivo era criar indicadores para avaliar a situação da democracia em cada país da região. Esse trabalho, que mais tarde será incluído na coletânea *The Quality of Democracy* (O'DONNELL, 2004), complementou a sua proposta de análise empiricamente informada das dinâmicas e obstáculos da democracia na América Latina³.

Da crítica às teorias minimalistas à teoria ampliada da democracia

Em sua crítica conceitual às teorias minimalistas de democracia, O'Donnell estava interessado em elaborar um conceito empírico-analítico de democracia capaz de abarcar as especificidades das democracias não-ocidentais, irredutíveis às trajetórias históricas das democracias mais antigas e institucionalizadas

²Sobre a trajetória de O'Donnell, ver Brinks et al, 2014.

³Sobre as relações entre as dimensões normativa e empírica do seu trabalho, ver Whitehead (2014).

do “quadrante Noroeste” (a Europa ocidental e a América do Norte) (O’DONNELL, 1999). Na sua abordagem, um conceito ampliado de democracia teria que compreender as condições sociais mais amplas e levar em conta os efeitos de processos de longa duração constitutivos das diferentes dinâmicas democráticas. Com isso, ele não só rompia a unidade teórica da definição mínima da democracia, mas também propunha a reconstrução do conceito de democracia, relacionando-o com a agência e o Estado, o que ele fez em seus últimos trabalhos (CULLEL, 2014).

Em nome da economia conceitual, as teorias minimalistas estabelecem condições restritivas da democracia cujo foco é a seleção dos dirigentes em eleições competitivas, livres, com eleitorado amplo e a alternância no poder entre grupos políticos institucionalizados. O’Donnell (2011 e 1999) mostra as premissas implícitas daquelas teorias, que compreendem três pontos: o da democracia como regime juridicamente institucionalizado, o seu micro-fundamento na capacidade de agência e as suas macro-condições na relação com o Estado. Ele aceita os critérios das definições minimalistas, mas completa que as eleições devem ser decisivas e institucionalizadas, o que significa, em resumo, que os resultados serão aceitos e os vencedores governarão, e que novas eleições acontecerão segundo o calendário previsto por um futuro indeterminado. A democracia é, portanto, um regime político (a definição está em O’DONNELL, 2011, p. 30), com regras do jogo estáveis e com vigência indeterminada, às quais todos adaptam suas expectativas e estratégias. Para serem competitivas, as eleições pressupõem um conjunto de liberdades cívicas e de direitos políticos de cidadania dos eleitores, cujas raízes estão nos direitos civis socialmente institucionalizados.

Nas concepções minimalistas de democracia, a unidade de análise é aquele que vota, o eleitor, o que supõe que ele seja titular de um complexo de direitos enquanto cidadão político e de outros (direitos civis, cívicos) que são implícitos nesse estatuto, mas que lhe são necessários enquanto membro da comunidade política nacional, cujo reconhecimento e efetividade são dados. Esse complexo de direitos significa o reconhecimento da capacidade de agência de caráter universalista e igualitário dos direitos de cidadania e este é o ponto fundamental de sua teoria. O seu argumento básico é que “a democracia... pressupõe a concepção do ser humano como um agente que adquiriu... o título de ser reconhecido e legalmente amparado como um portador de direitos à cidadania...” em sentido amplo. O ser humano como agente titular de direitos é o micro fundamento que enraíza os aspectos empíricos e normativos da democracia (O’DONNELL, 2011: 7; WHITEHEAD, 2014). O agente é “alguém dotado de razão prática e discernimento moral, que usa sua capacidade intelectual e motivação para tomar decisões que, em princípio são razoáveis em função de sua situação e objetivos”, sobre os quais é, em princípio, o melhor juiz (id., p. 43). A condição de cidadão titular de direitos significa o reconhecimento da capacidade de agência de todos os indivíduos, independentemente de condições sociais, com algumas exceções legais, de tomarem decisões razoáveis e que podem ter consequências importantes (id., p. 35). Do ponto de vista político, a democracia é uma “aposta institucionalizada” cuja implicação é que cada um deve aceitar que qualquer outro participe como eleitor ou candidato e que, sendo eleito, governe durante o período do seu mandato (id., p. 36).

O regime democrático é parte constitutiva de um processo de formação estatal ao qual está historicamente subsumido (MANN, 1992). O’Donnell define o Estado como uma associação de caráter atributivo (não-voluntária) de base territorial, com instituições que organizam as relações sociais, detém o monopólio da autorização legítima do uso da coerção física e normalmente tem a supremacia no controle dos meios de coerção (O’DONNELL, 2011, p. 66). Ele distingue quatro dimensões para a análise do Estado: a organizacional, do conjunto de burocracias, que dizem respeito à eficácia do Estado no território; a do sistema legal, que se refere à efetividade das suas normas para ordenar as relações sociais; a da identidade coletiva, um “nós” que prevalece sobre as várias parcialidades e confere credibilidade ao Estado; enfim, a territorial, de regulação das relações internas/externas, e que se refere à filtragem do Estado (id., pp. 68-9).

As democracias da América Latina

O contraste entre as democracias na América Latina e as democracias mais antigas “do Noroeste”, é central em várias de suas publicações nos anos noventa (O’DONNELL, 1991, 1994, 1996a e 1998). As diferenças compreendem aspectos políticos, sociais e culturais e aparecem nos três níveis do regime, do Estado e da cidadania. A democracia latino-americana elege seus dirigentes por delegação, um modo distinto da democracia representativa, o Estado realiza-se de forma heterogênea e pouco confiável, configurando-se situações de estatalidade incompleta ou limitada. Por isso, a efetividade dos direitos é precária para grandes parcelas da população e vastas regiões do território, o que o leva a qualificar a cidadania como de baixa intensidade.

Um conceito central na análise de O’Donnell é o de “democracia delegativa”, construído analiticamente em contraposição ao de “democracia representativa” (O’DONNELL, 1991, 1994, 1998). A democracia representativa seria caracterizada como um regime que combina as três tradições do pensamento político ocidental: a base na eleição popular (democracia), a proteção dos direitos (liberalismo) e a virtude do exercício do governo para o bem público (republicanismo). Entretanto, essas tradições estão institucionalizadas não apenas em regras, organizações e procedimentos jurídicos, mas também em um *ethos democrático, que orienta a ação e as expectativas de dirigentes e cidadãos. Um elemento central na sua abordagem sobre a democracia representativa é o de controles públicos (accountability)* (O’DONNELL, 1998). *As democracias representativas distinguem-se especificamente das democracias delegativas por uma rede institucionalizada de procedimentos e organizações de controle, horizontais e verticais. Esta rede é crucial para assegurar que a atuação dos governantes e dos cidadãos se oriente segundo as regras e princípios configurados pelas três tradições referidas acima.* Os controles horizontais são instituições dentro do Estado que compreendem a separação dos poderes, mas também um amplo conjunto de organizações especializadas no controle da atividade governamental, tais como as agências independentes ou os Tribunais de Contas e o Ministério Público. Os controles verticais são de dois tipos, por um lado, as eleições livres periódicas com amplas possibilidades de participação e de contestação, cuja ocorrência é necessária para se classificar um regime como democrático. E, por outro lado, os controles sociais, tais como movimentos sociais, sindicatos, imprensa livre, que apresentam demandas, realizam pressões sobre o governo e resistem a eventuais tentativas de os governantes se excederem no exercício do poder. Haveria, então, a tendência ao predomínio de um *ethos* universalista de respeito às regras e de separação entre os interesses público e privado.

A democracia por delegação⁴ na América Latina e em outras regiões do mundo se organiza a partir de noções políticas distintas, pois nelas as tradições liberal e republicanas são menos fortes e a democrática também está menos presente (O’DONNELL, 1996a e 1998). Em meados dos anos noventa O’Donnell argumentou que, embora houvesse na América Latina alguns regimes políticos classificados como “democracias estáveis” (na Colômbia e na Venezuela), estes apresentavam diferenças significativas em relação às suas congêneres do “Noroeste”. Naqueles, as eleições, mesmo relativamente competitivas e periódicas, configuravam na prática, formas de delegação do exercício do poder ao dirigente que se considerava autorizado a governar como lhe aprouvesse, como exercício da sua vontade, face à qual as normas legais e os controles seriam obstáculos. Isso porque essas democracias por delegação teriam organizações de *accountability horizontais inócuas e redes de accountability sociais verticais frágeis. Elas seriam fragilizadas também pelo ethos e orientações de ação particularistas e privatistas, que favoreceriam práticas patrimonialistas no Estado, de cooptação e clientelismo sobre setores significativos do eleitorado. Por fim, seriam também limitadas pela baixa capacidade de organização da população, resultantes da pobreza, dos baixos níveis educacionais, assim como concepções tradicionais sobre as relações de mando e obediência.*

⁴Adotamos esse termo para diferenciar do tipo “democracia delegativa” explicado a seguir.

O 'Donnell formula o tipo empírico democracia delegativa para caracterizar uma situação extrema e instável desses regimes. Em crises econômicas ou políticas graves surgem dirigentes políticos com ares salvacionistas (tais como Menem, Collor e Fujimori, e se pode incluir Bolsonaro, sem dúvida) que procuram governar por decretos, com base em movimentos (e não partidos), que falam diretamente para a massa da população reivindicando uma delegação de poder ilimitado, e por isso veem como obstáculos as instituições de divisão dos poderes e os procedimentos de controle entre eles (O 'DONNELL, 1991; 1994; O 'DONNELL, IAZZETTA e QUIROGA, 2011).

Como regimes emergentes de processos de formação estatal, as democracias representativas (mas, também as delegativas) estão condicionadas pelas capacidades historicamente construídas de territorialidade e centralização dos seus respectivos Estados (MANN, 1992). Isto é, supõe-se que os regimes efetivamente democráticos sejam capazes de ordenar as relações sociais e controlar as situações de conflito que emerjam no seu território.

A análise histórico-comparada de O 'Donnell mostrou diferenças significativas entre as democracias do "Noroeste" e as democracias latino-americanas. Nas primeiras houve um processo histórico de longa duração que resultou numa grande concentração dos meios de coerção física (exércitos profissionais), na criação de meios de administração (burocracias profissionais), na expropriação pelo rei dos meios de legalidade e de jurisdição, promovendo a centralização do direito (poder judiciário independente), na criação de fortes identidades nacionais e no controle territorial centralizado pelo Estado nacional. Apesar de suas diferentes trajetórias, elas teriam um grau alto de completude ou realização dos processos de construção estatal e de identidade nacional. O resultado é que o Estado moderno e o regime democrático são historicamente (quase) concomitantes, a sua convergência unificou Estados e governos com as suas populações, e a nação forneceu a base cultural da cidadania política e do Estado. Nesses casos, o Estado tornou-se promotor e garantidor da cidadania, lugar de reconhecimento de direitos pela ordenação jurídica estatal e de sua implantação dos direitos por meio de burocracias (O 'DONNELL, 2011, p. 80-90; 103-4; 112)⁵.

Na América Latina, comparativamente, os Estados têm um desempenho medíocre, embora desigual, nestas quatro dimensões. Em primeiro lugar, as suas burocracias parecem incapazes de controlar (e mesmo ocupar) todo o território nacional e quando o fazem mostram-se pouco efetivas. O sistema legal é aplicado de forma desigual e socialmente enviesada. Por isso a percepção dos cidadãos (especialmente os pobres) quanto à capacidade dos Estados e governos para realizarem alguma noção de bem comum é também muito negativa. Enfim, seu desempenho não é melhor quando observamos a sua capacidade de gestão das fronteiras, assim como a inserção na economia. Estes países apresentam histórias desarticuladas no processo de formação estatal, sociedades estruturalmente heterogêneas, espaço social polarizado e fragilidade na formação (recrutamento) de sua burocracia e imposição de uma legalidade considerada legítima. Por tudo isso, afirma O 'Donnell, a democracia nestes países não é capaz de produzir efeitos igualitários e niveladores, ficando à deriva entre uma sociedade fragmentada e um Estado ineficiente (id., p. 174-7; 185).

Sobre as diferenças na capacidade de agência, o autor as coloca como diferenças no grau de efetividade dos direitos de cidadania e nas condições sociais de vida. O eleitor exerce seu direito como cidadão político que, por sua vez, supõe o cidadão *tout court*, o membro da comunidade nacional com um complexo de direitos e obrigações reconhecidos e institucionalizados. Mas para exercer esses direitos, são necessárias condições de estatalidade, ou seja, que as relações sociais no território sejam reguladas pelas organizações

⁵ Uma visão alternativa deste processo pode encontrada em Charles Tilly (1996). Para ele, o processo de formação dos estados europeus implicou na complexa (e variável) articulação entre Coerção (estatal) e Capital (mercado) resultando na transformação das formas de dominação do que ele denominou de "governo indireto" (estado tradicional) para "governo direto" (estado moderno). Nesta abordagem, tal como em O 'Donnell, a cidadania e a democracia são processos emergentes e não autônomos (TILLY, 2013).

estatais e que o sistema legal ordene as orientações de ação e interações sociais. Além disso, os cidadãos devem ter condições adequadas de vida, educação e capacidade de agência propiciadas pela efetividade dos direitos civis, sociais e culturais.

Ele faz um excuro histórico de longa duração para mostrar como, desde o início da modernidade, houve no “Noroeste” a expansão gradual dos direitos até a institucionalização da democracia constitucional da atualidade ((id., cap. 2). Nas demais regiões ocorreu a ampliação “abrupta” do direito ao sufrágio, resultando em instabilidades políticas, regressões autoritárias e precariedade dos direitos. Mas em todas as democracias do mundo houve exclusões, limitações e discriminações, num processo histórico de lutas pelo reconhecimento de direitos (id., p. 62).

Na América Latina, a situação é paradoxal, em comparação com a trajetória clássica de reconhecimento dos direitos (ver MARSHALL, 1950), onde o reconhecimento formal de direitos é relativamente amplo, mas com precária efetividade. Configura-se aqui uma cidadania de baixa intensidade em que os indivíduos são legal e materialmente excluídos do acesso a direitos. A lei estatal, então, é substituída por regras locais e tradicionais, impostas por grupos que, na periferia, se apropriam de espaços que deveriam ser controlados pelo Estado (TOKMAN e O’DONNELL, 1998; O’DONNELL, 1996b). Há vários *gaps* de legalidade, numa outra ordem diferente da legal, em que dominantes locais e intermediários selecionam e determinam as condutas válidas. As normas legais homogêneas não produzem os mesmos efeitos para pessoas situadas em contextos diferentes, criando problemas que afetam a atuação do próprio regime democrático (O’DONNELL, 2011, p. 146-8). Na América Latina, a extensão dos direitos civis era incompleta quando ocorreu a democratização ou a ampliação dos direitos políticos. Tem-se leis discriminatórias e não equitativas, cuja aplicação é arbitrária e não têm efetividade universal. As isenções e privilégios para os poderosos combinam-se com o rigor aplicado contra os pobres. As relações da burocracia com os cidadãos ordinários são assimétricas, com tratamento não respeitoso da dignidade humana, e o acesso ao judiciário e ao processo justo é limitado e caro. Em outras situações, tem-se a ilegalidade pura e simples, dado que o Estado não é capaz de ocupar o território, ou, embora esteja formalmente presente, a burocracia não é capaz de regular as relações sociais e assim a legalidade não se torna referência para o governo das condutas nas interações. Em outras situações, as leis são aplicadas, se o forem, de forma intermitente e diferencial em lugares amplos do território estatal. A lei estatal é confrontada por “regras informais” impostas por grupos de poder privados que dominam regiões inteiras, tanto em áreas rurais isoladas como periferias das grandes conturbações. O que há, portanto, é uma constante negociação entre a legalidade formal e normas informais. Além disso, os “sistemas de regras informais” são pontuados por intervenções arbitrárias do sistema formal, que sustentam um mundo de extrema violência. Em muitos casos, mesmo os sistemas subnacionais formais (governos estaduais, provinciais, departamentais e municipais) convivem com “sistemas de regras informais” que coexistem, por sua vez, com sistemas nacionais poliárquicos (O’DONNELL, 1999: 311-4; 1996b)⁶.

Assim, estatalidade incompleta, inefetividade do sistema legal e cidadania de baixa intensidade sintetizam a situação de (não) estado de direito que é complementar ao regime de democracia por delegação. O termo estado de direito perpassa o Estado, o regime e a capacidade de agência, uma vez que ele releva das formas de *accountability* (regime), de regulação burocrática e ordenação das relações sociais (Estado) e da cidadania (agência).

O Estado de direito

⁶ Outros autores são mais otimistas. Edward Gibson (2013) defende que a democratização dos governos nacionais na América Latina é apenas um primeiro passo na difusão da democracia por todo o território nacional. Baseado em estudos de casos no México e na Argentina conclui que subsistem “enclaves” subnacionais autoritários que frequentemente negam o acesso a direitos civis e políticos aos cidadãos locais.

O 'Donnell define estado de direito (*rule of law*)⁷, como um ideal político ou horizonte normativo destacando-se em primeiro plano as dimensões sistemáticas e formais do conceito. Assim, depois de apontar para a diversidade de definições e experiências históricas a que se referem o termo “estado de direito” nas diversas línguas, ele assume que a ideia básica é o do governo das leis e não o dos homens. O cerne comum a todos os sistemas legais poderia ser resumido a um conjunto de normas hierárquicas, que tenderiam (e visariam) à completude; que as relações entre essas normas seriam definidas por regras formais, que os governantes (*rulers*) *deveriam ser submetidos às leis como todos os outros, e que todos deveriam ser submetidos às regras em todas as situações, sem exceção, ou seja, que ninguém poderia ser legibus solutus* (O'DONNELL, 2011, p. 116-7).

O autor salienta que, na tradição do *common law*, as definições do *rule of law* centram-se nas cortes, enquanto em outras línguas o termo estado de direito abrange todas as instituições estatais e, tendencialmente, todas as relações sociais. Enquanto um ideal, o estado de direito tem implicações institucionais e sociais bastante efetivas, mas, por definição, ele é sempre incompleto e se realiza em maior ou menor grau. O grau de sua realização é relativo ao alcance da democracia no Estado e na sociedade, e daí que, quanto maior for a abrangência e a efetividade do estado de direito, mais forte será o Estado e o regime democrático que ele contém (id., pp. 120 e 136).

Ele destaca que o atributo crucial do estado de direito para o sistema legal é que ele “fecha” todos sob a lei, não há ninguém fora das suas regras nem pode ignorá-las. Ele é ficção útil, pois nem os governantes nem outros cidadãos podem dispor das regras e estas se compõem em sistema, um conjunto articulado, hierarquizado e consistente de regras dotado de unidade formal. A ficção tem várias consequências: governantes e funcionários estatais têm direitos próprios, diferentes dos cidadãos (o uso da coerção), mas o seu uso é estritamente regulado; a diferença entre público e privado torna-se estrita e controlada; o sistema legal não só protege direitos individuais, mas também capacita os cidadãos para o exercício de direitos coletivos. O sistema legal sustenta e sanciona meios pacíficos de tomada de decisão coletiva que viabilizam a agência autônoma dos cidadãos. Daí que são necessários procedimentos equitativos, disponíveis a todos e institucionalizados legalmente. Outra consequência seria que os cidadãos têm expectativas em relação ao desempenho de governantes e funcionários para o bem comum e têm instrumentos para controlá-los. Uma tensão seria posta pelo próprio direito cujas regras indeterminadas e procedimentos dialéticos ou argumentativos, colocaria em contrariedade a expectativa de estabilidade das regras e a participação dos cidadãos para a mudança das leis, ou para alterar os sentidos dominantes a ela atribuídos (id., p. 127-8).

O 'Donnell esclarece que sua exposição sobre o estado de direito não é no campo da teoria do direito mas releva os aspectos relevantes da legalidade estatal na democracia (id., p. 115, n. 1; CULLEL, 2014, p. 311). Ele discute também as relações entre estado de direito e cidadania, com destaque para a ambivalência da legalidade estatal igualitária e o papel do Estado como organizador da desigualdade, dadas pela exploração capitalista, discriminações e relações sociais de poder. Ele apresenta a relação entre Estado como burocracia e a legalidade, dada a relevância de controles legais sobre as relações internas às organizações burocráticas.

Ao longo de todo o capítulo sobre o Estado como legalidade, ele faz ressalvas e observações sobre a não realização do estado de direito e as suas implicações para a prática do direito, mas não desenvolve o ponto. A questão é desenvolvida em apenas em dois parágrafos, nos quais ele assume o ponto de vista do realismo sociológico em que o direito é reduzido a conjuntos de decisões tomadas por funcionários e juízes, que podem ser mais ou menos conformes aos princípios do estado de direito.

⁷Adotamos essa tradução do termo em inglês porque é a expressão consagrada em português e não vamos explorar neste artigo a variedade de significados de termos equivalentes em diferentes línguas, dadas as tradições jurídicas e trajetórias políticas dos diferentes países (COSTA e ZOLO, 2006; HEUSCHLING, 2002; CHEVALIER, 2003).

“...o fato é que não existe literalmente algo como “o estado de direito”. O que existe na realidade são decisões tomadas por funcionários legalmente autorizados que se deparam com situações muitas vezes suscetíveis de diferentes interpretações legais e/ou fáticas, ou juízes que não desejam aplicar de maneira consistente ou equitativa a lei existente, e/ou são socialmente parciais, e/ou têm concepções legais que estão distantes dos princípios ou valores democráticos básicos” (O’DONNELL, 2011, p. 132).

Isso se dá porque a produção do direito é impregnada de relações de poder e, portanto, as lutas políticas e sociais se desenrolam em seus vários momentos, desde o processo de criação das normas legais até a sua interpretação e aplicação. Ao mesmo tempo, acontece que as regras produzem efeitos normativos mesmo depois que as relações de poder desapareceram, continuando as lutas para ressignificá-las e dirigi-las para fins específicos (id., p. 133).

Então, há um campo de relações de poder na (re)produção de normas, campo que é mais ou menos permeável às forças democratizadoras e aos princípios do estado de direito, e que gera efeitos mais ou menos favoráveis à efetividade dos direitos de cidadania e à democratização da burocracia estatal.

Objeção e questões

A partir dos anos noventa, O’Donnell trata de forma recorrente a questão do (não) estado de direito na América Latina e sua relevância para a democracia. Ele abre um espaço de reflexão e análise sobre essas relações, mas o elabora apenas do ponto de vista da democratização, pois, apesar de apontar as fragilidades e obstáculos do estado de direito, dá apenas algumas indicações sobre o que seria o sistema jurídico, tradição ou a forma de legalidade que aqui se conformou. Ele afirma, em várias ocasiões, que caberia a estudos inter ou transdisciplinares ou ao campo da sociologia jurídica fazer a análise dessas questões (O’DONNELL, 1999, p. 315, n. 51; 2011, p. 115, n. 1). Apresenta-se a seguir uma objeção geral e se formulam algumas questões a contracorrente de suas análises, de modo a explicitar em seguida a maneira pela qual propomos abordá-las.

A objeção geral é a de que o autor adota uma noção de estado de direito formal equiparado a uma legalidade de base democrática, cujas regras conformam um sistema completo, abrangente e igualitário. Mas essa é uma representação do direito elaborada pela teoria política e jurídica e tem limitada correspondência com o “direito” vigente e praticado em qualquer sociedade. Além disso, a validação das normas legais pelo processo democrático, as suas qualidades formais e a sua implementação por burocracias isentas e controladas são insuficientes para pensar as relações entre estado de direito e autonomia dos cidadãos em nossas sociedades. Assim, é preciso pensar o estado de direito não só enquanto legalidade democrática efetiva, mas nas suas relações com a produção normativa na sociedade. Esse ponto será retomado na próxima seção.

O’Donnell argumenta que nas democracias do “Nordeste” houve a expansão e institucionalização dos direitos civis num processo de longo prazo antes de haver a ampliação dos direitos de cidadania política no final do século XIX. A experiência histórica das democracias na América Latina (e de outras regiões) seria a de ampliação prévia, ou pelo menos concomitante, dos direitos de cidadania política em relação aos direitos civis durante os processos de democratização nos anos 80 do século XX. Mas a ampliação parcial de direitos políticos sem a efetividade de direitos civis ocorreu na América Latina em períodos anteriores e remonta à Independência. Quais seriam as características do direito ou tradição jurídica nos países latino americanos no longo período entre a criação dos Estados liberais-oligárquicos na época da Independência e a democratização? Outro ponto é que o autor vê a fragilidade dos direitos civis da maior parte da população basicamente como resultado da falta de efetividade em virtude dos fatores citados acima. Mas, ao mesmo tempo, ele aponta invenções conceituais, leis ou regras casuísticas de burocratas

arbitrários (incluídos os juízes) que as aplicam de forma enviesada. Além do efeito de falta de efetividade dos direitos, como pensar esses materiais jurídicos e suas relações com o estado de direito?

Enfim, ele discute as relações entre democracia e estado de direito a partir das qualidades formais do sistema jurídico, em que a diferença entre democracias do Noroeste e da América Latina seria questão de grau de efetividade. Se ele apontou que em nenhum lugar as práticas jurídicas e as condições da cidadania correspondem àquelas qualidades, ele deixou em aberto como pesquisar empiricamente o problema. De todo modo, ele discute o estado de direito em função de dois pontos relacionados: a institucionalização de um sistema de direito positivo igualitário e não arbitrário (entre outros atributos) que o Estado tem a capacidade de assegurar em todo o território e âmbitos de atividade social; e a mediação das relações sociais por essa legalidade de modo a que ela seja assegurada para todos – ou grande parte – dos agentes que nela vivem. Nos dois sentidos o ponto central é o de que seja reconhecida legalmente e assegurada de forma efetiva a capacidade de agência dos indivíduos. Assim, o direito aparece sob dois aspectos: a legalidade estatal e a sua efetividade nas relações sociais. Quais as outras dimensões e qualidades do direito devem ser pensadas nesse espaço entre legalidade e efetividade?

Em suma, o tema do não-estado de direito teve, para O'Donnell, por um lado, o papel de especificação empírica de um determinado conjunto de “casos” de democracias que combinavam regimes políticos eleitorais crescentemente competitivos e precária efetividade dos direitos civis e, por outro lado, o papel crítico que o levou a ampliar o conceito analítico de democracia. Ao assumir o universal reconhecimento da capacidade de agência como característica distintiva da formação das democracias ocidentais que serviu como base de sustentação do estado de direito na sociedade civil, ele adotou a titularidade dos direitos do sujeito tendo como referência a tradição formada na Europa a partir do Iluminismo. Mas ele não discutiu a maneira pela qual o reconhecimento dos direitos civis se incorporou na formação do direito europeu, de um ponto de vista histórico e sociológico. Para os objetivos teóricos de O'Donnell, o ponto não seria especialmente problemático, não só porque esse não era o seu propósito, mas também porque há extensa produção sobre o tema. Mas sua discussão para a ampliação do conceito de democracia abriu, como que em contraponto, a questão: como pensar as características do conjunto de agregados jurídicos do (não) estado de direito na América Latina, enquanto a formação histórica, em uma situação de reconhecimento legal (pleno, condicionado ou excepcional) de direitos e a sua não efetividade?

Assim, colocam-se as questões: como pensar os materiais jurídicos que se formam nessa situação de (não) estado de direito? Quais são as características dos saberes jurídicos aqui construídos? Como se formou e se modifica uma tradição de pensamento jurídico de (não) estado de direito, com seus conceitos, doutrinas, técnicas e argumentos? Quais suas características, limites etc.? Não responderemos essas questões neste artigo, mas vamos apresentar algumas dimensões para a análise que se colocam nas interfaces de pesquisas sociológico-políticas, de história do pensamento jurídico e de estudos sócio-jurídicos. O foco analítico do tema da *nebulosa de imunidades* é propor a pesquisa dos atributos positivos do (não) estado de direito da América Latina, pensado em suas relações com os agregados jurídicos, em particular o pensamento e os saberes que se produzem pela prática jurídica, e a partir dela.

2- Estado de direito e legalidade nos agregados jurídicos

O'Donnell define o estado de direito como um ideal político ou horizonte normativo que produz efeitos bastante reais, mas com graus diferentes de realização histórica ou de efetividade. Essa efetividade se realizaria pela série: direitos como reconhecimento da capacidade de agência, ideal do estado de direito, sistema legal, capacidade do Estado de regular as relações sociais e a ordem legal como expectativas normativas compartilhadas.



Uma forma distinta de pensar a relação entre as idealizações, a construção de relações objetivas e as identidades, expectativas e comportamentos é pensar aquele ideal político como forma de problematização das relações de governo e de aquiescência/resistência da multiplicidade na sociedade (FOUCAULT, 1984, p. 15; 2004, p. 4). Essas relações se dão como um campo estratégico de interações e se realizam com a observação, programação e reflexão sobre a maneira de conduzir a si e aos outros de modo a compor o conjunto de possibilidades de ação de uns e outros. Nesses termos, o estado de direito é o nome dado para a problematização da programação jurídica e normativa das condutas que visa racionalizar e programar o seu exercício, em função de certos princípios, com determinado campo de exercício, procedimentos e objetivos. Instauram-se certas instâncias de produção de discursos em que determinados sujeitos são autorizados a falar em seu nome, utilizar seus instrumentos, e visar certos efeitos. Em outros termos, o estado de direito enquanto maneira de problematizar está presente em vários lugares, mas suas singularidades e formas positivas são relativas à dinâmica do exercício e das formas de resistência ao governo. A variedade histórica do estado de direito aparece nas suas construções efetivas nas sociedades, cujas diferenças não são pensadas em função de graus de efetivação, mas de suas próprias condições e trajetória.

O propósito comparativo torna-se menos colocar numa escala organizada em função de um ideal e mais entender essas singularidades na sua trajetória própria em seu contexto e condições. As relações do estado de direito com a legalidade, práticas jurídicas e relações sociais não se pensam como um jogo unidimensional entre o vetor do estado de direito, que visa a efetivação de princípios de liberdade, igualdade, tratamento equitativo etc., e outros vetores que atuam em sentido contrário, e que são sustentados por chefes locais, interesses privados ou concepções patrimonialistas que se assentam em relações sociais desiguais. As relações são um jogo multidimensional, em que competem diferentes saberes e relações de poder, que são internos e externos ao Estado. A dimensão do estado de direito se apresenta como uma força em relação a outras formas de exercício do poder, tradições, interesses etc., mas também como forma de reflexão e objeto de disputas entre diferentes projetos político-constitucionais.

O “direito” de determinada sociedade, do ponto de vista de suas manifestações concretas, não corresponde à imagem de unidade, completude e autonomia do ordenamento legal, e tampouco é um compacto fechado de lógica, coerência e justiça que pode ser instrumentalizada por sujeitos que podem desviá-lo do seu objetivo final. Ele é melhor entendido como uma combinação de “agregados jurídicos” (*juridical assemblages*) compostos por saberes, agentes autorizados, instituições, técnicas e arranjos formais e informais. Eles se compõem de subconjuntos e camadas distintas, criados segundo modelos e em momentos diferentes, que assumem formas mais ou menos aproximadas aos seus modelos formais ou originários e que produzem efeitos mais ou menos relevantes⁸ (HUNT, 2013). O grau de integração e coerência desses agregados jurídicos é sempre imperfeito, diversificado, permeado de tensões e contradições, conformando composições distintas em diferentes épocas.

O termo “agregados jurídicos” designa um campo em que se exerce determinado poder simbólico, uma esfera diferenciada de relações sociais em que se disputa o controle de determinados recursos ou uma instância de enunciação de discursos dotados de autoridade. São compostos, mais ou menos coerentes, com suas camadas variadas e diferenciações internas e combinações de legalidades e ilegalidades toleradas. Os agregados jurídicos compreendem diversas dimensões, já trabalhados em estudos sócio-jurídicos internacionais e brasileiros: seus arranjos institucionais, seus agentes, a sua conformação como campo ou esfera diferenciada, como um espaço de lutas com poder diferencial das frações de classe, como um tipo de saber produzido sobre o direito, como formador de “sensibilidades”.

⁸ O’Donnell afirma este ponto, mas não o elabora (2011: 130).

A análise dos arranjos institucionais tem em vista as regras, os atores, interesses e as formas e oportunidades de ação no conjunto de agregados jurídicos. Por elas se conhece a maneira pela qual se organizam os diferentes papéis institucionais; os seus atributos, recursos e posições relativos; as suas identidades e estruturação das carreiras e hierarquias internas; a sua abertura ou insulamento em relação a outras instituições ou atores estatais e sociais. Essa abordagem é a mais disseminada em ciência política internacional (GILMANN e CLAYTON, 1999) e resultou no Brasil em inúmeras pesquisas sobre as instituições judiciais (ARANTES, 1997 e 2002; KERCHE, 2007; KOERNER e FREITAS, 2013; MACIEL e KOERNER, 2014). Uma temática importante é o das relações entre campo jurídico e políticas públicas, em que se pesquisa como as instituições e atores judiciais acolhem, resistem, conformam ou reconfiguram as políticas estatais em diversos campos. Um tema particularmente discutido foi o da “judicialização das políticas de saúde” em que as pesquisas mostraram inicialmente a passagem do não acolhimento das demandas à intervenção voluntarista dos juristas e juízes, seguida da cooperação entre atores e instituições que levaram a novos arranjos institucionais e políticas coordenadas (FANTI, 2010; OLIVEIRA, 2015; WANG, 2014). Em questões de caráter estrutural, como conflitos fundiários e trabalho escravo, a tendência é que as políticas governamentais para a efetivação dos direitos encontrem divisões e resistências nas instituições judiciais, que levam à neutralização ou minimização da realização dos objetivos visados por aquelas políticas (INATOMI, 2016). O mesmo parece acontecer, mas em menor grau, com políticas que produzem a precarização dos direitos, que encontram divisões e resistências nas instituições judiciais, mas tendem a prevalecer.

Quanto aos atores, pesquisas no campo das elites jurídicas examinaram os seus perfis, origem familiar, formas de seleção, hierarquias internas e relações de gênero (BONNELLI, 2002 e 2008; SADEK, 1998; VIANNA, 1997). A esse respeito, colocam-se o tema do perfil tradicional da elite jurídica e demais trabalhadores no campo em contraste com as novas configurações das profissões jurídicas resultantes da internacionalização das profissões, da organização de grandes corporações, da massificação do ensino jurídico e dos efeitos das chamadas “indústrias de concursos” (ENGELMANN, 2011 e 2017; FONTAINHA et al, 2018; ALMEIDA, 2010 e 2016; CUNHA, 2007).

O poder simbólico do campo do direito refere-se ao monopólio dos juristas do direito de dizer o direito, isto é, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem da sociedade. Esses agentes têm determinados atributos de ingresso no campo diferenciado, ao mesmo tempo em que estão em constante disputa por aquele poder, detendo posições e capacidades diferenciadas (BOURDIEU, 1986, p. 4). No Brasil, foram apontadas as especificidades da trajetória histórica e do modo de diferenciação do campo do direito em relação ao campo do poder estatal, em particular que as posições dominantes no campo do direito não são ocupadas segundo uma lógica interna, uma vez que a disputa por elas é perpassada por relações dos juristas com o campo do poder. Além disso, a lógica de dizer o direito não é determinada apenas por categorias e regras internas ao campo, pois nelas se expressam conteúdos materiais e objetivos pontuais que se entrelaçam as lógicas de outros campos (ENGELMANN, 2011 e 2017; VANNUCCHI, 2016a e 2016b).

O poder social dos juristas relaciona-se ao tema da produção do direito enquanto parte de um conjunto de lutas e alianças entre frações de classe para a elaboração de um discurso hegemônico sobre a ordem da sociedade. O direito não é um fenômeno unitário que pode ser “deduzido” dos interesses ou das posições de classe e assim a análise política do direito demanda a avaliação das possibilidades em cada campo legal e situação específica relacionando com a sustentação da dominação de classe na sociedade em geral (HUNT, 1993, p. 90-1). Coloca-se em especial a questão de como a produção do direito pelos juristas é mais ou menos aberta às demandas, pressões e formas de mobilização de grupos sociais subordinados ou discriminados. A produção do direito pode definir ou obscurecer categorias sociais, pode estabilizar ou desestabilizar expectativas sociais, pode manter ou minar normas sociais de convivência; e fortalecer ou enfraquecer consensos sociais, assim como pode aliviar ou exacerbar tensões sociais (MACAULAY, 1987).



Os efeitos simbólicos da legislação relacionam-se com a temática mais geral do direito nas relações sociais. Aqueles efeitos são designados como o poder constitutivo dos saberes e práticas jurídicas com os quais se configura nas relações sociais numa trama objetiva de normas que são tomadas como dadas pelos agentes e assim estruturam a sua autocompreensão normativa, orientações de ação e expectativas (BRIGHAM, 1996; HUNT, 1993, p. 252; MERTZ, 1994). A estruturação se dá por conhecimentos, relações e processos localizados, através do modo pelo qual os agentes imaginam, entendem e agem no mundo social (GEERTZ, 1983). Mas os direitos legalmente reconhecidos são resultado e objeto de lutas sociais, que se passam em processos de mobilização e contra-mobilização política, podendo ser tanto instrumentos de resistência quanto de dominação (MERRY, 1995; SILBEY, 2005). A demanda por direitos, pela resignificação daqueles já reconhecidos ou por ações estatais que os tornem efetivos, supõe a articulação de discursos públicos, com fundamentos, táticas e proposições explícitas com as quais os agentes conformam e reconfiguram suas identidades individuais e coletivas como cidadãos (HUNT, 1993, p. 107; MCCANN, 2006 e 2010; MACIEL, 2011 e 2015).

Sobre os saberes jurídicos, discutiu-se nos anos oitenta e noventa os efeitos de poder da dogmática jurídica a partir da epistemologia, a crítica da ideologia e a semiologia do poder (COELHO, 1991; MIAILLE, 2005; WARAT, 1995). A dogmática jurídica elabora construções abstratas que atribuem unidade, coerência e certeza a noções jurídicas, que têm o caráter de saberes que organizam conceitualmente o exercício do poder estatal e a exploração capitalista. Eles legitimam essas relações pela sua posição de fala competente, pela naturalização das relações sociais, a justificação dos arranjos existentes e a formação conformista dos juristas. Ao mesmo tempo, ocultam e invertem as relações de poder e exploração, assim como as lutas de poder que perpassam a prática do direito. As noções de norma jurídica e de sistema ou ordenamento são centrais nessas construções, uma vez que a primeira é tomada como um dado e é integrada num conjunto que lhe dá coerência e unidade.

Um tema pouco pesquisado pelos estudos sócio-jurídicos no Brasil é como os juristas exercem a sua fala especializada sobre o direito. O seu *ethos*, os procedimentos, técnicas e estilos das suas decisões, assim como a eles leem, articulam conceitos, elaboram argumentos, formulam suas interpretações das leis, abordam as situações e constroem os casos (CARBASSE E DEPAMBOUR-TARRIDE, 2010; GARAPON E PAPADOPOULOS, 2003; GOLDSWORTHY, 2006; JACOB, 1996; MACCORMICK e SUMMERS, 1991 E 1997). A pesquisa comparada permite conhecer a prática jurídica brasileira para além de oposições simples como autocontenção e ativismo dos juízes ou o sistema de fontes do direito das tradições do *civil law* e do *common law* (MENDES, 2010). Tem-se aqui dois desdobramentos importantes, por um lado, a incorporação da autocompreensão normativa e das “sensibilidades” dos leigos ao direito praticado pelos juristas. Complementarmente, como os cidadãos se relacionam com o direito estatal, como identificam suas oportunidades e recursos, e como relacionam a legalidade estatal e aquilo que consideram certo ou errado segundo uma ‘boa’ construção da ordem do mundo, da vida, da sociedade (LIMA, R.K., 2009). Por outro lado, como se constitui o *habitus* ou o *ethos* dos juristas na sua condição de agentes dotados de saberes e recursos de poder próprios em seu próprio campo especializado, em suas relações com o campo do poder estatal e, enfim, como um setor diferenciado da população, possuidor de um saber letrado e com capacidade de provocar efeitos próprios na direção das condutas dos demais agentes. Uma temática de pesquisas em que se discute essas questões é a do acesso à justiça, onde são inúmeras e antigas as constatações das disputas entre juristas e as dissonâncias entre os critérios e objetivos das instituições judiciais com as expectativas e auto-compreensão normativa dos cidadãos (GARCIA, 2018; INATOMI, 2009; MOREIRA-LEITE, 2003).

Em suma, se o estado de direito enquanto sistema legal formal e completo não se realiza em parte alguma, não se trata apenas de diferenças de grau de sua efetividade. As diferenças referem-se ao conjunto de “agregados jurídicos”, à maneira pela qual eles se constituíram historicamente e se exercem na atualidade, em suas relações com o poder estatal e as relações sociais. Nesse sentido, os agregados podem ser analisados como regimes formados por configurações historicamente constituídas da instância, do setor ou do campo jurídico em cada país ou sociedade

3- Nebulosa de imunidades?

Voltemos à definição de estado de direito adotada por O’Donnell. É uma definição formal, formulada por Joseph Raz (1977)⁹, que enumera oito características, divididas em duas partes: a que compreende as três primeiras e se refere aos atributos das leis e a que diz respeito aos tribunais e critérios da sua prática. As características 5, 6 e 8 não se relacionam a atributos das normas ou das instituições, mas à maneira pela qual as normas são efetivadas para que aqueles atributos sejam preservados. A de alcance mais amplo é o controle judicial para que as regras de reconhecimento e aplicação das leis sejam gerais e prospectivas, claras para que se evitem arbitrariedades. Raz assume um ponto de vista prático, o da autoridade das leis para que os indivíduos as obedeçam, cuja condição é que elas façam sentido para eles. O direito é uma forma de organização que deve ser usada de forma apropriada para guiar as condutas dos indivíduos, enquanto, para estes, a lei deve ser capaz de guiar o seu comportamento, se ela é para ser obedecida. Assim, as características do estado de direito enfocam tanto os atributos de leis e instituições quanto à maneira de exercê-los. Exploramos esses aspectos em dois pontos: as relações entre o ideal do estado de direito, as características formais das regras e sua efetivação e as consequências para o estado de direito da maneira pela qual as regras são praticadas pelos juristas.

O estado de direito é usualmente definido como um ideal normativo do “governo das leis” oposto ao governo dos homens. Em geral, adotam-se como critérios a forma das regras e ao modo de produzi-las. Disso resultam os critérios citados da generalidade, da anterioridade e da estabilidade, e que sejam elaboradas por procedimentos públicos, tendo em vista os interesses comuns, que respeitem um rol de direitos e que sejam formadas por processos de deliberação coletiva democrática. Em contraposição, o governo dos homens seria exercido por ordens ou comandos produzidos pelos governantes segundo sua deliberação individual ou arbítrio, e que podem ter objetos particulares, situações específicas ou serem posteriores aos eventos, podem visar interesses privados (ou definidos privadamente como interesses comuns).

O ideal normativo do estado de direito permite assumir uma perspectiva de observação e avaliação das situações concretas. Avalia-se a qualidade das leis e como elas se traduzem em formas jurídicas ou institutos. A ausência daquelas leis e formas jurídicas seria um estado de não-direito ou governo dos homens. Há várias situações intermediárias, tais como o exercício do poder arbitrário ou tirânico em violação às leis; o governo autocrático por meio de leis gerais, claras e estáveis (*rule by law*), o Estado que se vale de leis gerais para alcançar seus objetivos

⁹ As características são: 1. As leis devem ser prospectivas, públicas e claras; 2. As leis devem ser relativamente estáveis; 3. A confecção de leis específicas deve orientar-se por regras gerais públicas, estáveis e claras; 4. A independência do poder judiciário deve ser garantida; 5. Deve observar-se os princípios da justiça natural (tais como audiências judiciais abertas e equitativas e a ausência de viés nos processos); 6. Os tribunais devem ter poderes de revisão [...] sobre a implementação dos outros princípios; 7. Os tribunais devem ser facilmente acessíveis; e 8. Não se deve permitir que as instituições de prevenção de delito valham-se de sua discricionariedade para perverter a lei (RAZ, 1977, p. 198-201, e O’DONNELL, 2011, p. 117).

(estado legal); o estado de polícia em que o governo usa normas regulamentares sem respeitar a forma nem os direitos dos cidadãos¹⁰.

Do ponto de vista da efetividade, haveria uma série de situações entre dois polos opostos, o primeiro em que o ideal do estado de direito se realiza nitidamente porque se traduz de maneira clara na legislação, nas práticas e saberes jurídicos e nas relações sociais e o segundo em que, pelo contrário, aquele ideal é contrariado e não se visualizam quaisquer efeitos. Seriam “constelações” contrastadas com “buracos negros”. O (não) estado de direito de O’Donnell designa um conjunto de casos intermediários de realização incompleta ou de baixa efetividade. São, com vimos, situações em que o ideal normativo tem pouca força, a burocracia estatal tem baixa eficácia e a legalidade estatal é deficiente, tem baixa efetividade na regulação da sociedade e tem baixa objetividade na ordenação das interações sociais dos indivíduos. Mas, como afirmamos na seção anterior, para analisar essas situações intermediárias, é preciso considerar o direito de um ponto de vista sociológico que leve em conta outras dimensões além da efetividade da legalidade estatal.

O segundo ponto indicado no início da seção refere-se aos efeitos da prática jurídica para o estado de direito. Colocamos a seguinte questão: o que acontece se tribunais dotados de independência (4.), que utilizam (pelo menos em parte) os procedimentos de justiça natural nos seus julgamentos (5.) e têm poderes de controle das leis e outras ordens governamentais (6.) interpretam as leis (com apoio na doutrina jurídica) de modo que não se realizem as características do estado de direito relativas às leis (1. e 2.) ou que sejam contrariados os atributos gerais das leis e os critérios para a sua aplicação (6. e 8.)? Do ponto de vista de Raz, estaríamos diante da não conformidade com o estado de direito e da desobrigação dos indivíduos de obedecê-las.

Para O’Donnell a situação seria um caso de (não) estado de direito. Ele cogita a possibilidade e a atribui a fatores como a falta de adesão dos juízes aos princípios democráticos, aos interesses particulares dos juízes ou juristas, a pressões externas etc., e que resultam na não efetividade das leis nas interações sociais (O’DONNELL, 2011;: 117-8). Sem dúvida, mas pode haver desvios do estado de direito, provocados não necessariamente pela não adesão dos juristas aos princípios do estado de direito, nem de efeitos de orientações particularistas e contrárias ao interesse público, nem sequer de falta de condições institucionais ou sociais para a decisão independente ou tecnicamente informada. Voltando a uma questão posta anteriormente, se as democracias latino-americanas conhecem uma passagem abrupta à democracia baseada numa noção ampla de agência e que implica a generalização do estado de direito, quais seriam as características da “tradição jurídica” que se formou nos duzentos anos desde a Independência? Qual é a conformação positiva do pensamento que refletiu e programou os saberes nos agregados jurídicos?

Trata-se, então, de pesquisar o pensamento e saberes jurídicos, ou seja os princípios, conceitos, critérios e técnicas de julgamento elaborados pelos juristas que não produzem os atributos de clareza e estabilidade das leis (1. e 2.) e que produzem normas para si próprios sem essas características (3.). As construções dos juristas reconhecem e defendem parcialmente as características do estado de direito, que, combinadas, contrariam ou inibem seu efeito geral. Nesses termos, sugere-se a hipótese de que o pensamento jurídico realiza uma maneira de problematizar o estado de direito em que reflete e programa os saberes jurídicos de forma que eles reproduzem interpretações particularistas das regras, reforçam a ineficácia das burocracias estatais, ampliam a inefetividade do direito estatal na regulação e aprofundam a sua baixa objetividade na ordenação das condutas dos indivíduos nas suas interações sociais. Coloca-se, assim, a proposta de pesquisar aspectos do pensamento e saberes jurídicos brasileiros que revelem essas ambivalências, intransparências e incertezas.

¹⁰Outros critérios seriam o padrão de referência da norma (o direito natural, as liberdades, históricas...), a relação com os destinatários, a extensão dos direitos) (COSTA e ZOLO, 2006; DIAZ, 1972; TAMANAHA, 2004).

A partir da discussão desses dois pontos, temos que a experiência jurídica brasileira é uma das situações históricas intermediárias em que o ideal do estado de direito se realiza de modo parcial e muito diferenciado. Nela se integra um conjunto de agregados jurídicos que assumem conformações variadas segundo as subáreas do direito, espaços territoriais e domínios de relações sociais e campos de relações de poder. Essas realizações diferenciais são produzidas pelos juristas e reforçadas pela maneira de eles refletirem e programarem os seus saberes e práticas. Para o observador, as relações entre ideal normativo, legalidade estatal e relações sociais apresentam-se com graus distintos de nitidez e certeza à medida em que dirige o seu olhar em direções diferentes. Sugerimos que esse jogo entre o estado de direito, suas realizações e seus múltiplos contrários configura uma “nebulosa de imunidades”.

Segundo o dicionário *Aurélio*, nebulosa é o feminino de ‘nebuloso’: o que é 1. coberto de nuvens ou vapores densos; 2. Sombrio, triste, ameaçador, nublado, nubiloso, nuvioso; 3. Sem transparência, turvo; 4. Pouco definido, indistinto; 5. Ininteligível, obscuro, enigmático, misterioso, nevoento. Como substantivo, nebulosa também significa 1. Corpo celeste que se apresenta com o aspecto de mancha esbranquiçada; 3. Massa estelar ainda em via de condensação; 3. Universo em formação.

‘Imunidade’ significa: 1. Condição de não ser sujeito a algum ônus ou encargo, isenção; 2. Resistência natural ou adquirida de um organismo vivo a um agente infeccioso ou tóxico; 3. Direitos, privilégios ou vantagens pessoais de que alguém desfruta por causa do cargo ou função que exerce.

Tal como o conceito de estado, o termo ‘nebulosa’ refere-se a uma situação estável, caracterizada por certos atributos e relações, mas, ao contrário das propriedades “arquitetônicas” do estado de direito, elas são pouco discerníveis para o observador, embora sejam bem conhecidas e praticadas pelos agentes. Num sentido sócio-jurídico, a nebulosa designa o conjunto de espaços organizados com geometria variável, em que as normas jurídicas estatais são perpassadas por outras normatividades e lógicas sociais, e em que o poder estatal e poderes sociais se combinam na produção do direito e no uso da força. Eles se exercem de forma diferenciada em função da condição dos agentes, determinada pela cor, gênero, orientação sexual, renda ou atividade ocupacional e vínculos com os proprietários da terra.

A titularidade de direitos está associada à condição de agente ou de nacional, ou a capacidades de categorias gerais de indivíduos (ou de coletividades). A titularidade de direitos tem obrigações como seus correlatos, em particular o reconhecimento dos direitos dos outros cidadãos, e deveres para com o público e o Estado. Por sua vez, as imunidades não implicam o reconhecimento das obrigações face aos outros ou de seus direitos, porque são unilaterais, recebidas ou exercidas por isenção, exceção ou privilégio em relação a normas gerais. Elas significam a proteção particularizada contra violações, incertezas e riscos que podem acometer os demais agentes ou serem ocasionadas por eles. A proteção de direitos subjetivos realizada pelo Judiciário assume o caráter de concessão (ou rejeição) de imunidades, pois seus julgamentos produzem normas sempre particularizadas e incertas, que é incapaz de produzir referências gerais e dotadas de objetividade para os agentes. Tem-se então uma situação de proteções particularizadas, privilegiadas e sem reciprocidades para alguns, cujo contraponto são violações, privações e pobreza para outros.

A noção de “nebulosa de imunidades” coloca-se quando, para o observador, há pouca nitidez sobre as relações entre o ideal do estado de direito, os agregados jurídicos e as relações sociais. É uma situação que, em seu conjunto, é pouco discernível, pois apresenta aglomerados luminosos de imunidades de maior ou menor grandeza, mas também vazios ou escuros em que as proteções não se realizam. Ela designa uma situação social permanente (ou em lenta mudança), cujos elementos se mantêm e relacionam de modo estável. Ela leva em conta não apenas o ponto de vista das regras estatais e da sua efetividade, mas



a maneira de se pensar e de se praticar o conjunto de agregados jurídicos e seus efeitos na sociedade. O ideal do estado de direito está presente nos aspectos formais da arquitetura jurídico-constitucional do Estado, atualiza-se em alguma medida na sua legalidade, burocracias e declarações de direitos. Mas esses elementos gerais são refratados pelos saberes e práticas jurídicos dos agregados, o que resulta que as regras e as formas perdem os seus atributos de generalidade, clareza etc. e elas configuram uma trama objetiva que combina privilégios e violações que os agentes assumem nas suas interações. Particularismo e violações, desigualdade e não-reciprocidade complementam-se, na medida em que as relações entre cada um e os demais são perpassadas por normas pouco claras. Desse modo, é essa combinação, e não os princípios gerais, normas legais ou discursos doutrinários, que aparece para os agentes como o direito assegurado pelo Estado, como a ordem que se põe como norma objetiva e que eles tomam como dada em suas interações.

Assim, nebulosa de imunidades refere-se a esse efeito de ótica produzido pela conformação dos agregados jurídicos e suas consequências para as práticas sociais. A noção não tem pretensão analítica ou descritiva, e serve apenas para colocar a questão de como se (re)produz tal situação e discutir criticamente os fatores que a produzem, pois apesar de pouco nítida, ela é uma situação social determinada por fatores conhecíveis, que pode ser analisada e explicada. Ela convida a não pensar norma e fato, legalidade e arbítrio, conformidade e violação da lei, privilégio e exclusão em termos contrapostos mas procurar entender as suas combinações. Pensar o caráter diferencial da efetividade dos direitos não em termos de formas institucionais, como eventos discretos ou efeitos de estrutura social, mas como resultado das práticas jurídicas e das relações de poder que se dão numa determinada configuração social e histórica. A incompatibilidade de termos jurídicos e conceitos sociológicos é um obstáculo conhecido para quem pesquisa o direito do ponto de vista das práticas jurídicas e normatividades sociais. Por isso, é necessário, assumir uma perspectiva e elaborar um vocabulário próprio.

Os diversos significados da noção servem também para indicar o problema de pesquisa-la e analisa-la, uma vez que, à medida em que nos aproximamos da nebulosa, ela deixa de ser uma espécie de espetáculo de luzes e sombras para se tornar um nevoeiro dentro do qual temos poucas referências para nos orientarmos. Enquanto cidadãos e pesquisadores nos vemos diante de uma trama de situações com dimensões normativas e situações concretas tensas e contraditórias, com as quais temos que lidar praticamente. Há guias que podem nos levar a pontos turísticos, com paisagens mais ou menos agradáveis, mas nelas teremos apenas a visão parcial de coisas arranjadas.

Conclusão

O artigo não questionou as análises de O'Donnell sobre as relações internas entre democracia e estado de direito nem argumentou contra a sua preocupação com as especificidades das democracias latino-americanas. Também não foram postas em discussão as teses sobre a extensão do estado de direito como o reconhecimento universal da capacidade de agência, a de que ninguém é *legibus solutus* e que a democracia abre espaço para a participação ampliada dos grupos sociais na produção da norma e a sua contestação. O que se questionou foi a sua análise das relações entre estado de direito formal, sistema legal e o problema da sua efetividade na sociedade. A discussão apontou para a necessidade de se assumir um ponto de vista sócio-jurídico para analisar o direito em suas diversas dimensões e para um enfoque especial as relações entre pensamento jurídico e práticas jurídicas, visando uma reflexão centrada na produção dos saberes jurídicos.

Pode haver – e há – uma tradição jurídica que se reproduz por saberes jurídicos que não realizam os atributos do estado de direito, e o faz em seu próprio nome. Essa atuação não é necessariamente o objetivo de atores que visam interesses particulares ou têm propósitos irrefletidos e nem efeito direto de pressões “externas” pela aplicação particularista ou distorções intencionais das normas. É um efeito geral e coletivo, “sistêmico”, produzido pela sua maneira de problematizar os agregados jurídicos. Essa produção gera crises que podem levar a paralisias e atitudes “heroicas”, mas não saem do impasse, reproduzindo as ambiguidades e incertezas da nebulosa de imunidades.

Nossa discussão abriu a “caixa de Pandora” conceitual que O’Donnell tanto queria evitar. Ela nos distancia da parcimônia preconizada pelas teorias de política comparada de se adotarem poucos critérios objetivos para identificar e pesquisar as democracias. Mas os aspectos dos agregados jurídicos destacados servem como dimensões analíticas para pesquisas sócio-jurídicas e de ciência política que integrem as dimensões da democracia e do direito em estudos sobre países singulares, e poderão servir como base para análises comparadas.

A discussão sobre a nebulosa de imunidades propõe a análise política do pensamento jurídico para realizar a crítica teórica e historicamente informada dos saberes jurídicos na sociedade brasileira. Não se trata de um argumento genético do tipo “males de origem” e nem um argumento continuísta, muito menos a atribuição dos males da república a uma elite de juristas. Não se visa realizar uma síntese sobre “direito e sociedade no Brasil” ou o pensamento jurídico no capitalismo periférico. O tema do estado de direito é estratégico pois a sua especificidade permite análises em períodos históricos longos, é central, pois ele se dissemina em uma diversidade de campos de saberes e práticas jurídicas e, enfim, é crítico, pois com ele o pensamento jurídico se coloca como problematização, como distanciamento e reflexão, sobre aqueles saberes e práticas. O trabalho intelectual começa com o questionamento da maneira pela qual o pensamento jurídico programa o governo de nossas condutas pelo direito, colocando-lhes a questão dos seus efeitos improfícuos para a democracia e a cidadania no Brasil.

Bibliografia

ALMEIDA, F. 2010. *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da Justiça no Brasil*. São Paulo. Tese (doutorado em ciência política). PPGCP/USP, Universidade de São Paulo.

_____. 2016. Os Juristas e a Política no Brasil: Permanências e Reposicionamentos. *Lua Nova*, São Paulo, n. 97, pp. 213-252, jan-abr.

ARANTES, R. B. 1997. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/FAPESP.

_____. 2002. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Sumaré.

BONELLI, M.G. et al. 2002. *Profissionalismo e política no mundo do direito: as relações dos advogados, desembargadores, procuradores de justiça e delegados de polícia com o Estado*. São Carlos: EdUFSCar.

_____. 2008. Profissionalização por gênero em escritórios paulistas de advocacia. *Tempo Social*, São Paulo, v. 20, n. 1, pp. 265-290.

BOURDIEU, P. 1986. La Force du Droit (Eléments pour une sociologie du champ juridique). *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, Paris, v. 64, pp.3-19, setembro.

BRIGHAM, J. 1996. *The Constitution of Interests - Beyond the Politics of Rights*. New York: New York University Press.



- BRINKS, D. & BOTERO, S. 2014. Inequality and the Rule of Law: Ineffective Rights in Latin American Democracies. In: Brinks, D. *et al* (eds.). *Reflections on Uneven Democracies: the legacy of Guillermo O'Donnell*. Baltimore: John Hopkins UP, pp. 214-239.
- BRINKS, D. *et al*. (eds.). 2014. *Reflections on Uneven Democracies: the legacy of Guillermo O'Donnell*. Baltimore: John Hopkins UP.
- CARBASSE, J.-M. e DEPAMBOUR-TARRIDE (eds.). 2010. *A Consciência do Juiz na Tradição Européia*. Belo Horizonte: Tempus.
- COELHO, L. F. 1991. *Teoria Crítica do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.
- COSTA, P.; ZOLO, D. (eds.). 2006. *O Estado de Direito - História, Teoria, Crítica*. São Paulo: Martins Fontes.
- CHEVALIER, J. 2003. *L'Etat de droit*. Paris: Montchrétien.
- CULLEL, J. V. 2014. Democracy and Democratization: Guillermo O'Donnell's Late Attempt to Rework Democratic Theory. In: Brinks, D. *et al* (eds.). *Reflections on Uneven Democracies: the legacy of Guillermo O'Donnell*. Baltimore: John Hopkins UP, pp. 287-311.
- CUNHA, L. G. *et al*. 2007. Sociedades de advogados e tendências profissionais. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 2, pp. 111-137.
- DIAZ, E. 1972. *Estado de Direito e Sociedade Democrática*. Lisboa: Iniciativas Editoriais.
- DOBRY, M. 1992. *Sociologie des Crises Politiques*. Paris: FNSP.
- ENGELMANN, F. 2011. Estudando e definindo elites jurídicas. *Paper apresentado no Colóquio Elites História e Método*, Porto Alegre: PPG História PUCRS.
- _____ (org.). 2017. *Sociologia Política das Instituições Judiciais*. Porto Alegre: CEGOV/UFRGS ed.
- FANTI, F. 2010. *Políticas de Saúde em Juízo: um estudo sobre o município de São Paulo*. São Paulo, Dissertação (mestrado) PPGCP-FFLCH/USP.
- FONTAINHA, F. *et al*. 2018. Os três poderes da elite jurídica: a trajetória político-partidária dos ministros do STF (1988-2013). *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v.49, n.2, pp.93-131.
- FOUCAULT, M. 1984. *História da Sexualidade, Vol. 2 - O Uso dos Prazeres*. RJ: Graal.
- _____. 2004. *Naissance de la Biopolitique - Cours au Collège de France, 1978-1979*. Paris: Gallimard, Seuil.
- GARAPON, A. e PAPADOPOULOS, I. 2003. *Juger en France et en Amérique*. Paris: Odile Jacob.
- GARCIA, E. P. 2018. "Não cause, concilie": os sentidos da política de conciliação em um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania em Campinas-SP. Campinas. Dissertação (Mestrado), PPGCP-IFCH/Unicamp.
- GEERTZ, C. 1983. *Local Knowledge - Further Essays in Interpretive Anthropology*. New York: Basic Books.

GIBSON, E. 2013. *Boundary Control: Subnational Authoritarianism in Federal Democracies*. Cambridge: Cambridge UP.

GILLMAN, H. C.; CLAYTON, C. (eds). 1999. *Supreme Court in American politics: New Institutional Interpretations*. Lawrence: University of Kansas Press.

GOLDSWORTHY, J. (ed.). 2006. *Interpreting Constitutions - A Comparative Study*. Oxford: Oxford UP.

HALL, P. 2015. Politics as a Process Structured in Space and Time. In: Tulia Falleti, Orfeo Fioretos, and Adam Sheingate. *The Oxford Handbook of Historical Institutionalism*. NY: Oxford UP.

HEUSCHLING, L. 2002. *Etat de Droit, Rechtsstaat, Rule of Law*. Paris: Dalloz.

HUNT, A. 1993. *Explorations in Law and Society - Toward a Constitutive Theory of Law*. Londres: Routledge.

_____. 2013. Encounters with juridical Assemblages: reflections on Foucault, law and the juridical. In: GOLDBER, B. (Ed.). *Re-reading Foucault: On Law, Power and Rights*. Londres: Routledge, pp. 64-84.

INATOMI, C. C. 2009. *O Acesso à Justiça no Brasil: a atuação dos Juizados Especiais Federais Cíveis*. Campinas. Dissertação (Mestrado). PPGCP-IFCH/Unicamp.

_____. 2016. *A atuação do Poder Judiciário nas políticas de erradicação do trabalho escravo rural no Brasil contemporâneo*. Campinas. Tese (Doutorado). PPGCP-IFCH/Unicamp.

JACOB, R. (ed.). 1996. *Le Juge et le Jugement dans les Traditions Juridiques Européennes*. Paris: LGDJ.

KERCHE, F. 2007. Autonomia e discricionariedade do Ministério Público no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, pp. 259-279.

KOERNER, A. e FREITAS, L. B. 2013. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, v. 88, p. 141-85. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452013000100006&script=sci_arttext

LIMA, R. K. 2010. *Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada*, [Online]. Anuário Antropológico, II. Disponível em: <http://journals.openedition.org/aa/885>. Acesso em 23 setembro 2019.

MACAULAY, S. 1987. Images of Law in Everyday Life: The Lessons of School, Entertainment, and Spector Sports. *Law & Society Review*, Amherst, v. 21, n. 2, pp. 185-218.

MACIEL, D.A. 2011. Ação coletiva, mobilização do direito e instituições políticas: o caso da campanha da Lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 26, n. 77, pp. 97-112.

_____. 2015. *Mobilização de Direitos no Brasil: grupos e repertórios*, [Online]. DS/FFLCH/USP. Disponível em: http://sociologia.fflch.usp.br/sites/sociologia.fflch.usp.br/files/Mobiliza%C3%A7%C3%A3o%20de%20direitos%20D%C3%A9bora%20A%20Maciel%20_%20LAPS.pdf. Acesso em 20 setembro 2019.

_____. e KOERNER, A. 2014. O processo de reconstrução do Ministério Público na transição política (1974-1985). *Revista Debates*, v. 8, n. 3, set.-dez., pp. 97-117.

MANN, Mi. 1992. O poder autônomo do Estado: suas origens, mecanismos e resultados. In: HALL, J. (ed.). *Os Estados na História*. Rio de Janeiro: Imago.



- MARSHALL, T. H. 1950. *Citizenship and Social Class and Other Essays*. Cambridge: Cambridge UP.
- MCCANN, M. 2006. Law and Social Movements: Contemporary Perspectives. *Annual Review of Law and Social Sciences*, v. 2006, n. 2, pp. 17-38. doi: 10.1146/annurev.lawsocsci.2.081805.105917.
- _____. 2010. Poder Judiciário e Mobilização do Direito: uma perspectiva dos 'usuários'. *Revista EMARF, Cadernos Temáticos: Seminário Nacional sobre Justiça Constitucional*, Rio de Janeiro, pp. 175-196, dezembro.
- MACCORMICK, N. e SUMMERS, R. (eds.). 1997. *Interpreting Precedents - A comparative Study*. Aldershot: Ashgate-Dartmouth.
- MACCORMICK, N. e SUMMERS, R. (eds.). 1991. *Interpreting Statutes*. Farnham: Ashgate.
- MENDES, R. L. T. 2010. Verdade real e livre convencimento: O processo decisório judicial brasileiro visto de uma perspectiva empírica. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, Niterói, v.5, n.3, p.447-482, jul-set.
- MERRY, S. E. 1995. Resistance and the Cultural Power of Law. *Law & Society Review*, Amherst, v. 29, n. 1, pp. 11-26.
- MERTZ, E. A. 1994. New Social Constructionism for Sociolegal Studies. *Law and Society Review*, Amherst, v. 28, n. 5, pp. 1243-1266.
- MIAILLE, M. 2005. *Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa: Estampa.
- MOREIRA-LEITE, A. 2003. *Em tempo de conciliação*. Niterói: EdUFF.
- O'DONNELL, G. 1972. *Modernización y Autoritarismo*. Buenos Aires: Paidós.
- _____. 1979. Desenvolvimento Político ou Mudança Política? In: PINHEIRO, P. S. (Ed.). *O Estado Autoritário e Movimentos Populares*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, pp. 23-95.
- _____. 1991. Democracia delegativa? *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 31, pp. 25-40, outubro.
- _____. 1994. Delegative Democracy. *Journal of Democracy*, Baltimore, v. 5, n. 1, pp. 55-69, janeiro.
- _____. 1996a. Uma Outra Institucionalização: América Latina e Alhures. *Lua Nova*, São Paulo, v. 37, pp. 5-31.
- _____. 1996b. Poverty And Inequality In Latin America: Some Political Reflections. *Working Paper n° 225*, Kellogg Institute for International Studies - University of Notre Dame, Indiana.
- _____. 1997. Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America: a Partial Conclusion. In: MENDEZ, J. et al (eds.). *The (Un)Rule of Law & the Underprivileged in Latin America*. Indiana: Notre Dame U.P, pp. 303-337.
- _____. 1998. Accountability Horizontal e Novas Poliarquias. *Lua Nova*, São Paulo, v. 44, p.27-54.
- _____. 2000. Democracy, Law and Comparative Politics. *IDS Working Paper n° 118*, Institute of Development Studies, Sussex, junho.

- _____. 2004. *Quality of Democracy*. Indiana: University of Notre Dame Press.
- _____. 2010. *Democracy, Agency, and the State: Theory with Comparative Intention*. Oxford: Oxford UP.
- _____. 2011. *Democracia, Agência e Estado: Teoria com intenção comparativa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- _____, LAZZETTA, O. et al. (eds). 2011. *Democracia delegativa*. Buenos Aires: Prometeo.
- _____, SCHMITTER, P. C. & WHITEHEAD, L. (eds.). 1988. *Transições do Regime Autoritário: América Latina*. Rio de Janeiro: Vértice, 4 v.
- OLIVEIRA, M. R. et al. 2015. Judicialização da saúde: para onde caminham as produções científicas?. *Saúde em Debate* [online]. 2015, v. 39, n. 105, pp. 525-535. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-110420151050002019>. Acesso em 20 Maio 2020
- RAZ, J. 1979 [1977]. The Rule of Law and its Virtue. In: J. Raz (Ed.). *The Authority of Law - essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon, p.210-229
- SADEK, M. T. 1998. Magistrados: uma imagem em movimento. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 13, n. 38.
- SILBEY, S. 2005. After Legal Consciousness. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 1, pp. 323-368. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.lawsocsci.1.041604.115938>, acesso em 25 maio 2020.
- TAMANAH, B. Z. 2004. *On The Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge UP.
- TILLY, C. 1996. *Coerção, Capital e Estados europeus 1990-1992*. São Paulo: Edusp.
- _____. 2013. *Democracia*. Petrópolis: Vozes.
- TOKMAN, V. E.; O'DONNELL, G. (Eds.). 1998. *Poverty and Inequality in Latin America*. Indiana: Notre Dame UP.
- VANNUCCHI, M. A. 2016a. Advogados e corporativismo de classe média no Brasil pós-1930. *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, pp. 506-525.
- _____. 2016b. O corporativismo dualista: conselhos profissionais e sindicatos no Brasil, 1930-1964. *Estudos Ibero-Americanos*, Porto Alegre, v. 42, n. 2, pp. 471-99.
- VIANNA, L. W. et al. 1997. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan.
- WANG, D. W. L. et al. 2014. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública, São Paulo*, v. 48, n. 5, p. 1191-1206.
- WARAT, L. A. 1995. *O Direito e sua linguagem - 2a Versão*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.
- WHITEHEAD, L. 2014. "A mí, si, me importa": Guillermo O'Donnell's approach to theorizing with normative and comparative intent. In: BRINKS, D. et al (eds.). *Reflections on Uneven Democracies: the legacy of Guillermo O'Donnell*. Baltimore: John Hopkins UP, pp .333-351.

Judicialização da Política, Auto-restrição judicial e a Defesa da Constituição: algumas lições de Carl Schmitt em *Der Hüter der Verfassung*.¹

“O clamor por um guardião e defensor da Constituição é, na maioria das vezes, um sinal de delicadas condições constitucionais.”
Carl Schmitt. *Der Hüter der Verfassung*, 1931.

Cláudio Ladeira de Oliveira²

Resumo: Neste artigo apresento uma interpretação das teses de Carl Schmitt apresentadas em sua obra *Der Hüter der Verfassung*, O Guardião da Constituição. Inicialmente, (2) apresento a definição schmittiana de “guardião da Constituição”, por oposição a um “senhor e soberano da Constituição”, comparando-a com abordagens contemporâneas da teoria constitucional. Em seguida utilizo esses conceitos para discutir as teses de Schmitt sobre (3) a função do presidente do Reich como guardião da Constituição; (4) a defesa de uma postura de auto-restrição no exame judicial de constitucionalidade das leis; e (5) sua crítica à “judicialização da política”. Por fim, (6) utilizo essas teses para discutir a função do Supremo Tribunal Federal brasileiro e questionar seu status de “guardião da Constituição”.

Palavras-chave: guardião da constituição; Carl Schmitt; Judicialização da política; auto-restrição judicial.

Abstract: In this article I present an interpretation of Carl Schmitt’s theses presented in his work *Der Hüter der Verfassung*, The Guardian of the Constitution. Initially, (2) I present the Schmittian definition of “guardian of the Constitution”, as opposed to a “lord and sovereign of the Constitution”, comparing it with contemporary approaches to constitutional theory. I then use these concepts to discuss Schmitt’s theses on (3) the role of the Reich president as guardian of the Constitution; (4) the defense of a self-restrained stance in the judicial review of the constitutionality of laws; and (5) his criticism of the “judicialization of politics”. Finally, (6) I use these theses to discuss the role of the Brazilian Supreme Court and question its status as “guardian of the Constitution”.

Keywords: guardian of the constitution; Carl Schmitt; Judicialization of politics; judicial self-restrain.

Recebido em 30 de maio 2020. Aceito em 18 de setembro de 2020.

1. Introdução.

Neste artigo pretendo extrair algumas lições da obra *Der Hüter der Verfassung* (“O Guardião da Constituição”), de Carl Schmitt (2016), publicada originalmente em 1931 a partir do desenvolvimento de alguns artigos escritos e publicados nos dois anos anteriores. Escrevendo nos caóticos anos finais da República de Weimar, Carl Schmitt defendeu a tese de que a Constituição alemã então em vigor atribuía ao presidente da República (do Reich) as competências institucionais para atuar como “o guardião da Constituição”. Jurista católico e conservador, alinhado aos governos de direita que até 1933 buscaram – sem sucesso – formar um governo estável sem a participação do emergente partido Nazista, no contexto de uma república parlamentarista altamente fragmentada partidariamente, em meio a uma brutal crise política e econômica, as teses de Schmitt desde então suscitaram intermináveis polêmicas.

Acredito que *Der Hüter der Verfassung* contém lições que ultrapassam o contexto particular no qual a obra foi redigida, úteis à defesa de uma constituição democrática, sobretudo em época de crise institucional. A partir de uma interpretação da Constituição de Weimar, Schmitt desenvolve uma crítica à capacidade de tribunais para efetivamente atuarem como “guardiões” da Constituição e identifica riscos de potenciais ofensas à Constituição no exercício da jurisdição. E suas teses exemplificam um modelo teórico que Adrian Vermeule (2014) denomina “constitucionalismo de otimização”, uma abordagem da função que Constituições devem desempenhar face aos riscos de arbitrariedade política oriundos do sistema político.

No item (2), discuto a definição schmittiana de “guardião da constituição”, apresentando-a como um arranjo institucional ao qual ele opõe um “senhor e guardião da Constituição”. Nos itens seguintes, utilizo essas definições para (3) interpretar as teses de Schmitt sobre a função do presidente do Reich no regime de Weimar, (4) a necessidade de autocontenção judicial no exercício da jurisdição constitucional e (5) a crítica à judicialização da política. Mais do que uma interpretação plausível daquele contexto político-institucional, Schmitt apresenta teses úteis ao debate contemporâneo, por exemplo sobre o status do STF brasileiro como “guardião” da Constituição de 1988, que é discutido no item (6).

2. “Guardião da constituição”, “senhor soberano da constituição” e o constitucionalismo de otimização.

Inicialmente é preciso compreender qual é o significado que Schmitt atribui à expressão “guardião da Constituição”. No início da terceira parte de *Der Hüter der Verfassung*, Schmitt opõe duas formas institucionais distintas, ambas capazes de enfrentar conflitos decorrentes das “divergências de opinião e diferenças entre os titulares de direitos de decisão política e de influência política” (2016, p. 132): (i) um “senhor e soberano do Estado”, “um poder político mais forte situado acima das opiniões divergentes”, isto é, “um terceiro superior” que não seria o guardião da constituição, mas sim “o senhor soberano do Estado” (p. 132); e (ii) um “Guardião da Constituição”, uma instituição graças à qual as divergências são conciliadas por meio de um órgão ao qual os demais poderes se encontram “não em uma relação de subordinação, mas de coordenação”; um “terceiro neutro” que está situado “não acima, mas ao lado de outros poderes constitucionais, mas com poderes e possibilidades peculiares de intervenção” (p. 132).

Essas definições necessariamente excluem a possibilidade de que um governante autoritário, imune a quaisquer limitações constitucionais, como um presidente da República ditatorial por exemplo, possa ser considerado um “guardião” da Constituição. Ao contrário, um tal agente seria um “senhor e soberano do Estado”, posto que superior aos demais poderes de Estado, aos quais os demais estariam subordinados. O guardião encontra-se em relação de “coordenação”, não “subordinação”, com os demais poderes, cujas divergências de opinião deve arbitrar. Em toda a obra, a hipótese do “senhor e soberano” não surge como uma alternativa institucional a ser considerada realmente como opção. Ela é utilizada apenas heurísticamente,

para identificar o arranjo institucional que, em respeito à separação de poderes, precisa ser evitado. A defesa da Constituição exige um “guardião”, não um “senhor e soberano”.

E qual instituição deve desempenhar a função de guarda da constituição? Schmitt sugere que “devam ser organizadas uma instituição e uma instancia especiais”, insistindo que é importante “não confiar [essa competência] a nenhum dos poderes existentes, pois senão obteria apenas um sobrepeso perante os demais e poderia ele próprio se esquivar do controle. Isso o tornaria então o senhor da Constituição” (2016, p. 132). Em 1914, quinze anos antes dedicar-se de forma mais sistemática ao problema do “guardião da constituição”, mencionando de passagem o problema da imposição das leis em geral, Schmitt afirma que “nenhuma lei pode se auto-impor, são sempre apenas pessoas que podem ser incumbidas de manter a lei, e se você não confia nos guardiões, isso não ajuda em dar-lhes novos guardiões” (SCHMITT, 1914, p. 83). Agora é possível afirmar que ele enfrenta o problema mais específico da garantia da efetividade da Constituição, mas a partir do mesmo pressuposto: nenhuma Constituição pode se “auto-impor”, “são sempre apenas pessoas”, seres humanos reais, que podem desempenhar a função de defesa da Constituição. E as alternativas são basicamente duas: um arranjo equilibrado entre os poderes existentes ou, o que a rigor deixa de ser um guardião e torna-se um “senhor soberano”, a concentração dos poderes numa única autoridade, um “um terceiro superior” acima dos demais poderes. Para usar expressões contemporâneas, Schmitt enfrenta do problema partindo do pressuposto de que “não há nada externo à sociedade” (ELSTER, 2000, p. 127).³ Por isso tem razão Andreas Kalyvas (2008), quando afirma que o objetivo da teoria constitucional de Carl Schmitt é enfrentar “um dos mais incômodos problemas da teoria democrática moderna – nomeadamente, o problema da auto-imposição e auto-limitação de uma ordem democrática” (KALYVAS, 2008, p. 129).

Afinal, se a Constituição não possui uma força “intrínseca” que a torne “auto-impositiva” e se não existe algum agente e/ou instituição “externo à sociedade” apto a desempenhar a tarefa, as alternativas são essencialmente as duas indicadas por Schmitt: ou um agente hierarquicamente superior aos demais poderes de Estado, um soberano; ou um agente que se encontra “ao lado”, em condições de coordenação com os demais poderes. Mais uma vez, tem razão Kalyvas: “embora seja verdade que ele [Schmitt] não era bem disposto em relação a procedimentalismo e formalismo jurídico, é inexato pensar que ele os rejeitava” (KALYVAS, 2008, p. 137). Afinal, de que outro modo seria possível definir uma relação de coordenação entre poderes e instituições do Estado sem algum procedimento e formalismo jurídico?⁴

Essas definições conferem plausibilidade à tese de Adrian Vermeule e Eric Posner (2016), que pretendem reconstruir as teses de Schmitt considerando-as formulações intuitivas e embrionárias das abordagens contemporâneas na ciência política e a teoria constitucional:

[...] nós interpretamos suas idéias nos termos dos trabalhos recentes sobre os fundamentos políticos do constitucionalismo. A distinção de Schmitt entre Legalidade e Legitimidade, nós sugerimos, se apoia no insight impecável de que as normas constitucionais valem tanto quanto barreiras de pergaminho, a menos que estejam suportadas pelas estratégias políticas de equilíbrio dos agentes de Estado, cidadãos, partidos políticos e outros atores. (VERMEULE, POSNER, 2016, p. 613).⁵

³“Schmitt pode ser lido como antecipando as idéias de Elster e Holmes sobre o constitucionalismo como pré-compromisso” (KALYVAS, 2008, p. 134, nota 24)

⁴E ainda: “Schmitt não descartou completamente os procedimentos. Ele simplesmente rejeitou sua apropriação por discursos liberais que pretendem ou desprezar o momento substantivo da legitimidade democrática ou ocultar os objetivos e interesses parciais dos grupos sociais sob um véu de neutralidade, imparcialidade e legalidade.” (KALYVAS, 2008, p. 137)

⁵É possível comparar com Adam Przeworski (1994): “Uma democracia está consolidada quando, dentro e determinadas condições econômicas e políticas, um sistema específico de instituições torna-se regra geral, quando ninguém consegue imaginar-se agindo fora das instituições democráticas e quando tudo o que os perdedores desejam é tentar outra vez, no quadro das mesmas instituições sob as quais acabam de ser derrotados. Uma democracia está consolidada quando se faz respeitar espontaneamente, isto é, quando todas as forças políticas relevantes acreditam que é melhor para elas continuar subordinando seus interesses e valores à interação incerta das instituições.” (PRZEWORSKI, 1994, p. 46)

●
●

Acredito que a reconstrução que Vermeule Posner empreendem de Schmitt é correta, mas meu objetivo neste artigo é discutir algo mais pontual e que não é tratado por eles⁶. As teses de Schmitt em *Der Hüter der Verfassung* podem ser compreendidas como um exemplo de uma perspectiva teórica o próprio Vermeule (2014) denomina “constitucionalismo de otimização”. A ele Vermeule opõe o “constitucionalismo de precaução”, um modelo teórico que também é útil por sintetizar postulados contra os quais Schmitt se dirigia. Essas expressões, constitucionalismo de precaução e constitucionalismo de otimização, são duas construções conceituais artificiais que Vermeule utiliza para sistematizar abordagens teóricas sobre a função que Constituições devem desempenhar, abordagens essas que no essencial estão implícitas ou articuladas intuitivamente na teoria constitucional moderna. Essas expressões não identificam “escolas doutrinárias realmente existentes”, mas sim dois tipos extremos e antagônicos de respostas ao problema do risco de arbitrariedade política.

O chamado “Constitucionalismo da precaução” objetiva “minimizar” o risco político, reduzindo-o ao máximo. Ele recomenda que as constituições sejam redigidas e interpretadas com o objetivo de criar ao máximo precauções contra o risco de arbitrariedades das instituições políticas. Expressa uma postura generalizada de desconfiança – quando não rejeição – à política que é frequente na doutrina constitucional contemporânea. O “ônus da prova” argumentativa recai sobre os agentes políticos, que devem demonstrar que a linha de ação adotada no enfrentamento de algum problema específico não oferece riscos de arbitrariedade, corrupção, tirania etc. E em caso de dúvida, “por precaução”, deve-se rejeitar tais atos como inválidos (VERMEULE, 2014, p. 10 e ss).⁷

O “constitucionalismo de otimização”, pelo contrário, não objetiva minimizar o risco político, mas “otimizá-lo”. Algum risco político sempre será inevitável, resultando tanto da ação quanto da inação: todos os riscos políticos contam! Não apenas é impossível alcançar uma situação de risco político “zero”, mas ainda mais grave: as medidas de enfrentamento do risco político podem ser, elas próprias, fonte de risco político. Assim, a fixação exagerada no enfrentamento e algum risco político específico pode agravar o risco político “agregado”. As consequências práticas do modelo de “otimização do risco político” é melhor compreendida mediante os argumentos que são apresentados contra as medidas “precaucionárias”. As precauções devem ser rejeitadas por (VERMEULE, 2014, pp. 54 e ss).

A crítica “otimizante” é útil, em primeiro lugar, para destacar a possível “futilidade” das medidas precaucionárias. Para que funcionem, os remédios institucionais contra a arbitrariedade política devem fornecer incentivos capazes de estimular os agentes políticos (responsáveis por efetivar as precauções) a agirem quando isso se faz necessário. No entanto, é um erro comum ignorar que as mesmas condições objetivas que tornam a precaução necessária, faz também com que os agentes contra os quais as precauções são estabelecidas tenham incentivos para ignorá-las. Ao mesmo tempo, e pelas mesmas razões, nenhum outro agente terá incentivos para agir e enfrentar os custos de implementação das medidas. Em segundo lugar, a crítica otimizante identifica a “ameaça” produzida pelas medidas precaucionárias. Mesmo quando eficazes, produzem custos que dificultam a realização de outros objetivos constitucionalmente legítimos ou que impedem o enfrentamento de outros riscos políticos, tão ou mais perniciosos. Em terceiro lugar,

⁶Para uma aplicação das teses de Schmitt à análise do poder executivo nas democracias contemporâneas, cf. Eric Posner e Adrian Vermeule (2010)

⁷Um tema essencial ao constitucionalismo precaucionário é a desconfiança quanto às motivações dos indivíduos que integram maiorias legislativas e o poder executivo de um modo geral. Considera-se que tais agentes buscam sempre maximizar seu poder e promover os interesses de grupos de pressão poderosos em detrimento do conjunto de cidadãos: “se é possível que ocorra abuso de poder, isso ocorrerá” (VERMEULE, 2014, p. 48). Daí a precaução generalizada contra o exercício do poder administrativo discricionário e as interpretações legislativas de princípios constitucionais abstratos. O mesmo raciocínio válido para o nível individual, aplica-se também ao nível institucional: “se as instituições podem expandir seu poder, elas expandirão” (VERMEULE, 2014, p. 48).

a crítica otimizante identifica a “perversidade” que resulta das medidas precaucionárias. Esse argumento destaca a possibilidade de que a medida precaucionaria adotada para reduzir ao máximo certo o risco de arbitrariedade política pode agravar o problema que deveria combater.

As críticas de Schmitt à possibilidade de que os tribunais atuem como “guardiães da Constituição” exemplificam argumentos de “futilidade”. Em sua análise do exame judicial material de constitucionalidade, Schmitt não critica diretamente os tribunais alemães por se autoproclamarem titulares dessa competência enquanto tal. O que ele rejeita não é a existência pura e simples de competências para a declaração judicial de inconstitucionalidade das leis, mas a idéia de que, em virtude do exercício do controle difuso de constitucionalidade, os tribunais possam ser considerados “guardiões da constituição”:

O guardião da constituição não é, portanto, um dos muitos órgãos e pessoas que, ao não aplicarem ocasionalmente leis inconstitucionais ou ao não cumprirem ordens inconstitucionais, podem ajudar a garantir que a constituição seja respeitada e que um interesse constitucionalmente protegido não seja violado. Essa é a consideração sistemática que justifica não considerar o tribunal como guardião da constituição, mesmo que eles exerçam o direito judicial acessório e difuso de exame. (SCHMITT, 2016, p. 20).

Ele expressamente admite que uma tal competência para negar aplicação a leis que contradigam a constituição pode desempenhar um papel positivo, promovendo o “respeito à constituição” e os interesses por ela protegidos. E além disso, defende a aprovação de um “direito de exame judicial defensivo” capaz de “salvaguardar o status constitucional do judiciário”, uma espécie de “autoproteção do tribunal” contra interferências indevidas dos outros poderes (2016, p. 16). E reconhece que quanto a isso “os tribunais podem fazer a guarda de parte da constituição, a saber, a que diz respeito à sua própria base e posição, as disposições sobre a independência do judiciário.” (2016, p. 16). Mas contra a expectativa de que o controle judicial possa funcionar efetivamente como “precaução” contra governos arbitrários, “ditaduras das maiorias” ou golpes de estado, é necessário observar que os mesmos fatores que explicam a opção dos agentes políticos pela ruptura institucional, servem também para explicar a falta de disposição e/ou capacidade dos órgãos de controle para agirem como “guardiões” da Constituição. Por exemplo, tribunais constitucionais podem aderir voluntariamente ao novo regime, uma vez que seus membros não estão apartados do contexto social no qual o conflito institucional ocorre. Ou podem ser simplesmente incapazes de impedir a ação de forças armadas ou maiorias políticas mobilizadas. Ou, ainda, se os membros do tribunal são escolhidos pelos demais poderes, é possível que com o tempo a corte simplesmente passe a integrar a coalização de forças dominante⁸. Afinal, tribunais não tem força para adotar as medidas políticas efetivamente necessárias para defender a constituição no momento em que a existência da Constituição encontra-se realmente ameaçada: “Tanto o judiciário quanto os funcionários públicos serão sobrecarregados de maneira insuportável se todos estiverem amontoados com as tarefas e decisões políticas para as quais se deseja independência e neutralidade partidária” (2016, p. 155). Na verdade, o funcionamento ordinário de tribunais constitucionais é dependente da existência de instituições políticas regulares. Tribunais constitucionais não são o “guardião” da Constituição contra as reais ameaças de arbítrio político, pelo contrário, sua existência e autoridade depende de uma ordem constitucional cuja existência é politicamente construída.

Um “guardião” da Constituição, se é possível dispor de tal instituição, deve ser construído a partir de uma relação de “coordenação”, não de “subordinação”, entre os poderes políticos existentes. No próximo item, apresento a interpretação de Schmitt sobre o presidente do Reich como sendo o “guardião da Constituição” no sistema de Weimar em termos de um modelo de “otimização” do risco político.

3. O “guardião da Constituição” na Constituição alemã de 1919.

⁸Para uma análise da Suprema Corte estadunidense em como um “police-maker”, uma instituição que, mais que estritamente “jurídica”, é um participante ativo das coalizões políticas dominantes, cf. Robert Dahl (1957).

Der Hüter der Verfassung é uma interpretação das disposições positivas da Constituição alemã de Weimar. Não é uma defesa abstrata e universal de um modelo de controle de constitucionalidade pelo poder executivo, nem uma rejeição taxativa de competências judiciais em tal matéria. Assim, para avaliar as teses de Schmitt sobre o Guardião no sistema de Weimar, é necessário partir de algumas características fundamentais da Constituição então em vigor. São quatro os aspectos mais importantes.

Em primeiro lugar, a Constituição alemã de 1919 não estabelecia expressamente a competência de algum tribunal para declarar a inconstitucionalidade das leis. A afirmação inicial do artigo de 1929, que posteriormente seria revisado e publicado como a primeira parte de *Der Hüter der Verfassung*, é exatamente essa: “a constituição de Weimar não fala explicitamente de um guardião da constituição” (SCHMITT, 1985, p. 63). O Tribunal do Estado do Reich, previsto no art. 19 da seção 1 da Constituição, destinada às relações entre o Reich e os Länder (Estados), possuía competência expressa para conflitos federativos. No entanto, em 1925 o tribunal do Reich se autoproclamou competente para negar aplicação à legislação ordinária na hipótese de “contradição” com disposição expressa da Constituição, uma prática que foi justificada com fundamento numa interpretação flexível do art. 102, que dispunha: “os juízes são independentes e sujeitos apenas à lei.” De acordo com o argumento, “estar subordinado à lei” é uma condição que não exclui a possibilidade de que o juiz negue aplicação à lei nos casos que houver contradição entre essa e outra norma à qual o juiz também está subordinado, como é o caso da Constituição. Nitidamente, é um argumento similar à fundamentação do caso *Marbury v. Madison*, no qual a Corte Suprema norte-americana se autoproclamou titular de uma competência que, assim como no caso alemão de Weimar, a Constituição não conferia textualmente aos tribunais.

Em segundo lugar, as características específicas do sistema parlamentarista de Weimar. O presidente do Reich era eleito diretamente pelos cidadãos de toda a República, daí seu caráter plebiscitário, ao contrário dos parlamentares, eleitos indiretamente mediante um sistema de listas partidárias. O chefe do poder executivo era o “chanceler” (o primeiro ministro), que era escolhido mediante indicação pelo Presidente e aprovado pela maioria parlamentar. O parlamento poderia ser dissolvido por decisão do presidente do Reich. Compare com a definição de “guardião” vista acima: o Presidente do Reich não é um típico “poder”, dado que não exerce diretamente, em época de normalidade, a chefia do poder executivo, podendo, portanto, “coordenar” conflitos entre o parlamento e o chefe do poder executivo.

Em terceiro lugar, o presidente possuía amplas competências emergenciais fixadas no artigo 48, fixados em termos muito mais abertos do que ocorre atualmente em constituições contemporâneas:

Art. 48, §2. Se a segurança pública e a ordem no Reich alemão estiverem significativamente perturbadas ou em perigo, o Presidente do Reich poderá intervir, se necessário, com a ajuda das forças armadas para restaurar a segurança e a ordem pública [...].

Em quarto lugar, por fim, o fato de que o presidente, por juramento exigido constitucionalmente no ato de posse, deveria promover a “*proteção da constituição*” (art. 42).

Esses quatro aspectos da Constituição de Weimar deveriam fazer com que a tese de Schmitt sobre as competências do presidente da República fossem menos polêmicas do que de fato são. Mesmo os mais ardorosos defensores do controle judicial de constitucionalidade, nas suas mais diversas modalidades, deveriam conceder que, enquanto descrição da constituição então vigente, sua tese era no mínimo plausível.

Nos debates travados por ocasião da Assembleia Constituinte, foi expressamente sugerido por Friedrich Naumann (constitucionalista considerado um dos “fundadores”, ao lado de Hugo Preuß) que o presidente deveria funcionar como um remédio institucional para enfrentar “a possibilidade de que, no parlamento

do Reich, não possa ser encontrada uma maioria e que, por conseguinte, não possa, sem mais, ser formado um governo.” (apud SCHMITT, 2016, p. 139). Neste mesmo sentido, Reinhard Mehring (cf. 2014, p. 196) afirma que os fundadores da constituição de Weimar – inclusive Max Weber – temiam uma espécie de absolutismo parlamentarista e pensavam que o parlamentarismo recém-criado precisava de um presidente do Reich dotado de força institucional, um “substituto ao imperador” para contrabalançar a possível fragmentação partidária parlamentar e ausência de governo daí decorrente. Isso confere plausibilidade à interpretação de Schmitt sobre o presidente do Reich como figura central num sistema de instituições destinadas a estabilizar o processo político.

Schmitt não desprezava os riscos inerentes a esse arranjo institucional. Por exemplo, em 1925, afirmou que, graças a esse modelo altamente concentrador de poder no *Reichspräsident*: “*um novo presidente pode mudar completamente a face da constituição de Weimar [...] Nós podemos dizer que nenhuma outra constituição no planeta torna um coup d'état legal tão fácil como a constituição de Weimar*” (apud MEHRING, p. 196). No entanto, em *Der Hüter der Verfassung* Schmitt ressalva que, se o parlamento é capaz de “formar uma maioria e agir”, ele encontra na Constituição todos os “direitos e possibilidades” para “fazer valer sua vontade perante o presidente e o governo”, se impondo com o “fator normativo da volição estatal” (SCHMITT, 2016, p. 131). E se o parlamento não estiver em condições de agir coletivamente? Então ele “não tem o direito de exigir que também todos as outras autoridades responsáveis se tornem incapazes de ação.” (SCHMITT, 2016, p. 131). Em última instância, portanto, a responsabilidade por esse problema reside no parlamento, que, sendo incapaz de formar maiorias estáveis capazes de governar, força o presidente a atuar.

Sobretudo a partir de 1929, diante de uma dramática crise política e econômica e da dificuldade de formar maiorias parlamentares capazes de formar um executivo estável, o presidente passou a recorrer cada vez mais aos decretos, com fundamento no art. 48.⁹ No ápice da crise, os partidos que rejeitavam o regime de Weimar – os comunistas do KPD e os nazistas do NSDAP – se uniram para formar uma “maioria negativa” parlamentar: opostos entre si de forma extremada no espectro político, mas capazes de impedir a formação de qualquer governo.

Apenas em 1932, na decisão sobre a intervenção do Reich na Prússia, é que o tribunal afirmou sua autoridade para rever os atos do executivo quanto à decisão de intervenção (embora a decisão em si mesmo não tenha revertido aquela intervenção). Essa decisão foi respeitada pelo presidente, mas isso gerou a consequência de dificultar a continuidade do governo por decreto presidencial. Assim, a consequência indireta da expansão do controle judicial sobre os poderes presidenciais foi tornar impossível a continuidade de um governo presidencial extraordinário sem maioria parlamentar, o que naquele contexto impunha ao presidente as alternativas de uma negociação parlamentar com o NSDAP para formar uma maioria parlamentar ou convocar novas eleições, assumindo o risco de um crescimento do peso do NSDAP.

Em 1958, no posfácio a uma nova edição de *Legalidade e Legitimidade* (2004), Schmitt afirmou que aquele seu ensaio, publicado no contexto da crise de 1932-33, era “uma tentativa desesperada de salvar a última esperança da Constituição de Weimar, o sistema presidencial, frente a uma forma de teoria jurídica recusava a enfrentar a questão do amigo e inimigo da Constituição.” (SCHMITT, 2004, p. 95). No caso, o “inimigo” da Constituição era representado pela “maioria negativa” formada pelos partidos extremistas anti-Weimar, o KPD e o NSDAP, que juntos inviabilizavam a formação de um executivo estável, uma situação insustentável no contexto de dramática crise econômica, social e política. Essa afirmação é coerente com sua intervenção pessoal nos instantes finais da crise que pôs fim ao regime de Weimar,

⁹“Por razões práticas, até os social-democratas concordaram em tolerar o questionável governo por decreto, até que o Reichstag fosse novamente capaz de funcionar. Como pensavam republicanos como Thoma e Walter Jellinek, se o Reichstag não era capaz de agir, então a segunda metade do sistema constitucional democrático, o presidente e o gabinete, tinham que assumir poderes mais amplos até que a crise fosse superada.” (CALDWELL, 1997, p. 109).

quando demonstrou apoio e buscou influenciar o plano do conservador Kurt von Schleicher, o último chanceler alemão antes de Hitler, que visava impedir a indicação de Hitler à chancelaria, o que incluía a decretação de emergência constitucional, a dissolução do parlamento, o adiamento das eleições e um governo por decreto presidencial.¹⁰ É por isso que Schmitt vincula a indicação de Hitler à chancelaria – e a consequente derrocada do regime – a uma “falsa concepção de legalidade”, segundo a qual o tribunal é competente para rever questões essencialmente políticas, como a edição dos decretos presidenciais do art. 48 em situação de emergência¹¹: “nos dias decisivos antes de 30 de janeiro, o governo do Reich capitulou com um falso conceito de legalidade e a ameaça de novos julgamentos perante o *Staatsgerichtshof* se tornou uma arma jurídica eficaz” (2004, p. 101). A expansão da atuação do tribunal para o domínio dos conflitos políticos não gerou mais “efetividade da Constituição”, mas sim colaborou para acelerar a crise final da república de Weimar (cf MEHRING, p. 265).

Para uma perspectiva essencialmente “precaucionária” isso pode parecer um “paradoxo”. Afinal, quanto maior a possibilidade de submissão da “política” (sobretudo do poder executivo) à jurisdição constitucional, maior a efetividade constitucional. Mas Schmitt rejeita essa concepção “equivocada de legalidade”, com argumentos que poderiam equipará-la ao que Vermeule denominou “constitucionalismo de precaução”. Ao final, o equívoco da concepção é que ela impede ou ao menos dificulta que, em meio a uma crise institucional de gigantescas proporções, a principal função de uma Constituição seja desempenhada: “é o sentido de qualquer constituição sensata que permita a formação de um estado e de um governo capaz de governar.” (SCHMITT, 2016, p. 115). Esse é um típico “argumento de perversidade”: um poder executivo “precaucionariamente” enfraquecido, com o objetivo de reduzir ao máximo o risco político, pode promover exatamente o malefício que se buscava coibir, estimulando ações governamentais à margem da Constituição. A adoção excessiva de disposições constitucionais que impedem o poder executivo de agir com vigor, longe de evitar o arbítrio político enfraquecendo o poder presidencial, pode estimular exatamente o oposto, a ruptura institucional.¹² No contexto de Weimar, a defesa da ordem constitucional (e não de disposições particulares da constituição) exigia enfrentar os partidos extremistas (NSDAP e KPD) e permitir a formação de um governo capaz de atuar, algo muito além das capacidades políticas dos tribunais ordinários. Seria ingênuo imaginar que, naquele contexto, a existência de uma corte constitucional forneceria meios eficazes para cumprir uma tal tarefa.

Ulrich Preuß (2016) tem razão quando afirma ser uma “ingenuidade” considerar Schmitt (com base nos argumentos algo indulgentes apresentados no posfácio de 1958) um “apaixonado defensor da constituição de Weimar”. De fato, são bastante conhecidas as críticas de Schmitt a aspectos centrais daquele regime, como por exemplo a fragmentação partidária parlamentar e – um dos temas centrais de Legalidade e Legitimidade – a ausência de limites materiais expressos ao poder de reformar a constituição

¹⁰“Quando Schleicher fez uma tentativa final de implementar o plano do estado de emergência, impedindo assim a nomeação de Hilter, Schmitt tentou convencê-lo (...) a escolher uma maneira de agir juridicamente menos controversa - ou seja, a não aceitação de um voto sem confiança e confirmação de seu governo pelo Reichspräsident” (MEHRING, 2014, pp. 270-271). Schmitt pretendia com isso reduzir as resistências do presidente Hindenburg. A proposta de Schleicher, “provavelmente a última chance de sobrevivência de Weimar” (MEHRING, 2014, 271), foi amplamente rejeitada por todos os partidos. A influência de Schmitt como assessor jurídico antes do segundo semestre de 1932 era pequena, embora seja superdimensionada em algumas interpretações (Cf. MEHRING, 2014, p. 252)

¹¹Voltaremos a esse ponto nos itens 5 e 6 adiante.

¹²Vermeule (2014) ilustra sua tese citando a passagem de Madison e Hamilton em “O Federalista” n° 20: Uma Constituição fraca tem necessariamente que terminar em dissolução, por falta dos poderes adequados, ou na usurpação de poderes indispensáveis para a segurança pública. Que a usurpação, uma vez começada, se detenha no ponto salutar, ou prossiga até o extremo perigoso, deve depender das contingências do momento. A tirania originou-se talvez com maior frequência por ser assumido o poder por alguém a quem se apelou, diante de exigências prementes e por causa de uma Constituição deficiente, do que por serem exercidos plenamente os mais amplos poderes constitucionais. (HAMILTON, MADISON, JAY, 2011, p. 205)

por supermaioria parlamentar. No entanto, é equivocado afirmar que as teses de Schmitt em *Der Hüter der Verfassung* são precursoras do totalitarismo pós-1933, apresentando como “prova” de tal conclusão o fato de que Schmitt acredita que ser o presidente do Reich titular de competências excepcionais atribuídas pela constituição alemã de 1919.¹³ Aliás, a percepção de que a fragmentação parlamentar e a instabilidade do executivo resultantes do desenho institucional da constituição de Weimar foram determinantes para a crise de 1933 foram amplamente compartilhadas pelos redatores da atual constituição alemã, a Lei Fundamental de Bonn (1949).¹⁴ Igualmente equivocado é afirmar que textos redigidos no período nazi, quando a Constituição de Weimar não se encontrava mais em vigor, são o desenvolvimento teórico das teses do texto de 1931¹⁵. Em outras oportunidades, a participação pessoal de Schmitt no criminoso regime nazista entre 1933 e 1936, é utilizada para desqualificar (de forma aberta ou velada) as teses do livro publicado em 1931, numa espécie de variação da falácia *reductio ad Hitlerum*¹⁶.

Enfim, a afirmação de Schmitt de que o presidente do Reich é o guardião da Constituição no regime de Weimar pretende ser uma *descrição* das normas positivas de um sistema constitucional específico, não uma *prescrição* de caráter universal, válida para todo e qualquer sistema constitucional¹⁷. Mas para realizar essa descrição, ele se apoia numa perspectiva dos conflitos políticos constitucionais essencialmente “otimizante”, produzindo lições cuja utilidade ultrapassa aquele contexto particular. Nos itens 4 e 5 a seguir, discutirei duas dessas teses, para no item 6 aplicá-las ao debate sobre o status do STF como “guardião” da Constituição brasileira de 1988.

4. Separação e poderes e auto restrição judicial.

Como foi dito acima, a Constituição de Weimar não previa expressamente a competência dos tribunais para o exercício do controle judicial de constitucionalidade da legislação, mas os tribunais alemães passaram a exercer o controle incidental de constitucionalidade com argumentos similares aos utilizados no caso *Marbury versus Madison*. Essa competência foi exercida de modo bastante autocontido, o que é exemplificado pelo fundamento de uma decisão de 1930 do *Staatsgerichtshof*, que Schmitt cita expressamente, concordando, segundo a qual o Tribunal “só pode obstar às decisões do legislador, se é que pode, se carecerem claramente da justificativa interna e se delas se puder dizer, assim, com segurança que contrariam a vontade do legislador constitucional.” (apud 2016, p. 52).

Schmitt endossa a postura de autocontenção do tribunal no exercício do exame material de constitucionalidade, justificando tal competência na idéia de separação de poderes. Sua posição é representativa de um princípio bastante convencional de interpretação constitucional, com sólido amparo doutrinário

¹³Exemplar é a interpretação de Caldwell (1997), para quem Schmitt meramente abriu as portas para a eventual tomada nazista do poder”. (p. 119).

¹⁴Isso é nítido da adoção de um sistema eleitoral com aspectos majoritários, incluindo cláusulas de desempenho para que os partidos possam ingressar no parlamento. Além disso, o processo de escolha e substituição do chefe do chanceler confere maior estabilidade ao governo.

¹⁵Mesmo uma cuidadosa análise da obra de Schmitt, como a realizada por Ronaldo Porto Macedo Jr. (2011) parece sugerir isso ao afirmar que “Em ‘O defensor da Constituição’ [...], Schmitt desenvolve a tese segundo a qual o *Führer* deve ser o verdadeiro guardião da Constituição. [...] Num texto de 1934, ‘O *Führer* protege o Direito’, Schmitt radicaliza tal ideia [...]” (p. 55). O simples uso da expressão “*Führer*”, do texto de 1934, para analisar a interpretação do texto de 1931 sobre o “*Reichspräsident*” é um equívoco que deve ser evitado.

¹⁶“[...] devemos evitar a falácia que nas últimas décadas tem sido frequentemente usada como um substituto da *reductio ad absurdum*: a *reductio ad Hitlerum*. Uma concepção não é refutada pelo fato de ela ter sido partilhada por Hitler.” (STRAUS, 2014, p. 52)

¹⁷Por isso discordo da tese de Kalyvas (2008), para quem a afirmação de Schmitt quanto ao presidente do Reich é um modelo normativo que ultrapassa o contexto particular da constituição de Weimar: “Em uma constituição democrática, afirmou Schmitt, o papel do guardião deveria ser concedido a um presidente eleito democraticamente. Nem um tribunal supremo ou constitucional nem o parlamento podem desempenhar esse papel.” (KALYVAS, 2008, p. 156).

e jurisprudencial: a não ser que a afronta à norma constitucional seja expressa, acima da dúvida razoável, haverá uma interferência indevida dos tribunais no âmbito da política legislativa. Afinal, o controle de constitucionalidade é uma competência institucional que também pode afrontar a constituição, caso não seja exercido com considerável auto-restrição. Essa postura de autorestrição judicial e deferência aos juízos políticos legislativos no exercício do *judicial review* é o tema do clássico artigo de *James Bradley Thayer, The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law (1893)*, que extrai da jurisprudência norte-americana diversas manifestações em defesa desse princípio: “um ato da legislatura não deve ser declarado nulo a menos que a violação da Constituição seja tão manifesta que não deixe espaço à dúvida razoável” (William Tilghman, em 1811, apud THAYER, 1893, p. 140). Essa é coerente com a própria definição de “Guardião”, que como foi visto acima, envolve a capacidade de enfrentar divergências políticas que, por sua natureza, “não podem ser decididas, no geral, judicialmente, caso não seja exatamente o caso de punição por violações constitucionais abertas.” (SCHMITT, 2016, p. 132). Ou seja, na hipótese de flagrante e radical violação, há margem para sua resolução judicial.

Schmitt afirma que uma decisão judicial que nega aplicação a alguma lei por suposta ofensa a “princípios constitucionais” abstratos não pode ser considerada um típico exercício da jurisdição, mas um ato de política legislativa. O fato é que quando um tribunal nega aplicação a uma lei ordinária sob o fundamento de que ela “afronta” a concepção (considerada pelo juiz) de algum princípio constitucional abstrato (“dignidade humana”, por exemplo), apenas formalmente – e com alguma ingenuidade – um tal ato pode ser considerado “interpretação” ou “efetivação” do direito constitucional pré-existente. Trata-se, na verdade, de um ato de “decisão”, de “escolha”, sobre qual deve ser o melhor e mais adequado significado do princípio abstrato. É “legislação constitucional”, portanto: “Toda instância que resolve um conteúdo jurídico duvidoso atua como um legislador sobre o assunto. Se colocar o conteúdo duvidoso de uma lei constitucional fora da dúvida, ele age como um legislador constitucional.” (SCHMITT, 2016, p. 45). Mais uma vez, Schmitt expressa um argumento a favor da autorestrição judicial: apenas diante de contradição flagrante os tribunais devem negar aplicação às leis, do contrário – se revisam a legislação com fundamento em princípios controvertidos – estarão agindo como legisladores, não juízes. É um posicionamento convencional, já amplamente registrado na jurisprudência norte-americana, por exemplo Thomas Charlton, em 1808:

Essa violação de um direito constitucional deve ser tão óbvia para a compreensão de todos quanto uma verdade axiomática (...). O judiciário seria autorizado, sem hesitação, a declarar inconstitucional a lei. Mas quando permanece duvidoso que o legislador tenha ou não invadido a constituição, um conflito deve ser evitado, porque existe uma possibilidade de, nesse caso, a Constituição estar ao lado do legislador. (apud THAYER, 1893, p. 141)

Ao analisar o exercício do controle incidental de constitucionalidade pelos tribunais (o exame material de constitucionalidade), Schmitt é insistente quanto à existência de uma alternativa taxativa e excludente: ou tribunais se limitam a negar aplicação a leis em casos de flagrante contradição de algum dispositivo expresso na Constituição, ou os tribunais estarão praticando um ato de legislação constitucional, sob a forma de sentença judicial.

[...] ou há uma violação óbvia, indiscutivelmente detectável, da constituição, e a Corte exerce um tipo de judiciário repressivo e vingativo [...] ou o caso é incerto e duvidoso, seja por razões de fato, seja devido à incompletude e amplitude necessárias de cada constituição escrita em geral ou à peculiaridade da segunda parte principal da constituição de Weimar em particular, não haverá “questão legal pura” e a decisão do tribunal de justiça é diferente de uma decisão judicial, algo diferente de justiça. (2016, p. 31-32)

Sempre resulta a mesma e óbvia alternativa: ou existe uma contradição óbvia e inquestionável às disposições constitucionais, então o Tribunal pune essa violação, [...]; ou as dúvidas sobre o conteúdo de uma norma são tão justificadas e o conteúdo da norma em si não é tão claro que não pode ser afirmado que há violação, mesmo que o tribunal tenha uma opinião diferente da legislatura ou do governo, cujas ordens estão em conflito com o direito constitucional dúbio. (2016, p. 45)

[...] ou é obviamente uma violação inquestionável da constituição [...]; ou é caso de dúvida, e então a área de justiça é limitada a nada, [...] porque uma presunção geral fala pela validade dos arquivos legislativos e governamentais [...]. (2016, p. 50)

De um lado, típico exercício da jurisdição ordinária, aplicando direito pré-existente a casos concretos. De outro, opção política, escolha, decisão entre alternativas igualmente constitucionais, prática essencialmente legislativa. Essa distinção é apresentada como um corolário da própria idéia de Estado de Direito: “não há Estado de Direito sem uma justiça independente, não há justiça independente sem vinculação material a uma lei e não há vinculação material à lei sem diversidade objetiva entre lei e sentença judicial” (SCHMITT, 2016, p. 36). A independência judicial é uma exigência de um Estado de Direito, mas essa independência não confere ao poder judiciário competências políticas legislativas, como se fosse ele um pequeno Estado soberano ao lado de outros poderes. O judiciário é independente, mas subordinado à constituição, a qual não lhe confere competências de legislador soberano; é independente para julgar nos casos concretos, mas subordinado – “vinculado materialmente” – à legislação que resulta de uma prévia decisão política por instâncias representativas; é independente, mas para julgar de acordo com as leis, não para impor as leis de sua preferência. Daí a necessidade de preservar a “diversidade objetiva entre lei e sentença judicial”. E essa distinção é abolida se, por ocasião do exercício do exame material de constitucionalidade, os tribunais deixam de aplicar legislação ordinária em benefício de alguma opção política particular construída a partir de algum princípio constitucional abstrato e totalmente dependente da vontade e opinião do intérprete.

[...] subsunções determináveis e mensuráveis que permitem padrões devem formar a base da revisão e decisão judicial. A ligação a essa norma também é o pré-requisito e condição de toda independência judicial. Se o juiz deixar o terreno em que realmente existe uma subsunção substantiva e, portanto, um vínculo substantivo com a lei, ele não poderá mais ser um juiz independente, e nenhuma aparência de justiça poderá impedir essa conclusão”. (SCHMITT, 2016, p. 19)

A forma taxativa como Schmitt apresenta a alternativa “ou interpretação literal, ou legislação” resulta de sua correta compreensão da natureza especificamente política do controle de constitucionalidade, por oposição ao típico exercício da jurisdição. Essa distinção entre jurisdições pode ser demonstrada por meio de um exemplo envolvendo o art. 1.228, § 4º, do Código Civil.¹⁸ Um primeiro tipo de controvérsia surge no âmbito de um processo judicial no qual se discute a reintegração de posse: no caso concreto, a solução da controvérsia passa a depender da decisão do magistrado sobre o concreto significado de duas expressões: “considerável número de pessoas” e “interesse social e econômico relevante”. É fácil perceber que qualquer decisão sobre a matéria dificilmente poderá resultar da simples aplicação de postulados normativos capazes de fornecer alguma orientação segura. A decisão será o resultado de uma percepção individual do magistrado, inevitavelmente vinculada às suas opiniões sobre os critérios capazes de auferir a relevância “social e econômica” das obras e serviços no local realizadas¹⁹. E magistrados apoiados em convicções “liberais” ou “socialistas” interpretarão o dispositivo de forma previsivelmente distinta. Mas ainda assim, não há dúvida quanto ao fato de que a lei aplicável à matéria não apenas permite, mas exige, que o juiz realize a avaliação da existência ou não, no caso concreto, desses requisitos. No entanto, o juiz ou tribunal que decide o caso pode ocupar a posição de um “terceiro imparcial”, sem interesse ou vinculação pessoal com a matéria.²⁰

¹⁸Código Civil, art. 1.228, § 4º. O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. (grifei)

¹⁹“Os conceitos abertos existentes no art. 1.228 do CC/2002 propiciam ao magistrado uma margem considerável de discricionariedade ao analisar os requisitos para a aplicação do referido instituto [...]”. (STJ, 2018). Agradeço ao professor Guilherme H. L. Heinig a sugestão deste julgado.

²⁰“A posição especial do juiz no Estado de Direito, sua objetividade, sua posição sobre as partes, sua independência e inamovibilidade, tudo isso se baseia no fato de que ele apenas decide com base em uma lei e sua decisão se baseia em outra, mensurável e previsível, contida e derivada da lei”. (2016, p. 37-38)

Compare agora com um caso hipotético: o Supremo Tribunal Federal examina a constitucionalidade do § 4º do art. 1228 do Código Civil, avaliando eventual afronta ao disposto na CF/88, art. 5º, XXII: “é garantido o direito de propriedade.” Ao final, por maioria de 6 x 5, prevalece no tribunal a tese de que o dispositivo legislativo que autoriza um juiz a privar o proprietário de seu imóvel é uma evidente afronta ao Direito fundamental à propriedade privada. Em ambos casos, juízes decidem com base em alguma convicção política – ao menos implícita. E algum efeito político sempre resultará das decisões, em virtude da redistribuição da propriedade privada entre os membros da comunidade. Mas a diferença é crucial. No primeiro caso, de jurisdição ordinária, magistrados e tribunais proferem sentença (controvertida) apoiados em expressa decisão política anterior tomada no âmbito do processo legislativo representativo: o Código Civil. E se eventualmente as seguidas aplicações judiciais do dispositivo despertarem a percepção pública de que uma tal prática judicial produz mais malefícios que benefícios, o mesmo poder legislativo representativo pode revogar a lei ou alterar sua redação, aprimorando-a. Daí que mesmo diante das infundáveis controvérsias que atingem a interpretação do art. 1228 do CC, o juiz ainda poderá atuar como um “terceiro imparcial” na decisão do caso. Trata-se aqui da

Neutralidade no sentido de objetividade e objetividade com base em uma norma reconhecida. Esta é a neutralidade do juiz, desde que ele decida com base em uma lei reconhecida e determinável. [...] Essa neutralidade leva uma decisão, mas não a uma decisão política” (SCHMITT, 2016, p. 114).

Já no segundo caso, de jurisdição constitucional, um tribunal revisa a decisão política legislativa, decidindo revogá-la com fundamento na opinião (que a maioria da corte entende ser a correta) sobre o significado da expressão “direito de propriedade”. Embora proferida por um tribunal no âmbito de um processo judicial, trata-se nitidamente de uma decisão de natureza geral e abstrata sobre qual norma deve vigorar sobre toda a comunidade. É neste sentido que devemos entender a afirmação de que “toda justiça (justiz) está vinculada a normas e termina quando o conteúdo das próprias normas se torna duvidoso e controverso” (SCHMITT, 2016, p. 18).

Além disso, ao declarar a inconstitucionalidade do dispositivo do código civil o tribunal não atua – institucionalmente falando – como um “terceiro imparcial”. Afinal, toda instituição que decide de forma inapelável sobre alguma matéria politicamente controvertida, proferindo a “última palavra” sobre a validade de uma norma, decide politicamente. Quando um tribunal decide se o poder legislativo exorbitou de suas competências políticas está decidindo simultaneamente sobre (1) os limites do poder legislativo (2) sua própria competência – do tribunal – para avaliar o desempenho dos demais poderes (Cf. WALDRON, 2016, pp. 195-245). Enfim, no exercício do controle judicial de constitucionalidade, inevitavelmente a corte “julga em causa própria”, sobre seus próprios limites para fiscalizar as demais instituições. E se é assim, na decisão proferida em sede de controle judicial de constitucionalidade, pelo seu caráter político-legislativo (estabelece a norma geral e abstrata em vigor) e parcial (o próprio tribunal avalia quais são seus limites, julgando em seu próprio benefício, institucionalmente falando), uma tal decisão carece da figura do “terceiro imparcial”, essencial para um processo tipicamente judicial.

É um caso que exemplifica aquilo que Jeremy Waldron denomina “as circunstâncias da política”: “a discordância entre os cidadãos quanto ao que devem fazer, como corpo político” acrescida da “necessidade sentida de agir conjuntamente, embora discordemos quanto ao que fazer” (WALDRON, 2003, p. 187). Em nosso caso, os membros da comunidade simultaneamente (1) divergem irremediavelmente sobre “o que fazer” em relação à proteção da propriedade privada e à exigência de que a propriedade cumpra sua “função social”, e (2) desejam estabelecer um critério de “ação” que seja válido para toda a comunidade. O art. 1228, § 4º, do CC, exemplifica exatamente um tipo de decisão política com a qual representantes da comunidade buscam estabelecer critérios, gerais e abstratos, de cooperação. Por isso, se um tribunal é provocado a avaliar a constitucionalidade desse artigo, ele deve se limitar a verificar se o mesmo afronta expressamente algum dispositivo constitucional, ao invés de investir em “construções” interpretativas

sobre o significado de princípios abstratos. Por isso, no exercício da jurisdição constitucional, “a questão essencial não é qual é o verdadeiro significado da Constituição, mas se a legislação é sustentável ou não” (THAYER, 1893, P. 150).

É por isso que Hans Kelsen, quando critica a distinção schmittiana entre “interpretação” e “legislação”, se equivoca. Ele basicamente insiste no fato de que é normal que, no exercício da jurisdição, a decisão judicial será inevitavelmente “criativa” em algum grau, dado que a diferença entre interpretação e legislação é apenas de “grau”, não de “natureza”. Em outras palavras, segundo Kelsen, o juiz deve também “decidir” e “criar”, preenchendo uma moldura normativa que lhe foi delegada pelo legislador (KELSEN, 2003, pp. 250 e ss). Mas Schmitt não ignora o fato de que, no exercício da jurisdição, algum grau de “criação” de Direito pela via da decisão judicial é inevitável. Esse é, aliás, o tema de um de suas primeiras obras, de 1912, *Gezets und Urteil (Lei e Juízo)*, um “exame sobre o problema da práxis judicial” (Cf. SCHMITT, 2012, pp. 5 e ss).²¹ O problema é que, politicamente, é inteiramente diferente afirmar a “criatividade judicial” no âmbito da aplicação da legislação infraconstitucional, como no caso do art. 1228, § 4º, do CC/02, e a “criatividade judicial” no exercício da jurisdição constitucional, interpretando diretamente disposições constitucionais como o inciso XXII, do art. 5º, da CF/88. No primeiro caso, a “legislação” judicial pode ser eventualmente contida ou inviabilizada mediante decisão do poder legislativo, revendo a autorização conferida através dispositivo do Código Civil. No segundo caso, um tribunal estará livre para “legislar” sem possibilidade de revisão por instituições politicamente representativas. Este ponto será desenvolvido nos próximos dois itens.

5. Judicialização da política, politização da justiça.

Em *Der Hüter der Verfassung* Schmitt desenvolveu uma crítica à expansão das competências políticas dos tribunais, apontando o risco de surgimento de uma “*Aristokratie der Robe*” (2016, p. 156), uma aristocracia da toga, um aristocrático “governo de juízes”.²² Seus argumentos podem ser compreendidos como casos típicos de “futilidade” e “perversidade”, no sentido que Adrian Vermeule confere a essas expressões. Já em *Verfassungslehre* (2003), Teoria da Constituição, cuja primeira edição é de 1927, comentando algumas das propostas de reforma da Constituição de Weimar para criação de um Tribunal constitucional, ele afirma: “Separar aqui as questões jurídicas das políticas e pensar que um assunto jurídico-político pode despolitizar-se, seria uma ficção confusa” (p. 118). E a seguir critica os argumentos de Gerhard Anschütz, talvez o principal comentarista da Constituição de Weimar:

[Ele] quer que se transfira a um Tribunal de Estado para o Reich alemão a decisão de *todos* os litígios sobre interpretação e aplicação da Constituição do Reich, mas lhe parece uma “coisa clara” que o Tribunal haveria de decidir somente questões jurídicas, em contraposição às questões políticas. “Não creio – diz ele – que neste ponto se deva observar alguma outra coisa”. Temo que, pelo contrário, a questão comece neste ponto. Por isso, ao invés de um tribunal com sua aparência de formas judiciais, decide com mais dignidade uma instância política, algo como um “Senado”, ao modo das Constituições napoleônicas, que previam um chamado *Sénat conservateur* para a defesa da Constituição (...). Se não, existe **o perigo de que, ao invés de levar o Direito à política, se leve a política à justiça, corroendo sua autoridade.** (SCHMITT, 2003, 118-119) (Grifei)

Schmitt desenvolve essa idéia em *Der Hüter der Verfassung*, identificando e rejeitando “uma idéia abstrata e incompreendida do Estado de Direito” que nos impele a equivocadamente considerar como

²¹Para uma defesa da posição kelseniana neste debate, cf. especialmente José Lamego (2019, pp. 196-199); Stanley Paulson (2016, pp. 510-546. Para uma interessante crítica ao instituto do controle judicial de constitucionalidade, aproximando as teses de Carl Schmitt e Jürgen Habermas quanto a esse ponto, cf. Delamar Volpato Dutra (2018, p. 15).

²²Ran Hirschl (2004) utiliza expressão similar para criticar a judicialização da política levada a cabo pelo constitucionalismo contemporâneo em seu *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*.

[...] natural conceber a resolução judicial de todas as questões políticas como um ideal do estado de direito e ignorar o fato de que, se o judiciário se expandir para um assunto que não pode mais ser judicial, o judiciário só poderá ser prejudicado. Porque (...) o resultado não seria uma juridificação da política, mas uma politização do judiciário. (SCHMITT, 2016, p. 22)

Essa “ideia abstrata e incompreendida de Estado de Direito” é amplamente predominante na teoria constitucional contemporânea, sobretudo se observarmos as versões mais idealizadas do princípio da “supremacia da constituição”, para as quais a “Constituição jurídica subordina a política ao Direito” (SAJÓ; UITZ, 2017, p. 23). Trata-se de um desenvolvimento do clássico ideal de um “governo das leis”, por oposição a um arbitrário “governo dos homens”: um Estado no qual as decisões e competências dos agentes políticos estão subordinadas à autoridade de uma Constituição plenamente vinculante. Em termos mais exigentes, essa ideia pode ser expressa em termos de uma afirmação da “soberania da Constituição”, característica de um Estado materialmente efetivamente constitucional: “no Estado Constitucional há somente competências delimitadas pelo Direito Constitucional vigente.” (KRIELE, 2009, p. 179). De acordo com tal concepção, não existe qualquer autoridade que possa ser considerada soberana, exceto a própria Constituição: “Se há algum soberano, é a Constituição.” (Cf. BÖCKENFÖRDE, 2017, p. 143 e ss.). Isso implica que todo poder político, todo órgão ou instituição, encontra-se abaixo da Constituição. Isso se aplica não apenas aos órgãos dos poderes legislativo e executivo, mas mesmo à autoridade do “povo”, definido como um órgão dotado de procedimentos e competências específicas (plebiscitos, referendos, eleições etc). Assim, “cada tipo de ação estatal [...] deve estar vinculada retroativamente à constituição. Ele exige uma cobertura constitucional que autorize ou pelo menos permita essa ação.” (BÖCKENFÖRDE, 2017, p. 143).

No caso brasileiro, tais crenças eram compartilhadas por boa parte dos membros da Assembléia Nacional Constituinte e influenciaram a adoção de um sistema de controle de constitucionalidade tipicamente “precaucionário” na Constituição de 1988: muitos agentes com poder de ingressar com ações de controle concentrado; diversas ações que permitem revisar judicialmente inclusive a omissão legislativa; competências “difusas” de controle, para todo o poder judiciário.²³ Enfim, a intenção da assembleia nacional constituinte parece ter sido a de criar um sistema “robusto e redundante”, sob o fundamento aparente de que quanto mais instituições e procedimentos judiciais com poder de revisar os atos políticos legislativos e administrativos, mais a efetividade da constituição estaria garantida. O princípio que orientou a adoção do modelo de controle de constitucionalidade atualmente em vigor no Brasil parece ter sido “mais controle judicial gera maior efetividade constitucional”. A natureza precaucionaria da concepção é evidente: pretende enfrentar o risco de arbitrariedade submetendo as questões políticas à autoridade judicial, de modo que as decisões possam ser revistas no âmbito de um criterioso procedimento jurisdicional, com partes que se enfrentam argumentativamente, arbitradas por um terceiro imparcial responsável por fazer valer a Constituição. Essa pretensão é levada ao extremo em certas defesas da autoridade de tribunais constitucionais, que conferem às cortes uma legitimidade para “representar o povo” de uma forma “purificada”. Um exemplo é a tese de Robert Alexy (2015, p. 53-54):

O princípio fundamental: “Todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente.

De um lado, a política, com seus conhecidos vícios; de outro, o “discurso racional”. Porém, com Schmitt e contra Alexy, é possível objetar que “é um truque especificamente político apresentar a própria visão como apolítica e colocar as perguntas e opiniões do oponente como políticas.” (SCHMITT, 2016, p. 3). E nisso consiste o “formalismo” dessa compreensão do Estado de Direito: a tentativa de justificar de

²³Para uma análise dos conflitos interpretativos resultantes de nosso complexo sistema de controle da administração pública, cf. SOARES (2017).

modo artificial a expansão da autoridade judicial para decidir sobre matérias essencialmente políticas. Pretende-se com isso conferir caráter “judicial” às decisões políticas simplesmente em virtude do fato de que tais decisões são agora tomadas por tribunais. Pretende-se assim ocultar a natureza do problema de um modo puramente conceitual: o “Direito” é artificialmente equiparado à “justiça” (Justiz); a seguir, “justiça” é tudo aquilo que é feito por uma autoridade judicial. Com isso, decisões essencialmente políticas podem ser praticadas por agentes que integram tribunais ao mesmo tempo que reivindicam para tal atividade o status de “aplicação do direito”. (Cf. 2016, p. 38). Esse “formalismo” está presente também no controle incidental de constitucionalidade com base em princípios abstratos: toda decisão tomada por um magistrado no âmbito de um processo judicial é, em decorrência desse simples fato formal, definida como típico exercício da jurisdição; e sendo exercício da jurisdição, princípios constitucionais abstratos estão sendo aplicados ao caso concreto. No entanto, essa expansão da justiça para domínios essencialmente políticos não altera a natureza do conflito. Pelo contrário, as matérias permanecem políticas, só que agora objeto de decisão pela “justiça”:

Nenhuma formalidade judicial poderia esconder o fato de que tal Tribunal do Estado ou constitucional seria uma instituição altamente política com poderes constitucionais. Do ponto de vista democrático, dificilmente seria possível transferir essas funções para uma *aristocracia da toga*. (2016, p. 155-56).

Esse é um argumento recorrente em Schmitt: a judicialização da política corresponde a uma tentativa de “despoliticização”. No entanto, no máximo ela elimina um tipo de política, a política partidária pois:

[...] a política é inevitável e impossível de erradicar. [...] a peculiaridade da política reside no fato de que toda área concebível da atividade humana pode ser política e imediatamente se torna política quando surgem conflitos e questões decisivas nessa área. Portanto, é um equívoco e uma frase enganosa, se não fraudulenta, sugerir que a despoliticização significa que a responsabilidade e o risco inconvenientes da política podem ser evitados e erradicados. Tudo o que é de alguma forma de interesse público é de alguma forma político, e nada que diga respeito essencialmente ao Estado pode ser seriamente despoliticizado. (2016, p. 111).

As tentativas de “despoliticização” pela via da expansão das competências judiciais, além de manter o risco de arbitrariedade existente em toda decisão política, acrescenta riscos adicionais. Graças a essa expansão, “o Guardião torna-se facilmente senhor da Constituição e surge o perigo de um duplo chefe de Estado” e com isso também “um órgão inamovível, irresponsável e que decide à sua discrição.” (SCHMITT, 2016, p. 7). Aqui Schmitt apresenta um típico argumento de “perversidade”: no objetivo de “minimizar” o risco de arbitrariedade política (das instituições explicitamente políticas, o legislativo e o executivo) a “maximização precaucionária” do controle judicial criou as condições para que praticamente qualquer assunto politicamente relevante possa ensejar alguma espécie de revisão judicial. Com isso, o risco de arbitrariedade política não foi anulado, mas transferido de instituição e potencialmente ampliado.²⁴

6. O STF é o guardião da Constituição de 1988?

Poderíamos extrair alguma lição de Carl Schmitt que seja útil ao debate sobre o “guardião” da Constituição brasileira de 1988? À primeira vista, seria possível questionar a própria existência de um “debate”, posto que nossa Constituição expressamente estabelece que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (art. 102). A despeito de qualquer valor teórico-abstrato das teses de Carl Schmitt, essa disposição expressa do texto não deveria encerrar qualquer dúvida estritamente dogmática? O posicionamento amplamente majoritário em nossa doutrina constitucional certamente entende que

²⁴Benjamin Schupmann (2017), comentando as teses de Hüter der Verfassung, afirma que “a marginalização do judiciário em sua teoria é decepcionante por que ela parece ser uma solução alternativa plausível aos perigos do abuso de poder pelo legislativo ou pelo executivo quando as relações de balanceamento entre esses poderes se tornaram disfuncionais.” (SCHUPMANN, 2017, p. 171) É difícil entender de que modo a rejeição de Schmitt à expansão das competências judiciais possa ser considerada “decepcionante”, pois, certa ou errada, essa rejeição é coerente com o diagnóstico realizado por Schmitt. Não pode haver “decepção” se ele não sugeriu conclusão distinta.

sim. E não se trata apenas das análises estritamente doutrinárias. A imagem de um “STF guardião da Constituição” parece ser amplamente dominante na opinião pública de modo geral. Por exemplo, em uma excelente análise, realista e rigorosa, sobre a atuação do STF nas últimas décadas, é possível ler:

O Supremo Tribunal Federal foi alçado a guardião da Constituição pela política para preservar de ataques circunstanciais o pacto social firmado pós-ditadura. Combater o STF é atacar a Constituição de 1988. Ameaçar o Supremo é um comportamento autocrático, um primeiro sinal do desejo de quem quer governar sem democracia. Esvaziar o tribunal é comprometer o sistema de garantias e direitos individuais. (RECONDO e WEBER, 2019, p. 26)

São muitos os postulados dados como óbvios, mas eles merecem maior atenção. Em primeiro lugar, é necessário distinguir entre o que é um “ataque autocrático” às instituições típicas de um Estado constitucional (separação de poderes, por exemplo), e as críticas que podem ser levantadas não apenas à atuação do Tribunal nas últimas duas décadas, mas da amplitude das competências estabelecidas pela Constituição. Ora, defender um STF “esvaziado” em termos de competências políticas não é sinônimo de autocracia: o compromisso com o Estado de Direito é perfeitamente compatível com a defesa de um modelo de controle de constitucionalidade a ser exercido com exclusividade por um tribunal constitucional dotado de competências bem mais restritas do que as atualmente possuídas pelo STF. Esse é o modelo adotado na maioria das democracias constitucionais mundo afora, sobretudo na Europa continental. Isso para não mencionar a sabida existência de democracias constitucionais consolidadas que não possuem qualquer forma de controle judicial de constitucionalidade.

Em segundo lugar, é possível questionar se o Tribunal foi mesmo “alçado a guardião da Constituição pela política” e tornado o responsável pela defesa do “pacto social pós ditadura”. Não é correto simplesmente supor que “a política”, aqui entendida como as forças políticas organizadas, os partidos e agentes relevantes etc., de fato atribuiu ao STF essa competência. É possível que essa “atribuição” seja uma justificativa a posteriori, uma racionalização posterior aos fatos que, no contexto da progressiva judicialização da política intensificada a partir dos anos 2000, passou a ser utilizada como “prova” de uma decisão da Assembleia Nacional Constituinte capaz de legitimar essa mesma expansão de competências judiciais.

Em terceiro lugar, uma tarefa de tal natureza, como na Alemanha dos 1930 e em qualquer outro momento da história, pode demandar força e capacidade de ação institucional que excedem em muito as típicas competências decisórias de tribunais no âmbito de processos judiciais.

Em quarto lugar, por fim, é necessário considerar a hipótese de que o próprio tribunal, no exercício de suas competências, possa oferecer riscos autocráticos à vigência da Constituição. Afinal, boa parte dos argumentos em defesa da jurisdição constitucional que gozam de elevada reputação institucional entre nós (inclusive entre ministros do próprio STF), aponta para um tribunal que pretende atuar não como “guardião”, mas sim como “senhor e soberano” da constituição.

Na verdade, o principal mérito do excelente trabalho de Recondo e Weber (2019) é descrever o processo mediante o qual, nos anos recentes, o STF foi levado para o centro da arena política, passando a ser percebido pelos atores políticos como um “igual” – com a óbvia consequência do surgimento de reações políticas. Comentando o chamado “inquérito das fake News”, eles afirmam tratar-se de:

uma tentativa de recompor a redoma que tradicionalmente protegia o STF e que foi fragilizada pelas novas gerações de ministros – fosse com brigas internas e estratégias artificiais para favorecer suas agendas próprias fosse contorcendo argumentos, virando casaca e desprezando a jurisprudência do tribunal, fosse usando a imprensa para atacar os adversários. Mas acabou por fragilizar ainda mais a instituição. (RECONDO e WEBER, 2019, p. 25)

Nas últimas décadas no Brasil, o processo crescente de judicialização das mais variadas matérias políticas foi justificado, em grande medida, como uma espécie de respeito ou “efetivação” da supremacia da Constituição. Afinal, “a consequência prática da supremacia da constituição é que matérias que são

constitucionalizadas ficam além do âmbito do processo legislativo ordinário, portanto da política ordinária” (SAJÒ; UITZ, 2017, p. 24). Esse processo é descrito em termos generosos como uma maior efetivação da Constituição, uma “constitucionalização” do Direito em geral:

um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. (BARROSO, 2018, p. 535).

Especialmente os próprios ministros do STF passaram a reivindicar para a corte que integram uma espécie e legitimidade política ampliada, cada vez mais em evidente concorrência de funções com o parlamento. Tome-se como exemplo a ADI nº 3510 (julgado em 2008), o primeiro caso no qual nossa corte constitucional utilizou o procedimento das audiências públicas. A nova prática de “deliberação” judicial foi celebrada em termos que festejavam a legitimidade política do tribunal. O então presidente da Corte, Ayres Britto, identificou nas audiências públicas um “notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa” (STF, 2010, p. 145). Por sua vez, o ministro Gilmar Mendes afirmou:

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do Povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos amici curiae, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. (STF, 2008, p. 599)

Essas afirmações exemplificam com perfeição uma técnica de discurso muito comum entre os defensores das capacidades judiciais: “construímos [...] um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar.” (WALDRON, 2003, p. 2). Ora, como é possível qualificar de “democracia participativa” um procedimento que permite a alguns pareceristas, durante poucos minutos cada um, oferecerem argumentos a partir dos quais o tribunal decidirá com total autonomia? E é plausível esperar que um Tribunal composto por apenas 11 pessoas seja capaz de representar o povo, ainda que “argumentativamente”? Não seria tal afirmação, oriunda de um de seus membros, apenas a celebração de uma competência política auto-atribuída, sem o necessário respaldo dos representados? Os “discursivamente representados” foram consultados quanto à mudança nas regras do processo representativo? Ou foram apenas “discursivamente informados”, de que a partir de agora, estariam representados pelo STF?²⁵

Recentemente, outro ministro do tribunal desenvolveu argumentos que radicalizam esse viés, com ainda menos modéstia. Para Luís Roberto Barroso (2017), o STF desempenha diversas funções, sendo a mais conhecida dentre elas a de fiscal “contramajoritário” do processo legislativo. Esse papel é definido nos termos tradicionais, como uma proteção dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático, contra maiorias potencialmente tirânicas. Mas são as duas outras funções definidas por Barroso, a “representativa” e a “iluminista”, que chamam mais a atenção. A capacidade representativa se apoia numa imagem essencialmente negativa da política ordinária, que é desqualificada como populista “de esquerda” (na América Latina) e “xenófoba” (na Europa), com debates públicos deteriorados e desconectados da sociedade civil, que vê as instituições representativas com “desconfiança e desprezo” (Cf. BARROSO, 2017, p. 52). Além disso, políticos precisam de recursos vultuosos para disputarem eleições, o que obriga os candidatos a buscarem financiamento econômico e empresariais: “esse fato produz uma inevitável aliança com alguns interesses particulares” (BARROSO, 2017, p. 56), algo que, no entendimento de Barroso, macula o processo legislativo. Por outro lado, a magistratura é enaltecida pela forma de seleção de seus membros, pelo concurso público capaz de selecionar “pessoas vindas de diferentes origens sociais”,

²⁵Discuti esse caso em Oliveira (2009).

produzindo assim um “drástico efeito democratizador do judiciário” (BARROSO, 2017, P. 56). E por não dependerem dos vultuosos recursos necessários às campanhas eleitorais, conclui que juízes “são capazes de representar melhor – ou com mais independência – a vontade da sociedade” (BARROSO, 2017, p. 56). Como então justificar a autoridade do STF, um tribunal cujo aceso sabidamente não apenas não ocorre mediante concurso público, mas demanda indicações presidenciais, aprovação pelo senado e óbvias articulações políticas? A resposta de Barroso é surpreendente: “na prática [...] a quase totalidade dos ministros integrantes da Corte é composta por egressos de carreiras jurídicas cujo ingresso se faz por disputados concursos públicos” (BARROSO, 2017, p. 56). Uma aprovação em concurso público para alguma carreira jurídica, normalmente ocorrida no início da vida profissional, é a prova da capacidade representativa do membro da corte constitucional.

Ainda mais controversa, porém, é a função “iluminista” da corte: “Para além do papel puramente representativo, tribunais constitucionais desempenham, ocasionalmente, o papel iluminista de empurrar a história quando ela emperra.” (BARROSO, 2017, p. 60). Barroso reconhece a necessidade de moderação no uso dessa competência, dados os riscos democráticos que ela representa, mas é categórico quanto à autoridade da própria corte para decidir quando exercer tal competência.²⁶ Ora, é difícil imaginar uma divergência que exemplifique melhor a natureza do conflito político do que as disputas sobre qual é a “direção correta” para a qual a História deve ser “empurrada”. Conferir a uma pequena elite de membros do tribunal a competência para “empurrar” adiante um povo incapaz de “encontrar a direção correta” é algo que evoca menos uma imagem iluminista que a de um déspota esclarecido.

Essas idealizações do Tribunal constitucional, “representante discursivo” ou “iluminista”, podem ser criticadas mediante argumentos de “perversidade”, com as palavras de Schmitt em *Der Hüter der Verfassung*: a expansão da justiça para domínios essencialmente políticos não altera a natureza do conflito político. Pelo contrário, além de manter o risco de arbitrariedade existente em toda decisão política, acrescenta o problema da politização da justiça, com seus próprios riscos implícitos. Ao contrário do que ocorre com parlamentos e o poder executivo, o tribunal constitucional não é responsável perante eleitores e estará ainda mais livre para impor sua própria pauta política, discricionariamente. Ora, nem mesmo o mais ardoroso defensor de uma atuação “criativa” dos tribunais pode negar que, ao menos em parte, uma das consequências práticas desse processo tem sido o “emponderamento” das cortes, que agora dispõem de meios para agir politicamente em defesa de seus interesses burocráticos-institucionais particulares.²⁷ Naturalmente que essa possibilidade não é suficiente para rechaçar o controle de constitucionalidade, mas sim, deveria bastar para motivar análises mais realistas e menos auto-celebratórias. Afinal de contas, “é mesmo uma das manifestações típicas da vida constitucional que um organismo que toma consciência de sua influência política expanda cada vez mais o alcance de seus poderes” (SCHMITT, 2016, p. 49).

Dadas as definições de “guardião” e “senhor soberano” da Constituição, não é possível identificar na figura de um presidente da República em regime tipicamente presidencialista o guardião da Constituição.

²⁶Para um debate crítico sobre a tese de Barroso, conferir os trabalhos reunidos em Vieira e Glezer (2017). Para uma crítica ao “neoconstitucionalismo” a partir do “constitucionalismo de otimização”, cf. Cláudio Ladeira de Oliveira e Lorenzo Furlan (2019).

²⁷Para um exemplo recente: “Em meio à pandemia, STF pressiona contra redução salarial e corte de penduricalho. Em meio à crise econômica desencadeada pelo novo coronavírus, o STF (Supremo Tribunal Federal) tem pressionado o Congresso para preservar o próprio salário e evitar a aprovação da redução de vencimentos e de jornada de trabalho de servidores públicos. [...] Além do lobby em favor da própria remuneração, o Supremo também dá demonstrações de que não quer mexer nos chamados penduricalhos da magistratura, os benefícios que engordam os salários dos juízes. [...] Há anos o excesso de penduricalhos e os supersalários são criticados, inclusive, por ministros do Supremo. A corte, no entanto, hesita em julgar casos que mexam nos vencimentos dos juízes. A decisão liminar (provisória) do ministro Luiz Fux que estendeu o auxílio-moradia a todos os magistrados do Brasil, por exemplo, durou quatro anos e sequer foi julgada pelo plenário. O próprio ministro revogou o benefício, mas sem deixar que a medida afetasse o bolso da categoria: a revogação só ocorreu após o então presidente Michel Temer garantir o reajuste de 16,32% no teto salarial, que é usado como base para calcular a remuneração dos juízes.” (EM MEIO..., 2020)

●
●

Ao contrário do que ocorria em Weimar, o presidente da República na CF/88 é também o chefe do poder executivo, não podendo ser visto como um “poder neutro” (“ao lado”) em relação aos conflitos entre executivo, legislativo e poder judiciário. Por outro lado, isso não é o suficiente para conferir o status de guardião aos tribunais ou negar ao Presidente da República alguma função – ainda que não exclusiva – de defensor da Constituição. E isso pode ser ilustrado com um exemplo fictício, mas inspirado em eventos dos últimos dias. Imaginem que estamos no ano de 2027, o primeiro do mandato de um presidente da república recém eleito e que nos 8 anos anteriores esteve na oposição ao presidente anterior. Ao final do primeiro ano de governo, em meio a uma considerável crise econômica gestada nos anos anteriores, há um relativo equilíbrio de força entre o novo presidente e a oposição, tanto no Congresso nacional quanto na opinião pública. Imagine que o STF do ano de 2027 possui ampla maioria formada nos anos anteriores. Sua composição é majoritariamente antipática ao novo presidente. Imagine agora que esse STF, diante de alguma situação de grave conflito político, reivindique a autoridade de um “guardião da Constituição” e interprete o artigo 142 da CF/88²⁸ declarando “omissão inconstitucional” do Congresso Nacional por ausência de lei regulamentadora da função “moderadora das Forças Armadas”. A seguir, o tribunal determina que as Forças Armadas atuem para destituir o presidente recém-eleito. Se em tal situação o presidente recém-eleito, com fundamento no juramento presidencial de defender a constituição²⁹, se recusar a acatar ordem do tribunal e, com apoio de parcela suficiente das Forças Armadas, conclamar a população às ruas para defender seu mandato e a Constituição, será possível negar ao Presidente, ao menos nesse instante dramático, o status de “guardião da Constituição”?

O fato é que a “judicialização da política” leva inevitavelmente à “politização da justiça”: a tentativa de anular o risco de arbitrariedade política transferindo a autoridade das decisões para instituições judiciais produzirá inevitavelmente como resultado a politização dessas instituições. Em primeiro lugar porque seus membros precisarão inevitavelmente decidir qual das alternativas de regulação em disputa valerá de forma impositiva para todos os membros da comunidade, o que em si mesmo será um ato político em sua essência. Em segundo, se tal instituição passa a ser percebida pelos demais agentes políticos como um “participante do jogo”, as forças relevantes tentarão ocupar também esse espaço de elevada legislação. Ao fim, o jogo político estará sendo travado de forma menos pública, até certo ponto blindado de críticas em função de certa imagem de imparcialidade judicial ainda remanescente, mas de forma não menos intensa ou potencialmente arbitrária.

7. Conclusão.

As lições de Schmitt são mais negativas que propositivas, mas são uteis ainda assim. Certamente não devem levar à conclusão de que, no sistema da CF/88, o presidente da república é “o” guardião da Constituição. Afinal, em nosso sistema, o presidente não é um “terceiro neutro”, mas chefe do poder executivo. Além disso, a competência para a “guarda e defesa” da Constituição não é sinônimo de “controle judicial de constitucionalidade”. Tribunais não podem ser considerados “guardiões da Constituição” por uma simples questão de fato: a ausência de força política e institucional que os habilite a tanto. E se a defesa da Constituição demanda alguma competência política, o melhor a fazer é investir na construção de arranjos institucionais que distribuam competências entre as instâncias explicitamente políticas de forma adequada: o secular “remédio” dos “freios e contrapesos”. Que inclusive é compatível com a adoção de modelos de controle de constitucionalidade com a competência concentrada “tribunais” especialmente criados para

²⁸CF/88, Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

²⁹Art. 78. O Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil.

tal fim, dada sua evidente natureza política, mais que “jurisdicional”. Sobretudo se tal corte exercer suas competências respeitando padrões de auto-restrição no trato de matérias politicamente controvertidas. Além disso, a ampliação da atuação judicial é ela própria fonte de potenciais arbítrios. A pretensão de subordinar todas as questões políticas fundamentais à a autoridade de tribunais é capaz de ampliar a mesma arbitrariedade política que se desejava combater, apenas alterando seu “habitat institucional”: não mais instituições eleitorais e representativas, mas um tribunal que se pretende soberano, não guardião.

A Constituição de 1988 foi gestada em meio a um ambiente político no qual prevalecia o receio de um executivo autoritário, jamais ameaçado por um legislativo totalmente subjugado. Contra isso “precauções” judiciais deveriam ser levantadas. Isso explica a adoção de um sistema de controle de constitucionalidade que autoriza uma ampla revisão judicial das decisões políticas legislativas, inclusive das “omissões” legislativas. Nos anos seguintes a 1988, dada a situação típica de sistema institucional estável (forças políticas relevantes se comportavam com razoável fidelidade ao texto da constituição), conferiu plausibilidade às descrições mais idealizadas da “supremacia da constituição” como se efetivamente vigorasse uma supremacia de fato da Constituição sobre a política. E a disseminada percepção de rejeição da política partidária e legislativa reforçou a opinião de que as “precauções” constitucionais contra o “risco de arbítrio político” eram ainda mais necessárias. Assim, a cada percepção de um novo “risco”, maior a demanda por “judicialização” dos conflitos políticos, mais autonomia das instituições judiciais. No entanto, ainda que o culto doutrinário à judicialização dificulte a reflexão mais aprofundada sobre tais temas, os defensores de uma jurisdição constitucional expansiva e criativa precisam optar: ou o STF tem legitimidade para legislar, ainda que sob formas processuais filosoficamente ornamentadas, e então é razoável esperar que todas as forças políticas com alguma capacidade de influência estejam representadas no tribunal; ou então o STF deve adotar posturas de auto-restrição e reduzir dramaticamente a judicialização da política que marcou as últimas décadas. Defender um STF legislador e, simultaneamente, rejeitar que forças políticas com capacidade de pressão ocupem espaço no tribunal, mais que uma contradição teórica, é enorme ingenuidade prática.

Referências bibliográficas.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BARROSO, 2017. A Razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (orgs). *A Razão e o Voto: diálogos institucionais com Luís Roberto Barroso*. São Paulo: FGV, 2017, pp. 25-75.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Constitutional and Political Theory: selected writings*. Vol. 1. KÜNKLER, Mirjam. STEIN, Tine (orgs). New York: Oxford University Press, 2017.

BRASIL. Código Civil: Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm . Acesso em 15/02/2020.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 -DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Julgamento: 29/05/2008. Publicação: 28/05/2010. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>, acesso em 15/03/2020.

CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: the theory and practice of Weimar Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997.

DAHL, Robert. "Decision-making in a democracy: the supreme court as a national police-maker". *Journal of Public Law*, n. 6, 1957, pp. 279-295.

DUTRA, Delamar Volpato. A Constituição brasileira e a crise da democracia. *Eleutheria*, v. 3, p. 13-20, 2018.

ELSTER, Jon. *Ulisses Liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: Unesp, 2000.

EM MEIO à pandemia, STF pressiona contra redução salarial e corte de penduricalho. *Valor Econômico*. São Paulo, 11 de julho de 2020, disponível em <https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/07/11/em-meio-pandemia-stf-pressiona-contr-reduo-salarial-e-corte-de-penduricalhos.ghtml>. Acesso em 15 de julho de 2020.

HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *O Federalista*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

KALYVAS, Andreas. *Democracy and the Politics of the Extraordinary* Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt. Cambridge University Press: New York, 2008.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003

KRIELE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

LAMEGO, José. *A Teoria Pura do Direito de Kelsen*. Lisboa: Almedina, 2019.

MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEHRING, Reinhard. *Carl Schmitt: a biography*. Cambridge: Polity Press, 2014.

MEIERHENRICH, Jens. SIMONS, Oliver (orgs). *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. New York: Oxford University Press, 2016

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. "Direito como Integridade" e "Ativismo Judicial": algumas considerações sobre uma decisão do Supremo Tribunal Federal. In MARTEL, Leticia de Campos Velho (org). *Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais*. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 237-265.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. FURLAN, Lorenzo Emanuelli. Do Neoconstitucionalismo ao Constitucionalismo da Otimização: um estudo crítico do Resp 19392 PI – o caso da fraude à "cota de gênero". In OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. DUTRA, Delamar Volpato. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira (orgs). *Ensaio sobre Constitucionalismo Político*. Vol. 1. Florianópolis: Habitus, 2019.

PAULSON, Stanley. Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the “Guardian” Controversy of 1931, in MEIERHENRICH, Jens. SIMONS, Oliver (orgs). The Oxford Handbook of Carl Schmitt. New York: Oxford University Press, 2016, pp. 510-546.

POSNER, Eric. VERMEULE, Adrian. Demystifying Schmitt, in MEIERHENRICH, Jens. SIMONS, Oliver (orgs). The Oxford Handbook of Carl Schmitt. New York: Oxford University Press, 2016, pp. 612-626.

POSNER, Eric. VERMEULE, Adrian. The Executive Unbond: after the madonian Republic. New York: Oxford University Press, 2010.

PREUß, Ulrich. Carl Schmitt and the Weimar Constitution, in MEIERHENRICH, Jens. SIMONS, Oliver (orgs). The Oxford Handbook of Carl Schmitt. New York: Oxford University Press, 2016, pp. 471-489.

PRZEWORSKI, 1994. Democracia e Mercado. São Paulo: Cia das Letras, 1991

RECONDO, Felipe. WEBER, Luiz. Os Onze: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Cia das Letras, 2019.

SAJÒ, Andrés. UITZ, Renáta. The Constitution of Freedom: an Introduction to legal constitutionalism. New York: Oxford University Press, 2017.

SCHMITT, Carl. Der Hüter der Verfassung. 5ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2016;

SCHMITT, Carl. Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr, 1914.

SCHMITT, Carl. Legality and Legitimacy. Durham: Duke University Press, 2004.

SCHMITT, Carl. Posiciones ante el Derecho. Madrid: Tecnos, 2012

SCHMITT, Carl. Verfassungslehre. 9ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.

SCHMITT, Carl. Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 – 1954: Materialien zu einer Verfassungslehre. 3ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

SCHUPMANN, Benjamin A. Carl Schmitt’s State and Constitutional Theory: a critical analysis. Londres: Oxford University Press, 2017

SOARES, Guilherme. Controvérsias interpretativas entre Advocacia de Estado e Tribunais de Contas. Direito do Estado em Debate – Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado, v. 8, p. 9-31, 2017.

STRAUS, Leo. Direito Natural e História. São Paulo: WMFMartinsfontes, [1950] 2014

THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. Harvard Law Review, vol. 7, n. 3, 1893, pp. 129-156.

VERMEULE, Adrian. The Constitution of Risk. New York: Cambridge University Press, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (orgs). A Razão e o Voto: diálogos institucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV, 2017

WALDRON, Jeremy. A Dignidade da Legislação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Democracia, tecnocracia e a questão da (im)parcialidade judicial

Democracy, technocracy and the issue of judicial (im)partiality

Cristina Foroni Consani
crisforoni@yahoo.com.br

Professora Adjunta no Departamento de Filosofia da UFPR

Resumo: As sociedades contemporâneas se encontram diante de uma dupla relação entre o poder judiciário e a política: no *âmbito normativo* a imparcialidade figura como um pressuposto; no *âmbito descritivo* a imparcialidade não se configura. Este artigo analisa este descompasso entre os âmbitos normativo e descritivo da relação entre poder judiciário e política em três momentos: primeiramente, apresenta-se a distinção entre julgamentos políticos e julgamentos judiciais elaborada por Nadia Urbinati; em segundo lugar, a partir da obra de Jeremy Waldron, questiona-se a tese da imparcialidade judicial e apresenta-se a defesa feita pelo autor de um modelo de revisão judicial em sentido fraco; em terceiro lugar, também a partir da obra de Waldron, mostra-se como a atuação política do judiciário afeta o ideal de Estado de Direito.

Palavras-chave: democracia, tecnocracia, imparcialidade judicial, separação dos poderes, Estado de Direito, Waldron.

Abstract: Contemporary societies are faced with a double relationship between the judiciary and politics: in the normative scope, impartiality appears as an assumption; in the descriptive scope, impartiality is not configured. This article analyzes this gap between the normative and descriptive scopes of the relationship between the judiciary and politics in three moments: first, the distinction between political judgments and judicial judgments elaborated by Nadia Urbinati is presented; second, the thesis of judicial impartiality is questioned and is presented a model of weak judicial review elaborated by Jeremy Waldron; thirdly, this paper analyzes Jeremy Waldron's argument on how the political performance of the judiciary affects the ideal of the rule of law.

Keywords: democracy, technocracy, judicial impartiality, separation of powers, rule of law, Waldron.

Recebido em 29 de maio de 2020. Aceito em 14 de outubro de 2020.

1. Introdução

Em um texto escrito em 1789, intitulado *Ideias sobre o despotismo*, Condorcet fez uma distinção que parece ainda hoje muito importante para se pensar as relações entre direito e política, entre o poder judiciário e a democracia, qual seja, a distinção entre despotismo direto e despotismo indireto.

Segundo Condorcet, “o despotismo direto ocorre em todos os países onde os representantes dos cidadãos não exercem o direito negativo mais extenso e não têm os meios suficientes para fazer reformar as leis que acham contrárias à razão e à justiça”, já o despotismo indireto, “existe quando, apesar da resolução da lei, a representação não é nem igual nem real, ou quando se está submetido a uma autoridade que não é estabelecida pela lei.” (CONDORCET, 2013, p. 30) Ao analisar os dois tipos de despotismo, Condorcet alerta que “é mais fácil livrar uma nação do despotismo direto do que do despotismo indireto; ela vê o primeiro, e sofre com o segundo sem o saber, frequentemente vendo aqueles que o exercem como seus protetores.” (CONDORCET, 2013, p. 32)

Condorcet considerou que muitas instituições podem exercer um poder despótico indireto, como, por exemplo, o legislativo, o executivo, o exército e o judiciário. Acerca do despotismo indireto que pode ser exercido pelas cortes judiciais, ele ressalta que “o despotismo dos tribunais é o mais odioso de todos, porque emprega, para ser exercido e sustentado, a arma mais respeitável: a lei.” (CONDORCET, 2013, p. 35) O filósofo francês faz uma advertência final ao afirmar que este tipo de despotismo “é mais inevitável ainda se esses tribunais têm alguma participação na potência legislativa, se eles formam um corpo entre eles, se seus membros são julgados por eles próprios.” (CONDORCET, 2013, p. 36)

As considerações de Condorcet chamam a atenção para um ponto muito importante quando se trata da relação entre os poderes e do papel do poder judiciário. Esta instituição, desde que começa a assumir grande relevância na teoria política moderna, aparece atrelada ao ideal da imparcialidade e do julgamento técnico, não político. É por isso que no Federalista nº 78, no calor do debate sobre a ratificação da constituição norte-americana de 1787, Hamilton tenta tranquilizar seus opositores ao afirmar que o judiciário é o mais fraco dos três poderes, uma vez que não ele tem nem *força* (característica do executivo que controla a força militar) e nem *vontade* (característica do legislativo que controla a economia e cria as leis), mas apenas *juízo*, dependendo do braço executivo até mesmo para tornar seus julgamentos eficazes. O propósito de Hamilton era afirmar para seus interlocutores que o judiciário não atuaria politicamente (cf. HAMILTON, JAY, MADISON, 1987, p. 437). Assim, já na modernidade o desvio do judiciário de uma atuação técnica chega mesmo a ser considerado uma forma de despotismo.

Feitas essas considerações a partir da obra dos modernos, é possível pensar que as sociedades contemporâneas se encontram diante de uma dupla relação entre o poder judiciário e a política: no *âmbito normativo* (ou seja, no âmbito da teoria, do *dever ser*) a imparcialidade figura como um pressuposto; no *âmbito da prática (do ser)*, contudo, a imparcialidade não se configura. É necessário analisar e esclarecer essa confusão entre o normativo e o descritivo justamente porque o ideal da imparcialidade muitas vezes serve para conferir legitimidade a decisões que na prática não são imparciais nem técnicas, mas sim políticas.

Tomando essa confusão entre os âmbitos normativos e descritivos da atuação judicial como ponto de partida, este artigo tem três propósitos: *primeiramente*, serão apresentados, a partir da obra recente da teórica da política Nadia Urbinati, argumentos que fazem a distinção entre julgamentos políticos e julgamentos judiciais como um exemplo de abordagem normativa da atuação judicial; *em segundo lugar*, a partir da obra do filósofo do direito Jeremy Waldron, será questionada a tese da imparcialidade dos julgamentos judiciais e apresentar-se-á a proposta do autor a respeito do desenho institucional que melhor se capacitaria para enfrentar problemas afetos a um poder judiciário que decide politicamente; *em terceiro lugar*, e também

a partir das reflexões de Waldron, pretende-se mostrar como o poder judiciário atuando politicamente afeta o ideal de Estado de Direito.

2. Julgamentos políticos e julgamentos judiciais

Ao discorrer sobre os problemas das democracias na contemporaneidade, Nadia Urbinati considera que uma das principais desconfigurações democráticas é tratar a democracia de forma epistêmica ou apolítica. Segundo ela, a democracia epistêmica ou apolítica é definida a partir de propostas teóricas (mas que possuem implicações nas práticas democráticas) apoiadas em duas principais reivindicações, a saber: a extensão do domínio em que as decisões são tomadas de modo não partidário, e a defesa de que a autoridade democrática é legítima em razão da qualidade dos resultados e não meramente dos procedimentos. O caráter apolítico dessas propostas surge justamente da recusa de elementos frequentemente associados à democracia, tais como a disputa, o desacordo, a deliberação e a abertura das decisões majoritárias a modificações (cf. URBINATI, 2014, p. 81). Desse modo, a rejeição ao desacordo, ao dissenso e a ênfase no resultado das decisões políticas afeta a natureza procedimental da democracia representativa.

Segundo Urbinati, o procedimentalismo democrático enfatiza que “o que dá sustentação à legitimidade política é o fato de o processo acontecer do modo previsto para ele acontecer, não o fato dele proporcionar algum resultado desejável” (cf. URBINATI, 2014, p. 81).¹ Nesse sentido, tomando-se como exemplo temas polêmicos como a legalização do aborto ou do casamento gay, na perspectiva procedimental qualquer resultado seria considerado legítimo desde que respeitados os requisitos formais exigidos para a aprovação de determinada norma; já numa perspectiva epistêmica ou apolítica, o próprio resultado, independentemente da adequação procedimental, pode ser questionado. Tal proposta tende a encorajar posicionamentos que deslegitimam e desacreditam eleitores e representantes eleitos para a tomada de decisões relevantes, pois ressalta que seus julgamentos são baseados em razões estratégicas ao invés de em valores e bens superiores *a priori*, tais como a verdade ou a moralidade.

Como consequência, tem-se o descrédito nos atores políticos e o aumento da credibilidade em instituições e órgãos técnicos, como os tecnocratas da economia e das finanças, os juízes e os *experts* nas mais diversas áreas.² Segundo Urbinati, “o paradigma epistêmico localiza o critério para o julgamento do que é bom ou correto fora do processo político, o qual desempenha uma função auxiliar, não impositiva” (cf. URBINATI, 2014, p. 86). Assim, embora se reconheça a importância dos procedimentos democráticos de tomada de decisões, ressalta-se que eles serão adequados à medida que consigam produzir o resultado almejado (a verdade ou a moralidade). Desse modo, ao se atribuir à política a necessidade de expressar a verdade ou moralidade, instituições que são consideradas técnicas, como o judiciário, passam a assumir relevância e receber credibilidade no cenário político.

Na definição de Urbinati, no âmbito normativo o julgamento judicial é caracterizado pela *imparcialidade* na avaliação dos fatos e dos dados envolvidos. Os juízes não são partes, são externos ao caso analisado e possuem o dever legal de argumentar e de agir em nome das instituições, devendo deixar de lado seus valores e preferências pessoais. Ademais, os juízes não precisam ser politicamente representativos, ao contrário, eles devem agir apoliticamente justamente porque devem representar apenas a vontade consubstanciada no direito. O poder contido no julgamento judicial é negativo ou de controle e fiscalização, pois depende da vontade do soberano (o direito) e não da opinião do soberano (cf. URBINATI, 2014, p. 123s).

¹Todas as traduções dos textos em língua estrangeira são de autoria própria.

²Problemas semelhantes são apontados por Pinzani ao analisar a produção do discurso tecnocrático e seus efeitos sobre a democracia. Cf. PINZANI, 2013, p. 152ss.

Ainda na definição de Urbinati, por outro lado, o julgamento político se caracteriza pela *generalidade*, não pela imparcialidade, seu critério de definição é o interesse geral da comunidade política. A generalidade é uma presunção a respeito da igual distribuição do poder político na sociedade. Tanto os eleitores quanto os representantes envolvidos no caso sob consideração não são externos como os juízes e, exatamente por esta razão, não há a exigência de imparcialidade. Embora não haja a exigência de imparcialidade, espera-se que os atores políticos ajam com legitimidade e com responsabilidade, levando em consideração o interesse público e não apenas os interesses particulares.

O julgamento político ocorre num contexto de pluralidade de opiniões e, desse modo, produz leis válidas, não leis verdadeiras. A expectativa de atuação responsável por parte dos atores políticos (cidadãos e representantes) repousa sobre elementos como os princípios morais e constitucionais, a argumentação prudente, a ética da participação, a cultura política e o cálculo político (cálculo das consequências da adoção de um determinado posicionamento). Urbinati ressalta que o julgamento político ganha forma dentro de um contexto pragmático, não fora ou contra tal contexto. Em outras palavras, num contexto de desacordo político cada uma das partes dissidentes possuiu razões para defender seu posicionamento, e não se trata de sustentar que um posicionamento é verdadeiro e outro falso no sentido de que o julgamento político somente poderia produzir um único resultado (cf. URBINATI, 2014, p. 123ss).

Essa distinção normativa entre julgamentos judiciais (imparciais) e julgamentos políticos (gerais, mas não imparciais) é questionada por Jeremy Waldron que, em sua obra, sustenta que num contexto de desacordos políticos em que o desenho institucional permita ao judiciário decidir questões controversas como aborto ou casamento gay, entre outras, o julgamento político prevalecerá sobre o judicial.

3. Imparcialidade e Desacordos Políticos³

Waldron é um filósofo e jurista que se filia à democracia radical, pois admite que tudo deve estar aberto ao debate político, isto é, ele não se preocupa em retirar do debate um rol de direitos (os direitos fundamentais) que comumente estão submetidos a quóruns qualificados de votação para serem modificados ou são até mesmo considerados cláusulas pétreas. Em sua teoria, todos os direitos devem ser suscetíveis de modificação por maioria simples em votações legislativas. (cf. WALDRON, 1999).

Sua proposta é justamente deslocar o foco da filosofia e da teoria do direito da interpretação judicial para a elaboração de leis dentro do poder legislativo. A legislação ocupa um lugar central em sua teoria. As leis, diz ele, “são *essencialmente*, e não apenas casualmente, o produto de assembleias amplas e polifônicas, e esta característica deveria ser crucial para nossa compreensão de como operar com as leis, isto é, de como interpretá-las e de como integrá-las no esquema mais amplo do direito.” (WALDRON, 1999, p. 10)

Um conceito importante trazido por Waldron para a análise da relação entre direito e política é aquele de “circunstâncias da política”. Adaptado do conceito de “circunstâncias da justiça”⁴ de John Rawls, as circunstâncias da política são constituídas pela existência de desacordos políticos ou morais e pela necessidade de decisões com autoridade política para regular o desacordo.

Os desacordos são inerentes às sociedades contemporâneas, as quais são plurais em relação a concepções de justiça e de vida boa. Contudo, a existência de desacordos não deve, segundo Waldron, ser entendida como um sinal de crise no direito, pois é natural que o direito, diante das circunstâncias da política, “tenha

³Alguns aspectos da obra de Waldron já foram por mim analisados em outros trabalhos (cf. CONSANI, 2014; CONSANI, 2015a; CONSANI, 2015b; CONSANI, 2016) e são aqui retomados para analisar os problemas relacionados à (im)parcialidade do poder judiciário.

⁴Para uma análise aprofundada desse conceito, ver RAWLS, 2008, p. 153ss.

pretensões que conflitem com o sentido de justiça de alguns ou de muitos dos que se encontram sob sua autoridade.” (WALDRON, 1999, p. 7). Não obstante a naturalidade dos desacordos em sociedades plurais, o autor sustenta ser necessário a uma teoria do direito e, principalmente a uma teoria da autoridade, apontar quais os procedimentos democráticos e constitucionais são adequados em caso de desacordo entre teorias da justiça concorrentes. (cf. WALDRON, 1999, p. 3). Isso porque em seu entendimento a principal característica do direito em sociedades marcadas pelas circunstâncias da política é “permitir-nos agir diante do desacordo” (WALDRON, 1999, p. 7).

O desacordo inevitável e compatível com a política, contudo, parece ter um conteúdo normativo. Neste ponto, Waldron compartilha com os teóricos da democracia deliberativa que o desacordo viável para as práticas democráticas é o denominado *desacordo razoável ou de boa fé*. Argumentar de boa fé, explica ele, “é apresentar razões que (alguém pensa que) o outro deveria aceitar, e que duas ou mais pessoas persistam em seus argumentos lhes faz perceber e buscar a mesma possibilidade de que ao final as mesmas considerações serão capazes de convencer a todos.” (WALDRON, 1999, p. 91).

Para Waldron, questões controversas a respeito de direitos em desacordo devem então ser decididas pelo povo, ou por seus representantes. A retirada desses direitos do debate político, com o intuito de protegê-los, fere o ideal democrático e de autogoverno. A democracia tem, assim, que assumir o desacordo. O autor aceita que “tudo está em disputa na democracia, incluindo os direitos associados com a própria democracia. Ou, certamente, tudo o que está submetido ao desacordo de boa-fé está em disputa.” (WALDRON, 1999, p. 303). Ele nem sequer admite que esses direitos figurem no debate político protegidos pela exigência de um quórum especial ou decisão por maioria qualificada. Em seu entendimento, a dificuldade de se atingir a maioria requerida em um quórum qualificado apenas reforça o caráter de restrição atribuído aos direitos assim resguardados.

Na esteira dessa concepção, a democracia não pode ser avaliada apenas pelos seus resultados. Para Waldron, é preciso fazer uma distinção entre “decisões sobre a democracia e decisões tomadas por meios democráticos.” (WALDRON, 1999, p. 292). Esse é um argumento que leva a discussão para a consideração das responsabilidades dos cidadãos, das legislaturas e das cortes. Se uma decisão é avaliada pelo resultado parte-se do pressuposto que, se uma lei aprovada pelo legislativo fere direitos requeridos para uma democracia, então essa lei deve ser considerada não democrática e, por conseguinte, a democracia tem um ganho quando uma corte constitucional impede que tal legislação seja aplicada. No entendimento de Waldron,

Se uma questão vem para a decisão política em uma comunidade, um membro da comunidade pode razoavelmente pedir para participar da decisão em termos iguais com seus concidadãos. Nessas circunstâncias pode haver todos os tipos de razões para negar sua solicitação, mas seria absurdo negá-la sob o fundamento de que a questão era sobre democracia. Isso seria absurdo porque falharia em endereçar sua preocupação a uma questão sobre democracia que, tanto quanto qualquer questão política, deveria ser decidida por meios democráticos. (WALDRON, 1999, p. 293)

Portanto, os direitos em desacordo devem ser decididos pelo povo ou por seus representantes. Por essa razão, Waldron entende que há uma perda para a democracia quando a legislatura eleita de uma sociedade é submetida ao poder judicial.

Waldron enfrenta o problema do ativismo judicial em muitos dos seus textos, mas em um ensaio de 2006 denominado *The Core of the Case Against Judicial Review*⁵ ele apresenta um desenho institucional

⁵Este artigo foi inserido na obra *Political Polical Theory*, publicada em 2016.

que busca evitar a atuação política dos tribunais constitucionais. Nesse texto ele faz uma distinção clara entre revisão judicial *em sentido forte* (que ele rejeita) e em *sentido fraco* (que ele aceita).⁶

A revisão judicial em sentido forte é definida a partir dos seguintes elementos: a) as cortes possuem autoridade para não aplicar um estatuto a um caso particular ou para modificá-lo (na sua aplicação) a fim de adequá-lo aos direitos fundamentais; b) as cortes possuem autoridade para deixar de aplicar um estatuto; c) ou ainda, as cortes possuem autoridade para derrubar leis em sua totalidade ou em parte. (WALDRON, 2006, p. 1354)

Waldron considera que a defesa da revisão judicial em sentido forte não pode ser realizada com base nas manifestações históricas e nos efeitos que tais decisões produzem. Contrapondo-se a uma afirmação de Dworkin em *O Império do Direito*, segundo a qual “os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias.” (DWORKIN, 2003, p. 426), Waldron considera que não existe uma relação (necessária) entre revisão judicial e justiça.. Segundo ele, essa é uma questão mal colocada. O quanto a revisão judicial é capaz de tornar uma sociedade mais justa é algo de difícil verificação, pois se decisões como a de *Brown vs. Board of Education*⁷ foram capazes de promover a igualdade racial e combater a segregação, por outro lado, durante a *Lochner era*⁸, cortes americanas estaduais e federais revogaram aproximadamente 150 partes de leis que protegiam as relações e condições de trabalho tais como salário mínimo, proibição de trabalho infantil entre outras. (WALDRON, 1999, 288). Assim, tanto exemplos de justiça quanto de injustiça podem facilmente ser encontrados na jurisprudência de cortes constitucionais. Por essa razão, a defesa da revisão judicial não pode ser feita apenas sob o argumento da justiça. Para Waldron, o que se deve verificar é a relação existente entre revisão judicial e democracia, ou melhor, a compatibilidade entre ambas.

A partir dessa perspectiva, a revisão judicial em sentido forte é considerada vulnerável em dois pontos: em primeiro lugar, não é o meio adequado para uma sociedade avaliar direitos sobre os quais discorda; em segundo lugar, é politicamente ilegítima, pois é uma decisão majoritária de um pequeno número de oficiais não eleitos, logo, fere o princípio da representação e da igualdade política. (cf. WALDRON, 2006, p. 1351) Waldron sustenta que, embora a revisão e interpretação judicial sejam necessárias, não se pode inferir disso que outras instituições não possam também ter o poder de revisar entendimentos oficiais sobre direitos. O autor acredita ser um grande erro considerar que os direitos que os juízes estão interpretando e revisando são colocados além do alcance da reinterpretação e revisão democrática. Em seu entendimento a questão é melhor colocada da seguinte forma: ou uma sociedade assume a necessidade de emendas constitucionais ou não e, uma vez consideradas necessárias, as emendas devem ser feitas por instituições representativas democráticas. (cf. WALDRON, 1993, p. 42).

Por fim, Waldron lança luz sobre a confusão entre os âmbitos normativos e descritivos na análise da relação entre democracia, direitos e poder judiciário ao refutar a defesa do ativismo judicial amparada nas imperfeições da democracia. Segundo ele, ao se atribuir aos tribunais um papel mais proeminente do que aquele dos cidadãos e de seus representantes na interpretação de direitos em desacordo, busca-se tirar

⁶O termo utilizado pelo autor é *judicial review*. Na teoria política e constitucional brasileira o termo utilizado é “controle de constitucionalidade”. Optou-se aqui pela manutenção do termo *judicial review* porque o controle de constitucionalidade pode ser realizado também por outras instituições além do poder judiciário como, por exemplo, pelo próprio poder legislativo antes mesmo da promulgação de uma lei ou, dependendo do desenho institucional, o controle de constitucionalidade pode ser realizado por instituições políticas e não judiciais. O argumento de Waldron é dirigido ao poder judiciário.

⁷Decisão da Suprema Corte norte-americana de 1954 que declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais que estabeleciam a segregação racial nas escolas públicas.

⁸Este termo é utilizado para nomear um período da história jurídica norte-americana, entre o final do século XIX e o início do século XX, no qual o poder judiciário declarou inconstitucionais várias leis que protegiam direitos sociais.



o poder de cidadãos ordinários sobre questões de mais alta importância política e moral. Desse modo, ao invés de se falar sobre dificuldades contramajoritárias, dever-se-ia distinguir entre cortes decidindo por voto majoritário e cidadãos ordinários decidindo por voto majoritário pois, ao final, é também desse modo que são decididos casos controversos dentro dos tribunais constitucionais. Então, a questão é *quem* consegue participar? E não *como* se decide em caso de desacordo, pois a resposta para como, é sempre, por maioria. (cf. WALDRON, 1993, p. 45).

Waldron considera que seria mais adequado para as democracias constitucionais um desenho institucional no qual a atuação judicial na interpretação de direitos em desacordo se desse a partir da prática do que ele denomina *revisão judicial em sentido fraco*, a qual ocorreria do seguinte modo: as cortes podem inspecionar a legislação a respeito de sua conformidade com os direitos fundamentais, mas os juízes não podem deixar de aplicá-la ou moderar sua aplicação simplesmente porque de outro modo direitos seriam violados; esse modelo confere aos juízes pouca autoridade; um clássico exemplo é o Reino Unido onde as cortes podem revisar a legislação e declarar a incompatibilidade com os direitos fundamentais, mas não podem invalidá-la. (cf. WALDRON, 2006, p. 1355).

A revisão judicial em sentido fraco, no entendimento de Waldron, é o modelo que permite conciliar o ideal de proteção aos direitos fundamentais com o ideal de soberania popular. Esse modelo seria adequado para sociedades nas quais estivessem presentes as seguintes condições: a) instituições democráticas em ordem razoável de bom funcionamento incluindo um legislativo representativo eleito na base do sufrágio universal; b) um conjunto de instituições judiciais em boa ordem de funcionamento escolhidas de forma não representativa para ouvir reivindicações individuais e assegurar o Estado de Direito; c) o comprometimento da maior parte dos membros da sociedade e de seus oficiais com os direitos individuais e das minorias; d) um desacordo substancial, de boa fé e persistente sobre direitos. (cf. WALDRON, 2006, p. 1355).

Para Waldron, a revisão judicial em sentido forte impede que o desacordo sobre direitos seja confrontado diretamente, pois ele é sempre colocado como uma questão de interpretação do direito e jogado para dentro dos tribunais constitucionais. Além disso, tratar a autoridade judicial como a principal base para o reforço constitucional deixa a constitucionalidade do próprio poder judiciário sem controle externo. Conectado a isso há o perigo de que a revisão judicial possa facilmente tornar-se uma forma de elaboração da lei pelo judiciário. (cf. WALDRON, 2009, p. 278). Analisada desse modo, a revisão judicial em sentido forte é incompatível com a democracia.

Assim, de acordo com os critérios anteriormente colocados para análise da democracia, quais sejam, decisões *sobre a democracia* e decisões *tomadas democraticamente*, Waldron sustenta que ainda que as decisões tomadas por cortes judiciais sejam bem sucedidas em seus resultados (o que ainda assim depende de critérios variáveis), elas comprometem o ideal democrático porque, em seu entendimento, não são *tomadas democraticamente*. Recusar a revisão judicial em sentido forte é, para o autor, um modo de ressaltar “a dignidade da legislação”. Nosso respeito pela legislação, diz ele, “é em parte o tributo que deviríamos prestar à realização da ação coletiva combinada, cooperativa e coordenada nas circunstâncias da vida moderna.” (WALDRON, 1999, p. 101).

Desse modo, um dos pontos bastante relevantes levantados por Waldron para pensar a relação entre direito e política, poder judiciário e democracia, é justamente o argumento de que no contexto das circunstâncias da política qualquer instituição legitimada a agir politicamente não será técnica ou imparcial, mas sim política. Esse argumento, que é também um importante esclarecimento a respeito do papel do poder judiciário no âmbito normativo, permite às sociedades atuais analisar com menos ingenuidade e talvez

com menos paixões as decisões de seus juízes e tribunais, como aquelas do judiciário brasileiro que têm causado tanto espanto e desconforto aos cidadãos quanto danos aos direitos individuais e à democracia.⁹

Há, ainda, um outro argumento apresentado por Waldron passível de ser explorado a partir dessas reflexões, a saber, que a revisão judicial em sentido forte fere o princípio da separação dos poderes e, conseqüentemente, viola o ideal do Estado de Direito. Esse argumento será analisado a seguir.

4. Ativismo Judicial, Separação dos poderes e Estado de Direito

Ao debruçar-se sobre a tradição teórica da separação dos poderes, Waldron considera haver uma grande confusão conceitual entre três princípios, a saber: a separação dos poderes, a divisão dos poderes e os freios e contrapesos. Em um artigo intitulado *Separation of Powers in Thought and Practice?* ele se propõe a isolar e a elucidar o conceito de separação dos poderes, defendendo a relevância desse princípio para a teoria e prática política e constitucional hodierna.

Na tarefa de isolar e compreender a importância do princípio da separação dos poderes, Waldron toma como ponto de partida a divisão do governo em suas três principais funções: legislativa, executiva e judiciária. Segundo ele, essa divisão tem dois pontos importantes: *primeiro*, que o exercício do poder político não é algo simples e, *em segundo lugar*, que cada função é importante e levanta questões institucionais distintas. Surge aqui então o argumento da importância da articulação no governo, o qual, por sua vez, implica uma relação entrelaçada entre o princípio da separação dos poderes e o Estado de Direito.

A ideia de governo articulado está relacionada à separação dos poderes, mas não à sua completa independência. Essa ideia implica uma conexão entre as diferentes funções, a qual ocorre por meio de etapas e de competências, isto é, do que compete a cada uma das funções do governo em um determinado momento. O governo articulado requer, por exemplo, que para o poder do Estado incidir sobre o indivíduo deve haver uma série de etapas e procedimentos que devem preceder a sua atuação: a promulgação de uma lei proibindo uma determinada ação deve preceder qualquer acusação, do mesmo modo que qualquer punição deve ser antecedida por uma decisão judicial com a possibilidade de defesa, e assim por diante.

Essa é uma descrição típica do que é abarcado pela ideia de Estado de Direito, ou seja, um Estado no qual todos, inclusive o próprio governo em suas ações, submetem-se às normas anteriormente estabelecidas. Mas Waldron ressalta que a ideia de Estado de Direito implica também a observância de etapas, isto é, “a exigência de que a ação do governo deve, em geral, ser conduzida sob os auspícios da lei, o que significa que, a menos que haja muito boas razões ao contrário, a lei deve ser criada para autorizar as ações que o governo vai ter que realizar” (WALDRON, 2013, p. 457).

Todas as etapas acima mencionadas devem assegurar as exigências do Estado de Direito, tais como os princípios da clareza, promulgação, integridade de expectativas, devido processo legal e assim por diante, além de ter o dever de incorporar elementos como a liberdade, a dignidade, o respeito e a abertura do processo para a participação dos cidadãos. Segundo Waldron, “há uma séria falha do Estado de Direito quando qualquer um desses vários passos é omitido, ou quando dois ou mais deles são obscurecidos e tratados como não separados” (WALDRON, 2013, p. 458).

O governo articulado, entretanto, não é necessariamente uma forma de limitação ou de restrição à ação política. Embora Waldron reconheça que o governo articulado pode tornar mais difícil a própria ação política na medida em que exige a coordenação de ações das várias funções, ele considera que o papel principal desempenhado pelo governo articulado é de canalizar a ação ao invés de restringi-la. Por

⁹As ações e decisões emanadas no âmbito da Operação Lava Jato podem ser tomadas como exemplo dessa consideração.

meio da canalização da ação política abre-se o processo de decisão para o acesso das partes envolvidas, seja no que diz respeito à elaboração das leis, seja no que diz respeito ao exercício do direito de defesa em processos judiciais, por exemplo.

A refutação à noção de restrição ou limitação, que já havia aparecido anteriormente na teoria de Waldron para defender uma forma mais democrática de relacionar o conceito de Constituição com as práticas democráticas¹⁰, agora figura também como um elemento relevante para se compreender o princípio da separação dos poderes. Do mesmo modo, quando se substitui, no princípio da separação dos poderes, a ideia de “restrição” ou “limite” pela de “canalização” da ação política, parece haver um argumento mais favorável à democracia justamente por admitir a abertura das instituições às partes que eventualmente serão atingidas pelas ações (legais) do governo.

Assim, o modo singular proposto por Waldron para a compreensão do princípio da separação dos poderes é relevante para a realização de um governo articulado. Segundo ele,

A separação dos poderes exige não somente que o legislativo, o judiciário e o executivo concorram no uso do poder contra uma pessoa particular, X. Ao invés disso o legislativo deveria fazer seu trabalho – trabalho *legislativo* – nessa questão, que realmente significa não tratar a situação de X especificamente. O judiciário deveria fazer *seu* trabalho de julgamento em consideração a X e à relação de X com a lei que o legislativo aprovou. E o executivo deveria fazer *seu* trabalho de administração, não somente a acusação de X e a execução de qualquer ordem contra ele, mas também o desenvolvimento de amplas estratégias de implementação da legislação que o legislativo aprovou (WALDRON, 2013, p. 460).¹¹

A noção de governo articulado aponta para as conexões entre o ideal de Estado de Direito e o princípio da separação dos poderes. Ser regulado pelo direito, afirma Waldron, é ser regulado “por um processo que responde à articulação institucional requerida pela Separação dos Poderes – deve haver elaboração da lei antes de haver julgamentos ou administração; deve haver julgamento, e o devido processo que isso implica, antes que haja a execução de qualquer decisão” (WALDRON, 2013, p. 459). O Estado de Direito exige que todas as funções e autoridades do governo sejam exercidas por meio de formas institucionais e de procedimentos regulados pelo direito e, nesse sentido, sejam articuladas. Embora cada um dos poderes – legislativo, executivo e judiciário – tenha algo a dizer antes que o direito exerça um impacto sobre os indivíduos, cada um deve “dizer algo” separadamente. Waldron considera que o princípio da separação dos poderes exige que as funções do governo

(...) tenham, cada uma delas, uma integridade em si mesma, que é contaminada quando considerações executivas ou judiciais afetam o modo em que a legislação é realizada, que é contaminada quando considerações legislativas e executivas afetam o modo em que a função judicial é cumprida, e que é contaminada quando tarefas específicas do executivo são confundidas com as tarefas de legislar e de julgar (WALDRON, 2013, p. 460).

Ele não está chamando de “contaminação” o sistema de freios e contrapesos que promove o mútuo controle entre as funções de governo. Está, sim, se referindo a um exercício de determinada função que extrapola suas finalidades específicas e trata essas funções de modo a não as distinguir ou a pular etapas.

¹⁰ Em um texto de 2009 denominado *Constitutionalism – A Skeptical View*, Waldron faz uma dura crítica ao constitucionalismo moderno (e ao contemporâneo dele decorrente) por considerar que as teorias constitucionais criam um severo conflito entre os ideais da proteção aos direitos fundamentais e da soberania popular. Neste texto, ele recusa a associação do conceito de Constituição com os termos “restrição” ou “limitação”. Em seu entendimento, se o conceito de Constituição é definido a partir da ideia de restrição e de limitação pode haver uma tensão ou contradição entre o ideal de Constituição e aquele de soberania popular, uma vez que a Constituição é representada como algo que limita e restringe a soberania popular no intuito de salvaguardar os direitos fundamentais. Cf. WALDRON, 2009, p. 267-282.

¹¹ O itálico consta no original.

Assim, a principal característica da atuação do poder legislativo, por exemplo, é a elaboração de normas *gerais*. A função legislativa estaria contaminada, portanto, se o poder legislativo passasse a aprovar normas específicas destinadas a um indivíduo ou grupo. Isso violaria sua integridade na medida em que não cabe ao poder legislativo aprovar normas particulares, mas sim normas gerais, com generalidade normativa e justificativa geral. Ao criar normas particulares, a contaminação ocorreria seja porque um mesmo ramo do governo estaria concentrando duas funções – a criação de normas gerais e particulares, seja porque a sociedade não teria o benefício do legislativo fazendo seu trabalho distintivo e importante. O papel do princípio da separação dos poderes nesse caso é justamente tornar mais difícil a ação de subverter a criação de normas gerais em nome de interesses específicos. Essa seria uma forma do próprio poder legislativo contaminar sua integridade (cf. WALDRON, 2013, p. 560/561).

No que diz respeito ao poder judiciário, a contaminação de sua integridade parece ser mais delicada e complexa, uma vez que ao fazer uso do poder de interpretação de normas já existentes os juízes acabam por criar novas normas. Waldron ressalta que a familiaridade que se tem atualmente com a atividade legislativa do judiciário “não pode nos cegar com relação às dificuldades que isso coloca do ponto de vista da separação dos poderes” (WALDRON, 2013, p. 462). Entre essas dificuldades, o autor destaca a insegurança jurídica gerada pela situação em que ao aplicar uma norma a um caso concreto o juiz está ao mesmo tempo criando e aplicando retroativamente a lei. Assim, nesse caso não ocorre apenas a indistinção entre as funções de legislar e de julgar, mas também é pulada uma etapa do processo de governo articulado, pois a lei será criada no momento de sua aplicação. Na opinião do autor, tais dificuldades não são “nem evitáveis nem insuperáveis, mas elas são o tipo de dificuldades que surgem quando a lógica de uma espécie de função do governo é contaminada por outra” (WALDRON, 2013, p. 463).

Em outros textos, exatamente no intuito de evitar esse tipo de problemas, Waldron tem sustentado, vinculando-se ao positivismo jurídico, que a atividade interpretativa do judiciário deve ater-se à letra da lei, sem apelo a considerações morais ou políticas e tampouco às intenções do legislador, pois o que possui autoridade é somente o texto aprovado pelo poder legislativo. Isso, em seu entendimento, é um modo de manter a fidelidade à autoridade do legislador democrático e de não promover a indistinção entre as funções do governo (cf. WALDRON, 1999, p. 119-146). As críticas formuladas por Waldron à revisão judicial em sentido forte e sua defesa de um modelo de revisão judicial em sentido fraco, apresentados na seção anterior, também chamam a atenção para a necessidade de se pensar um desenho institucional capaz de ater-se à ideia do governo articulado.

5. Considerações finais

O propósito deste artigo foi retomar, principalmente a partir da obra de Jeremy Waldron, a literatura que tem sido produzida a fim de questionar a tese da superioridade do poder judiciário como fórum para a discussão e deliberação a respeito de princípios e de direitos em desacordo.

Desde o final dos anos de 1990, Waldron é uma das vozes que tem se levantado e questionado a distinção de tratamento atribuída às instituições legislativa e judiciária, que considera o legislativo como local de troca de favores, de realização de negociações, de corrupção e predomínio do interesse privado sobre o público, ao passo que o judiciário é tomado como um *locus* afastado dos interesses e paixões da maioria, assim como um fórum de tomada de decisões técnicas, arrazoadas e que visam o interesse público. Esse tratamento muitas vezes encontra suporte na confusão metodológica mencionada nas primeiras páginas desse artigo, isto é, enquanto o judiciário é avaliado a partir de critérios normativos (como deveria ser), o legislativo é tratado a partir de critérios descritivos (como é).



Como mostra Waldron, as divergências existentes em sociedades plurais, que encontram-se nas *circunstâncias da política*, faz com que disputas a respeito do significado de princípios constitucionais e de direitos em desacordos não possam ser consideradas meramente como divergências técnicas, isto é, divergências sobre qual é a melhor interpretação de direitos assegurados constitucionalmente. Temas como casamento gay, cotas sociais e raciais, aborto, proteção à privacidade, liberdade de expressão e de ir e vir, entre outros, provocam discordâncias profundas entre os cidadãos e, por esta razão, quando essas divergências são interpretadas e decididas, seja dentro do legislativo ou do judiciário, os resultados não serão meramente técnicos, mas sim políticos.

O desvelamento da imparcialidade ou da tecnicidade das decisões judiciais promovido por teorias como a de Waldron é importante para esclarecer o que está em jogo e como o jogo está sendo jogado. No contexto das sociedades democráticas hodiernas, e principalmente no contexto da sociedade brasileira, verifica-se que a defesa do judiciário como melhor fórum de decisão sobre princípios deixou de restringir-se às teses acadêmicas e alcançou o público em geral. Desse modo, o argumento da imparcialidade judicial, isto é, que a decisão tomada por um magistrado é técnica e não política, facilmente transforma-se em um argumento em prol da verdade de uma posição política em detrimento da outra. Como alertou Urbinati ao considerar a democracia epistêmica ou apolítica como uma desfiguração da democracia, a busca da verdade ou da moralidade no âmbito da política tende a reprimir os conflitos e a sufocar os desacordos que são inerentes às sociedades pluralistas.

Ao reconhecer a inevitabilidade do aspecto político em decisões sobre direitos em desacordo, a teoria de Waldron chama a atenção para alguns remédios que podem ser propostos, a saber, a tentativa de evitar interpretações judiciais que se afastem em demasia do texto da lei, um desenho institucional no qual o poder judiciário e, em especial, os tribunais constitucionais não tenham a possibilidade de declarar a nulidade de uma norma aprovada pelo poder legislativo e, por fim, a defesa da tese de que, para que o ideal de Estado de Direito seja levado a sério, é preciso colocar em prática a proposta de um governo articulado, no qual o princípio da separação dos poderes implica que as etapas de produção e aplicação do direito devem ser respeitadas, justamente para assegurar aos cidadãos a previsibilidade inerente à ideia de Estado de Direito. Essa proposta fica comprometida quando um tribunal, sob o argumento de interpretação de normas constitucionais abstratas (como os direitos fundamentais) cria o direito e ao mesmo tempo o aplica. Nesse sentido, seria possível afirmar, com Condorcet, que estaríamos diante de uma espécie de *despotismo indireto*, uma vez que o poder judiciário, com sua participação na função legislativa, faz uso da arma mais respeitável – a lei – de modo a gerar insegurança e abalar a previsibilidade do direito.

As teses de Waldron, contudo, parecem não prescindir de um bom funcionamento dos poderes legislativo e executivo (democraticamente eleitos), pois na ausência da possibilidade de o poder judiciário realizar um “veto” à normas que violam direitos, as demais instituições, e inclusive os cidadãos, devem estar amadurecidos para realizarem, por meio de outros canais, essa espécie de controle (ainda que seja o canal das eleições periódicas, pelo qual é possível evitar a eleição de representantes que ameacem direitos, liberdade e a própria democracia).

Em um livro de 2012 denominado *The harm in the hate speech*, Waldron compara o ambiente democrático ao meio ambiente. Segundo ele, é papel do direito e das instituições impedir que o ambiente democrático seja poluído por uma cultura de intolerância ou de ódio, do mesmo modo que as leis proíbem a poluição ambiental, uma vez que, após a poluição, os danos podem ser irreversíveis. Desse modo, sua teoria parece pensar em modos de se manter um círculo virtuoso em sociedades democráticas. Contudo, a questão que ainda fica aberta, e essa me parece ser a nossa questão neste momento, é como agir quando o ambiente democrático já foi poluído. Em outras palavras, se trata de pensar nos modos de romper com o círculo vicioso.



Referências Bibliográficas

CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat, marquis. *Escritos político-constitucionais*. Tradução e apresentação de Amaro de Oliveira Fleck e Cristina Foroni Consani. Campinas: Editora da Unicamp, 2013.

CONSANI, Cristina Foroni. A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 59, p. 143-173, 2014.

_____. Democracia e os discursos de ódio religioso: o debate entre Dworkin e Waldron sobre os limites da tolerância. *Ethic@ (UFSC)*, v. 14, p. 174-197, 2015a.

_____. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. *Quaestio Iuris (Impresso)*, v. 8, p. 2424-2448, 2015b.

_____. Separação dos poderes e Estado de Direito: considerações a partir da teoria de Jeremy Waldron. *Pensar (UNIFOR)*, v. 21, p. 123-149, 2016.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist Papers*. Edited by Isaac Kramnick, London: Penguin Books, 1987.

PINZANI, Alessandro. Democracia versus Tecnocracia: apatia e participação em sociedades complexas. In: *Lua Nova*, n. 89, 2013, p. 135-168.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Jussara Simões; revisão técnica Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

URBINATI, Nadia. *Democracy disfigured: opinion, truth and the people*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2014.

WALDRON, Jeremy. *Liberal rights: collected papers, 1981-1991*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

_____. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115, 2006, p. 1346-1406.

_____. Constitutionalism – A Skeptical View. In: T. Christiano/ J. Christman (orgs.). *Contemporary Debates on Political Philosophy*. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, pp. 267-282.

_____. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2012.

_____. *Political Political Theory: essays on institutions*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2016.

Habermas e o positivismo jurídico

Delamar José Volpato Dutra¹ [UFSC/CNPq]
djvdutra@yahoo.com.br
Professor do Departamento de Filosofia – UFSC
Pesquisador CNPq

Resumo: uma das teses fundamentais de Habermas no que diz respeito à relação entre direito e moral é que o direito alivia três exigências que são feitas à moral, quais sejam, exigências cognitivas, motivacionais e organizacionais. Os defensores de uma relação forte entre direito e moral, como Dworkin, sustentam que a moral deve ser chamada para resolver os casos difíceis do direito. Ora, Habermas parece afirmar justamente o contrário, a saber, que é o direito que é chamado a suprir um déficit cognitivo da moral. O texto explora as consequências dessa afirmação para a teoria discursiva do direito de Habermas, em relação a uma das teses fundamentais do positivismo jurídico, qual seja, a de que a moral não pode ser um fundamento para o direito justamente por causa de sua indeterminação cognitiva, razão pela qual os positivistas jurídicos afirmam o elemento de decisão última da autoridade do direito, sem que, para tal, o conteúdo seja o ponto determinante. O texto coteja o quanto a teoria discursiva do direito de Habermas se aproxima ou se afasta dessa tese fundamental do positivismo jurídico.

Palavras-chave: Habermas, teoria discursiva do direito, positivismo jurídico, filosofia do direito, moral

Abstract: one of Habermas' fundamental theses regarding the relationship between law and morals is that law relieves three demands that are made on morals, namely, cognitive, motivational and organizational demands. Proponents of a strong relationship between law and morality, such as Dworkin, argue that morality must be called upon to resolve hard cases of law. Habermas seems to affirm just the opposite, namely, that it is law that is called to fill a cognitive deficit in morals. The text explores the consequences of this statement for Habermas' discursive theory of law, in relation to one of the fundamental theses of legal positivism, namely, that morality cannot be a foundation for law precisely because of its cognitive indeterminacy, which is why legal positivists affirm the element of ultimate decision of the authority of law, without the content being the determining point. The text compares how much the Habermas discursive theory of law approaches or departs from this fundamental thesis of legal positivism.

Keyword: Habermas, discursive theory of law, legal positivism, philosophy of law, morals

Recebido em 14 de março de 2020. Aceito em 28 de setembro de 2020.



Direito e moral: separação ou subordinação

O positivismo jurídico pode ser caracterizado pela tese segundo a qual não há conexão necessária entre direito e moral². A corrente contrária a esta é justamente a que defende uma conexão necessária entre o direito e a moral. Santo Tomás, por exemplo, não chega a dizer que a “lex iniusta non est lex”, mas sim que “non lex sed legis corruptio”³ [não é lei, mas uma corruptela de lei]. Mesmo na aplicação do direito, ele afirma: “injustum iudicium iudicium non est”⁴ [um julgamento injusto não é um julgamento]. Na atualidade, Alexy defende a tese de que uma norma ou uma decisão jurídica moralmente errada seria defeituosa no sentido de não ser uma norma jurídica *tout court*⁵.

As críticas de Habermas ao positivismo jurídico são bastante evidentes em sua obra. Porém, para bem avaliar a relação entre a teoria discursiva do direito e o positivismo jurídico há que se ter presente a relação entre direito e moral por ele proposta. Se a tese da separação entre direito e moral puder ser considerada um dos elementos principais da definição do positivismo jurídico, não se poderá, então, obliterar o tratamento da mencionada relação, a qual está no cerne da obra de Habermas sobre o direito. De fato, já no prefácio de FG⁶, ele escreve que a relação complementar entre direito e moral não é mais entendida por ele, na obra em questão, do mesmo modo como o fizera nas *Tanner Lectures*⁷. Nesse sentido, ele imputa a Apel um acesso à problemática “por demais normativista”⁸, sugerindo, portanto, como sendo sua própria posição, uma ligação menos normativa do direito à moral ou, quiçá, uma ligação simplesmente funcional. A hipótese acalentada neste estudo é a de que Habermas inverte a mencionada relação. Se antes defendia que a moral complementava o direito, agora é este que passa a complementar aquela. Melhor dito, apesar de ele sustentar uma complementação recíproca⁹ entre direito e moral, a complementação jurídica da moral passa a ter franca vantagem sobre esta última, como ver-se-á.

As consequências de tal troca de posição determinarão boa parte dos esclarecimentos que o presente artigo pretende fazer. Deve-se ajuntar a essa proposição, ainda, a tese da neutralidade do princípio do discurso, tese que originará um princípio de justificação próprio para a moral e, também, um princípio próprio para o direito, sugerindo forte independência do direito com respeito à moral. Em relação, especificamente, ao papel da ética discursiva no empreendimento da filosofia do direito de Habermas, há quem sustente a sua supressão da arquitetônica de FG, interpretação que portaria conexão estrita com a tese da neutralidade moral do princípio do discurso. As duas teses, aqui mencionadas, da complementaridade e da neutralidade, concernem a determinações internas à própria teoria discursiva do direito na formulação que lhe confere Habermas, sendo, dessa forma, de particular importância para os objetivos pretendidos.

Ademais, sob um ponto de vista estrutural da obra habermasiana, o tratamento do positivismo jurídico pode ser mapeado do seguinte modo: 1] o positivismo jurídico é criticado de forma direta, a partir do exame, feito por Habermas, da regra de reconhecimento de Hart¹⁰. É neste ponto, portanto, que Habermas trata diretamente de Hart e parece criticá-lo de uma perspectiva dworkiniana, ou seja, a crítica se dá porque a regra de reconhecimento válida o que seria o direito apenas através da legalidade dos procedimentos legislativos, em detrimento da consideração pelo conteúdo¹¹. Na resolução de casos difíceis, isso levaria ao decisionismo, pois o juiz faria seu julgamento discricionariamente. Entretanto, como se pretende mostrar, não só o apelo a conteúdos é problemático nos termos da teoria discursiva do direito, como, também, a especificação de tais conteúdos é deixada ao próprio direito operar, em razão da tese da indeterminação cognitiva da moral; 2] no próprio título de sua obra *Faktizität und Geltung*, a palavra *Faktizität* indica uma referência direta ao cerne do positivismo jurídico, em um sentido que será explicitado mais abaixo. Com relação à segunda palavra do título, ela remete, por seu turno, ao cerne de sua teoria discursiva do direito. Parece, assim, que ele tenta reconciliar o positivismo jurídico com a teoria discursiva do direito. O

¹¹TrFG1 p.250 [FG p. 247].

ponto, contudo, pretende-se sustentar, é que tal reconciliação é feita com franca vantagem para as teses do positivismo jurídico. Vale observar, em acréscimo, que Habermas é um crítico ferrenho da teoria do direito natural, rival histórica do positivismo jurídico. Ainda que ele afirme, categoricamente, que “a nau da teoria do discurso navega entre os escolhos do direito natural e do positivismo do direito”¹², é somente o direito natural que ele sustenta não estar mais disponível¹³. O que Habermas pretende é substituir o direito natural pela ética discursiva. Porém, sendo a ética discursiva de estirpe pós-metafísica, é de se perguntar se ela pode cumprir, ainda que de forma análoga, a função que antanho cumpria o direito natural, e como ela o faz.

A seguir, expor-se-á o positivismo jurídico, especialmente em sua versão exclusivista, a fim de, em seguida, comparar seus argumentos com certas consequências implicadas na teoria discursiva do direito de Habermas.

Positivismo jurídico: a tese da separação entre direito e moral

Raz, dentre outros¹⁴, destaca que um dos problemas centrais da Filosofia do direito é aquele da natureza do direito, ou seja, da busca por uma resposta à pergunta pelo que é o direito. Nesse sentido, ele aponta três teorias que tentam determinar o que é o direito: (1) a teoria linguística, em parte seguida por Hart, segundo a qual “all legal statements are statable by the use of sentences of the form ‘Legally p’”¹⁵; (2) a teoria da perspectiva do advogado, em parte seguida por Kelsen e Dworkin, para a qual “the law has to do with those considerations which it is appropriate for court to rely upon in justifying their decisions”¹⁶. Raz anota que teorias com esta perspectiva têm em vista o momento da deliberação, o que levaria à busca de uma justificação, finalizando por assumir uma conotação especificamente moral, pois a moral concerniria precisamente nas melhores justificações das normas e das ações; (3) a teoria institucional, como a de Austin, Bentham e do próprio Raz, nos termos da qual “law consists only of authoritative positivist considerations”¹⁷. Uma teoria assim concebida não teria conotação moral porque trataria da parte executiva do direito e não da parte deliberativa.

De acordo com essa estrutura conceitual, para se ter uma definição mais precisa do positivismo jurídico poder-se-ia recorrer a uma passagem da obra de Austin:

“The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or not be is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation”¹⁸.

¹²TrFG2 313-4 [FG p. 670].

¹³ TrFG1 247 [FG p. 244].

¹⁴ Por exemplo ALEXY, Robert. *The Nature of Legal Philosophy*. *Ratio Juris*. V. 17, n. 2, 2004, p. 156-67; ALEXY, Robert. *On Two Juxtapositions: Concept and Nature, Law and Philosophy. Some Comments on Joseph Raz’s “Can There Be a Theory of Law?”* *Ratio Juris*. V. 20, N. 2, 2007, p. 162-9. Para Kant, por outro lado, o que caracteriza a *Filosofia do Direito* é o estudo do direito sob o ponto de vista da justiça. Essa matriz própria da disciplina pode ser percebida já no início da *Doutrina do direito*. De fato, nos §A, B e C da *Introdução* a essa obra, Kant distingue lei [Gesetz] de direito [Recht]. Assim, ele pode diferenciar uma *doutrina do direito positivo* - ou seja, uma doutrina do direito cuja preocupação é a lei [Gesetz, ius] no sentido da lei positiva, - e uma doutrina do direito que tem por objeto o direito justo [Recht, iustum]. O especialista da primeira [iurisconsultus] seria o conhecedor do que “dizem ou disseram as leis [Gesetz] em um certo lugar e em um certo tempo” (*quid sit iuris*). O especialista da segunda seria o filósofo, visto que este buscaria o fundamento [Grundlage], ou seja, “o critério universal com que se pode conhecer em geral tanto o justo quanto o injusto (*iustum et iniustum*)”. Para uma melhor discussão dessa temática ver VOLPATO DUTRA, Delamar José. *Manual de Filosofia do Direito*. Caxias do Sul: Educus, 2008, especialmente o capítulo 1.

¹⁵ RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon, 1994, p. 198.

¹⁶ RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon, 1994, p. 199.

¹⁷ RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon, 1994, p. 206.

¹⁸ AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. New York: Noonday, 1954. [1. ed. 1832], p. 157.



Não obstante tal formulação, no mundo anglo-saxão, o positivismo jurídico se tornou caudatário da filosofia de Hart, cuja obra principal nasce como uma crítica ao direito natural, bem como a Austin e a Bentham. Um dos pontos-chave da teoria de Hart em relação àquela de Austin (e Bentham), especialmente baseada na coação, que concebia o direito como um comando, foi considerar o direito sob a perspectiva do participante. O ponto de vista interno ao direito, ou seja, aquele do participante, permite a Hart formular o direito com aproximações, às vezes indistintas em relação à moral, constituindo, certamente um aspecto do seu positivismo bastante diferente de outras formulações do mesmo.

Veja-se como isso se explica. Segundo ele, o direito é constituído de regras primárias dirigidas às pessoas em geral e de regras secundárias dirigidas às autoridades. As regras secundárias dizem como identificar, modificar e aplicar as regras primárias. A regra de reconhecimento, o conceito mais importante de Hart, é uma regra secundária dirigida às autoridades. A regra de reconhecimento é “a rule for conclusive identification of the primary rules of obligation”¹⁹. Nas palavras do comentador: “is a framework of normative presuppositions that underlie the law-identifying behavior of the officials in the system”²⁰. Ela operará como tal mesmo se permanecer inarticulada, mais ou menos como a gramática da linguagem natural, - segundo a qual os falantes aderem a um conjunto de prescrições que determinam a sua fala, - é operante mesmo que os sujeitos não consigam explicitar as suas regras.

Com relação a essa temática, Dworkin argumentou que a regra de reconhecimento, por um lado, não poderia dar conta do status legal dos princípios que compõem a ordem jurídica. Por outro lado, caso a regra de reconhecimento fosse capaz de diferenciar princípios de regras e compreender o papel daqueles, ela não mais serviria àquilo que Hart afirmava servir, pois em razão do escopo indeterminado dos princípios, ela não poderia funcionar como um instrumento teórico de identificação do que seria o direito²¹. Hart, em seu *Postscript* ao *The Concept of Law*, publicado postumamente²², rejeitou tal acusação, adotando a interpretação inclusivista de sua própria obra²³, interpretação esta que será explicitada abaixo.

Por um lado, nem Austin e nem Kelsen – os quais se posicionam contra a teoria concorrente do positivismo jurídico, a saber, a teoria do direito natural – são o foco principal dos debates contemporâneos em relação a essa corrente da filosofia do direito. Por outro lado, o debate atual é muito mais interno ao próprio positivismo jurídico do que em oposição às teorias concorrentes de Dworkin, de Habermas e do direito natural.

O mencionado debate interno ao positivismo ocorre entre os defensores do “inclusive legal positivism”, nomeado pelo próprio Hart em seu *Postscript* de “soft legal positivism” ou “incorporationist”, e os defensores do “exclusive legal positivism”, também conhecido como “hard legal positivism”. O pomo da discórdia entre os dois grupos está na interpretação de um ponto central do positivismo jurídico, justamente aquele da conexão entre direito e moral²⁴. O primeiro grupo que inclui Raz, Marmor, Himma, Shapiro, dentre outros, defende que a moral não é um critério necessário, e muito menos suficiente, para dar cunho jurídico a uma norma. Para eles, os conteúdos do direito, bem como a sua existência, são completamente

19 HART, Herbert. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961, p. 92.

20 KRAMER, Matthew H. *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 2. A regra de reconhecimento “is an array of norms on the basis of which the officials determine what counts as legally binding and what does not” [KRAMER, Matthew H. *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 110].

21 DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1977.

22 O mencionado *Postscript* se encontra em HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2. ed., Oxford: Clarendon Press, 1994.

23 HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2. ed., Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 250s.

24 Sobre essa temática ver VOLPATO DUTRA, Delamar José, LOIS, C. C. Modelos de moralização do direito: um estudo a partir de Habermas. *Seqüência*. V. 55, 2007, p. 233-252.

determinados pela fonte social de onde o mesmo se origina. O segundo grupo, representado por autores como Coleman e pelo próprio Hart, defende que o direito pode portar uma conexão com a moral. Sobre esse ponto ainda voltar-se-á adiante.

Essa oposição entre os positivistas nasce, em grande parte, da reação da teoria positivista às críticas feitas por Dworkin em *Taking Rights Seriously*²⁵, especialmente contra Hart. Ele teceu várias críticas ao positivismo, mas duas delas são particularmente interessantes para o presente contexto: A] o direito não é só composto de regras, mas também de princípios. Isso conferiria ao direito, segundo ele, um caráter essencialmente controverso, o que seria incompatível com a regra de reconhecimento de Hart; B] a validade jurídica não é, por sua própria natureza, separada de considerações de conteúdo e mérito. Acima de tudo, não é separada de questões morais. Segundo Dworkin, pelas razões expostas, o positivismo jurídico não conseguiria dar conta, adequadamente, do papel que os princípios morais desempenhariam, principalmente na resolução dos casos difíceis.

Em textos posteriores, Dworkin explicitou melhor a sua concepção. Segundo ele, os atos do legislativo e do judiciário, tomados em seu conjunto, pressupõem uma moralidade política. Essa moralidade política compõe o direito. Ela opera, portanto, já na própria fonte de onde se origina o direito, de tal modo que a eficácia de uma lei como razão de agir passa a depender em grande medida do seu conteúdo. Por exemplo, as leis nazistas não mereceriam respeito porque flagrantemente imorais nos termos de uma moral do igual respeito e consideração, a começar pelo desrespeito fundamental pela vida de todos. De fato, Dworkin sustenta que a diferenciação empírica de instituições jurídicas, ou seja, a questão sociológica do que “makes a particular structure of governance a legal system rather than some other form of social control, such morality, religion, force, or terror”²⁶ has “neither much practical nor much philosophical interest” se comparado à “doctrinal question” do que “makes a statement of what the law of some jurisdiction requires or permits true?”²⁷. No final, a posição de Dworkin é a de que “we might treat law not as separate from but as a department of morality”²⁸, isso é, “we might treat legal theory as a special part of political morality distinguished by a further refinement of institutional structures”²⁹.

Como resposta a essa crítica de Dworkin, originou-se o positivismo jurídico inclusivo, o qual aceita que a moral possa ser parte das condições suficientes da validade do direito em um sistema jurídico determinado. Contudo, tratar-se-ia sempre de uma aceitação contingente, derivada de uma escolha originária da fonte do direito, e não decorrente da própria natureza deste. Assim, o positivismo jurídico inclusivo seria uma reação³⁰ da teoria positivista que permitiria acomodar essas e outras críticas de Dworkin, sem abandonar o principal para a teoria, ou seja, o fundamento do direito em fatos sociais e convenções. Nessa perspectiva, o positivismo jurídico inclusivo poderia ser definido do seguinte modo: “it can be the case, though it needs not to be the case, that a norm’s consistency with some or all of the requirements of morality is a precondition for the norm’s status as a law in this or that jurisdiction”³¹. Vale dizer, tal condição de validade não é inerente ao conceito de direito, mas pode ser imposta como um teste de validade em um regime jurídico determinado.

²⁵Trata-se, na verdade, do cap. 2 do livro que é uma republicação de um artigo inicialmente editado em 1967: DWORKIN, Ronald. *The Models of Rules*. *University of Chicago Law Review*. N. 14, 1967.

²⁶DWORKIN, Ronald. *Hart and the Concepts of Law*. *Harvard Law Review Forum*. V. 119, 2006, p. 95.

²⁷DWORKIN, Ronald. *Hart and the Concepts of Law*. *Harvard Law Review Forum*. V. 119, 2006, p. 96.

²⁸DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 34.

²⁹DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 35.

³⁰KRAMER, Matthew H. *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p.2.

³¹KRAMER, Matthew H. *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 2.

Portanto, o positivismo jurídico inclusivo é *inclusivo* porque contempla princípios morais entre os critérios que guiam as autoridades na determinação do que é o direito, e ele é *positivista* porque rejeita o ponto de vista segundo o qual todo sistema jurídico tenha de ter, entre seus critérios de determinação, padrões morais³². Com efeito, pode ser o caso que um princípio moral seja um critério suficiente para a determinação do caráter jurídico de uma norma, mas essa não é uma condição necessária ínsita à própria definição de uma norma jurídica. Dessa forma, se concede a Dworkin que os princípios morais possam entrar na ordem jurídica, mas não que tenham de necessariamente fazer parte dela. Os inclusivistas são, portanto, acomodacionistas da moral no sistema jurídico. Porém, a acusação que é dirigida a eles é a de fazerem tantas concessões que os seus possíveis ganhos acabariam por se constituir em uma vitória de Pirro³³. Hart, nesse sentido, como já mencionado, pode ser considerado um caso de positivismo jurídico inclusivo, algo por ele mesmo admitido no seu *Postscript*, sendo Coleman um de seus expoentes contemporâneos.

Por seu turno, o positivismo jurídico exclusivo “maintain that the very nature of Law is inconsistent both with the role of moral principles as legal norms and with their role as criteria for validating legal norms”³⁴. Assim, quando a moral funciona como um standard que afeta uma decisão das autoridades é porque a mesma não foi tomada em bases exclusivamente legais, como deveria ser. Em outras palavras, “the operativeness of such principles in adjudication is not to be mistaken for their having become elements of the Law”³⁵. Assim como o uso que o direito faz da aritmética não a transforma em um conceito jurídico, da mesma forma, o fato de o direito empregar conceitos morais não tem o condão de transformá-los em conceitos jurídicos, de tal forma que, sustentam os exclusivistas, direito e moral são essencialmente separados, e não só acidentalmente separados, como poderia ser inferido da posição inclusivista.

Para a posição exclusivista, haveria certas propriedades ínsitas ao direito que aqueles que tergiversam com a moral não dariam conta³⁶, como, “its claim to authoritativeness, its capacity to guide behavior, its coventionality, its regularity, its institutional stratification capped by some Paramount tribunal (s)”³⁷. Shapiro, por exemplo, sustenta que os inclusivistas não dão conta da “Law’s essencial ‘guidance function’”³⁸. Isso ocorreria porque o positivismo jurídico inclusivo “allows the existence of a valid legal norm to depend on controversial moral questions that law’s introduction was supposed to have eliminated”³⁹. Com isso, a moral, e não o direito, passaria a ser a guia motivacional e epistemológica, porém, ela seria ineficaz nesse particular, pela razão que será apontada mais adiante. Raz, cuja teoria será apresentada abaixo, como um dos principais representantes da posição exclusivista, sustenta que a conexão necessária entre direito e

³²KRAMER, Matthew H. *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 2.

³³Uma argumentação semelhante a essa pode ser encontrada em DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

³⁴KRAMER, Matthew H. *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 2.

³⁵KRAMER, Matthew H. *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 5.

³⁶[...] todo positivista exclusivo propõe um tipo de argumento a priori sobre o direito que tem sempre a mesma forma lógica: (1) há uma característica C que é indispensável para o conceito de direito; (2) critérios morais são incompatíveis com a característica C; (3) logo, critérios morais são incompatíveis com o conceito de direito. [...] Em Raz a característica C é a reivindicação de autoridade, que implica a reivindicação de razões excludentes e de preempção de razões, sem a qual o direito se ofereceria como facultativo, em vez de obrigatório. O motivo por que a reivindicação de autoridade é incompatível com critérios morais é que critérios morais só são vinculantes par quem concorde com eles racionalmente, abrindo-se para a crítica e questionamento do destinatário, o que constitui precisamente o inverso da reivindicação de autoridade sem a qual o direito deixa de ser direito” [COELHO, André. O positivismo exclusivo de Andrei Marmor: convenções e interpretação. In TORRANO, Bruno, OMMATI, José Emilio Medauer. *O positivismo jurídico no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 273].

³⁷KRAMER, Matthew H. *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 9.

³⁸SHAPIRO, Scott. Law, Morality, and the Guidance of Conduct. *Legal Theory*. V. 6, 2000, p. 127-170.

³⁹WALUCHOW, WJ. Legality, Morality, and the Guiding Function of Law. In KRAMER, Matthew H. et al (eds.). *The Legacy of H. L. A. Hart*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 89.

moral “it is insufficient e.g. to establish a prima-facie obligation to obey the Law”⁴⁰. Ou seja, tal posição não daria conta da “authoritative nature of Law”.

Em síntese, para os exclusivistas, trata-se da defesa da tese da separação entre moral e direito, a saber, que o critério para a validade jurídica de qualquer norma não pode incluir testes morais, e, juntamente com isso, a sustentação da ‘sources thesis’ como suficiente para determinar o que é o direito, em vez da tese do mérito da norma. A mencionada tese da origem pode ser assim formulada: “that the existence of legal norms must depend exclusively on whether they have the appropriate source in, e.g., precedent or parliamentary legislation”⁴¹.

Da mesma maneira que Hart constrói a sua teoria como uma crítica aos teóricos do direito natural e a Bentham, Raz se opõe a Dworkin, que ele vê como um representante do direito natural, ainda que com um matiz próprio, e a Hart, como um representante do positivismo jurídico inclusivo. O problema que está em questão na filosofia do direito de Raz, “in particular it concerns the question whether it is ever the case that a rule is a rule of law because it is morally binding, and whether a rule can ever fail to be legally binding on the ground that it is morally unacceptable”⁴². Trata-se, portanto, da análise do vínculo entre moral e direito para saber se este vínculo é uma condição necessária e suficiente da validade de uma norma jurídica. Nesse particular, para Hart, como visto, o conteúdo e a existência de uma lei devem ser considerados como um fato social, cuja conexão com a moral é contingente e precária.

Raz sumariza três teses sobre a mencionada relação entre direito e moral, as quais permitem também classificar as várias teorias existentes sobre o assunto. Elas são: (a) a tese da origem ou da fonte (the sources thesis), segundo a qual todo o direito é baseado na fonte estabelecida de onde se origina; (b) a tese da incorporação, segundo a qual todo o direito é baseado na fonte estabelecida de onde se origina ou de algum modo tem um vínculo com tal base; (c) a tese da coerência, segundo a qual o direito é baseado na fonte estabelecida de onde se origina em conjunção com a sua melhor justificação moral⁴³. Como se pode perceber nas duas últimas teses, o direito pode ser enriquecido por normas não originadas diretamente da fonte estabelecida de onde se originam as normas jurídicas, sendo que “the coherence thesis insists that every legal system necessarily includes such laws”⁴⁴. A teoria de Dworkin pode ser classificada como coerentista segundo a análise anterior, assim como a de Hart pode ser considerada como pertencente à tese da incorporação. Raz, evidentemente, pretende seguir a primeira das teses.

O conceito fundamental no qual Raz baseia a sua teoria, como já mencionado, é aquele de autoridade. O interessante é que ele analisa tal conceito a partir de uma perspectiva inusitada, a saber, aquela da motivação para a ação. Assim, ele transforma a autoridade em uma razão para agir⁴⁵, a qual pode, então, ser comparada com outras razões para agir, permitindo determinar, desse modo, as suas qualidades específicas em relação à moral, que é aquilo que lhe interessa. O que é distintivo das ordens emanadas da autoridade “is their special peremptory status”⁴⁶, ou seja, a razão para agir originada da autoridade é terminativa, ela

⁴⁰RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 211; RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon, 1979.

⁴¹WALUCHOW, W.J. Legality, Morality, and the Guiding Function of Law. In KRAMER, Matthew H. et al (eds.). *The Legacy of H. L. A. Hart*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 87.

⁴²RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon, 1994, p. 210.

⁴³RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon, 1994, p. 211.

⁴⁴RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon, 1994, p. 211.

⁴⁵As ordens da autoridade “are reasons for actions for their subjects” [RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon, 1994, p. 211].

⁴⁶RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon, 1994, p. 212.

tem que ser cumprida, não se podendo mais tergiversar sobre a mesma. Isso significa dizer que a decisão da autoridade tem que ser seguida pela simples razão de ter sido dita pela autoridade.

Segundo Raz, a ordem da autoridade que funciona como uma razão para agir pode ser considerada segundo um duplo aspecto. O primeiro seria aquele da dependência ou da conexão com outras razões, de tal forma que uma razão de agir é relacionada com outras razões de agir. É uma razão que vem colada com outras razões. Não obstante, tal caráter não pode ser entendido como se a ordem da autoridade contasse como uma razão entre outras. Não, ela resume um conjunto de razões na determinação da ação. O segundo aspecto é o de preempção. Como preempção, a ordem da autoridade é uma razão que substitui outras⁴⁷, e não uma razão a mais dentre outras para agir. Ela é uma razão para agir que “replace the reasons on which it depends”⁴⁸, de tal forma que ela irá determinar o que fazer.

Se o primeiro aspecto, aquele da dependência, que resume um conjunto de razões, fosse o único possível, então, a autoridade teria uma função de mediar as razões que as pessoas teriam para agir. Desse modo, um pai poderia tomar por justificada a pensão a que é condenado a pagar porque ele já acreditava que os pais devem sustentar os filhos. Entendida desse modo, as autoridades, segundo Raz, apenas refletiriam razões dependentes. Por isso, a autoridade precisa ser entendida de acordo com o segundo aspecto, como uma razão que substitui outras razões, a fim de marcar o propriamente peremptório de sua ordem. Como ver-se-á, é justamente esse segundo aspecto que parece faltar na perspectiva inclusivista, devido à sua contaminação por razões morais, obviamente alocadas na perspectiva da autoridade considerada sob o primeiro viés.

A autoridade, na formulação que lhe dá Raz, é tal que não pode ser mais questionada a partir das razões pelas quais ela surge e se determina⁴⁹. Ou seja, as regras emanadas da autoridade visam a ofertar uma decisão final e obrigatória sobre matérias sujeitas inclusive a divergência moral. Para tal, é necessário que elas se baseiem não em um conteúdo moral, visto ele mesmo ser objeto de disputa, mas no simples fato da sua emissão pela autoridade competente. Como preempção, o direito nasceria como um *Deus ex machina* para resolver um conflito⁵⁰. Portanto, a fonte da autoridade não pode residir em uma teoria moral, mas tem que operar como “pre-emptive reasons” ou como uma razão para a ação que exclui outras⁵¹. Em suma, “following this analysis, inclusive legal positivism must fail, it is argued, because it is inconsistent with a core aspect of law, the legal system’s purporting to be a justified practical authority”⁵². Como mostrar-se-á abaixo, Hobbes e Schmitt já haviam chamado a atenção para aspectos muito semelhantes a estes.

Isso não significa que não se possa criticar uma tal razão de agir. O que fica excluída é uma ação que corresponda à crítica, de tal forma que “it is merely action for some of these reasons which is excluded”⁵³. Ou seja, a reflexão sobre outras razões para agir pode continuar, mas não pode haver ação que se siga delas, se contrárias àquela determinada pela autoridade. Por exemplo, pode-se ter razões para não pagar o imposto de renda, como a corrupção, mas a ação de sonegar o tributo está excluída pela autoridade. *In verbis*, “the only proper way to acknowledge the arbitrator’s authority is to take it to be a reason for

⁴⁷ “I shall call a reason which displaces others a pre-emptive reason” [RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon, 1994, p. 213].

⁴⁸RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon, 1994, p. 212.

⁴⁹RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon, 1994, p. 219.

⁵⁰RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon, 1994, p. 225.

⁵¹RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon, 1994, p. 199s.

⁵²BIX, Brian H. Legal Positivism. In GOLDING, Martin P., A. EDMUNDSON, William [Eds.]. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell, 2006, p. 37.

⁵³RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon, 1994, p. 213.

action which replaces the reasons on the basis of which he was meant to decide”⁵⁴. A preempção não se mistura com outras razões, não sumariza outras razões, mas as substitui. Nesse sentido, pode-se dizer que o legislativo cria razões para agir, substituindo quaisquer outras, e que o judiciário as aplica.

O passo seguinte de seu argumento é conectar autoridade e direito: “if the claim to authority is part of the nature of the Law, then whatever else the law is it must be capable of possessing authority”⁵⁵. Isso significa que mesmo uma lei ruim terá que ser obedecida. Portanto, se o direito tem autoridade, segue-se que ele tem todos os atributos não morais ou não normativos da autoridade⁵⁶. Logo, a existência e o conteúdo de uma ordem da autoridade “cannot depend exclusively on the reasons for it. The existence and content of every directive depend on the existence of some condition which is itself independent of the reasons for that directive”⁵⁷. Ou seja, ela tem que poder honrar o mencionado segundo aspecto da autoridade. Dessa forma, as fontes mais comuns do direito não obedecem a condições morais. Isso porque é um fato evidente que uma lei pode ser arbitrária e pode falhar em relação à sua aquiescência com as razões das quais dependeria. Da mesma forma, uma lei para ser compreendida e ser lei não precisa nem portar essa conexão com razões. Ela pode, simplesmente, ser uma lei só no segundo aspecto que foi declinado acima. Não precisa ter conexão alguma com outras razões, de tal forma que o aspecto mais importante é certamente o segundo que foi mencionado, a preempção.

Já Hobbes estabeleceu a autoridade como contraponto à indeterminação do direito. Segundo ele, todas as leis precisam ser interpretadas, visto que dois fatores contribuem para gerar conflitos de interpretação: o primeiro é o da diversidade de significações das palavras; o segundo é o da cegueira que as paixões operam. Por mais verdadeiras que fossem as interpretações, sem a autoridade do Estado, elas não seriam leis, ou seja, mesmo com toda a evidência de verdade, uma interpretação não seria lei pela razão de ser verdadeira⁵⁸. A sentença, portanto, é uma interpretação que resolve um conflito de interpretações. Tal interpretação passa a ser lei, a ter força de lei, não pela sua verdade intrínseca, mas tão somente por ser dada pela autoridade do soberano⁵⁹. A isso Heck chama de legalismo positivista absolutista⁶⁰.

Schmitt tomará por base o capítulo XXVI do *Leviathan*, salientado no parágrafo anterior, para catalogar Hobbes como um representante do decisionismo, cuja conceituação remete à antítese entre *audivitas*

⁵⁴RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon, 1994, p. 213.

⁵⁵RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon, 1994, p. 215.

⁵⁶RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon, 1994, p. 218.

⁵⁷RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon, 1994, p. 220.

⁵⁸“The authority of writers, without the authority of the Commonwealth, maketh not their opinions law, be they never so true. That which I have written in this treatise concerning the moral virtues, and of their necessity for the procuring and maintaining peace, though it be evident truth, is not therefore presently law, but because in all Commonwealths in the world it is part of the civil law. For though it be naturally reasonable, yet it is by the sovereign power that it is law” [HOBBS, Thomas. *Leviathan*. London: Penguin, 1985, Chap. XXVI].

⁵⁹“The Sentence he [the judge] giveth, is therefore the Interpretation of the Law of Nature; which Interpretation is Authentique; not because it is his private Sentence; but because he giveth it by Authority of the Sovereign, whereby it becomes the Sovereigns Sentence; which is Law for that time, to the parties pleading [HOBBS, Thomas. *Leviathan*. London: Penguin, 1985, Chap. XXVI].

⁶⁰“Por mais absolutista que a teoria do legalismo positivista hobbesiano seja, ela não absorve a liberdade natural como fonte do direito. Para o teórico político inglês, nenhum homem pode ser obrigado a se matar, a ser proibido de defender a integridade física e de eliminar quem atenta contra a sua vida, a ser forçado a confessar um crime sem garantias de perdão ou a cumprir ordens que impliquem alto risco ou desabonem a sua honra. Hobbes não integra o direito na lei e nem ajusta a lei ao direito, de modo que à liberdade natural dos súditos não corresponde lacuna legal nos comandos do soberano” [HECK, José N. *Thomas Hobbes: passado e futuro*. Goiânia: EdUFG, 2004, p. 135-6].

e veritas: auctoritas, non veritas, facit legem⁶¹. Schmitt explica, com precisão, o que pode ser extraído do ensinamento da dicção hobbesiana do poder soberano, a saber, a decisão adicionaria algo que não estaria contido no conteúdo da norma. Esse algo seria indiferente ao conteúdo, de tal forma que, se a decisão fosse pensada como um silogismo no qual a norma ocupasse a posição da premissa maior e o fato a posição da premissa menor, na conclusão, ou seja, na decisão, haveria um elemento não contido nas premissas, sendo tal elemento aquele da autoridade, justamente o que determina o conteúdo concreto, bem como sua efetividade, indiferente à justiça do mesmo⁶². Isso desacopla o predicado da força de uma decisão daquele de sua fundamentação, da evidência de sua verdade moral: “a força jurídica de uma decisão é algo distinto do resultado de sua fundamentação”⁶³. Tudo o que importa é que se estabeleça a autoridade como aquela que tem competência para decidir, pois, apostrofa ele, “qualquer um poderia remeter-se a um conteúdo correto se não existisse uma instância última. Por conseguinte, o problema é o da competência: a qualidade jurídica do conteúdo de um preceito nem sequer permite levantar esse problema, muito menos resolvê-lo”⁶⁴.

Pode-se concluir da argumentação acima que os princípios morais ou não cumprem a função de motivar, de fazer diferença prática nas razões para agir, como pensa Raz, conforme acima exposto, ou não cumprem a função epistemológica de dizer com clareza o que fazer⁶⁵. Nesse sentido, preceitos jurídicos cumprem a função epistemológica de conhecer o que fazer. Se o preceito não fosse capaz dessa determinação, só restaria a virtude. Porém, o sistema jurídico não sobrevive da virtude, por definição.

Dois exemplos podem ajudar a entender o ponto de vista dos positivistas exclusivistas. O primeiro é aquele do comando constitucional que proíbe penas cruéis, pois a sua determinação depende da noção moral de crueldade, sobre a qual não há consenso⁶⁶. Poder-se-ia perguntar: a pena de morte executada sem dor física alguma, é cruel? Encarcerar alguém por vinte anos, por exemplo, durante toda a sua juventude, dos vinte aos quarenta anos, é cruel? O ponto é que a crueldade só operará, juridicamente, por um ato de determinação da autoridade, e não pela justiça intrínseca do conteúdo específico que decorre dela, haja vista tal conteúdo ser ele mesmo problemático. Assim, nos Estados Unidos a pena de morte não é considerada cruel pela Suprema Corte, ao passo que no Brasil, ela pode ser considerada cruel. Por isso, na verdade, a noção moral posta à base da norma é incapaz de fornecer uma razão para agir ou determinar, sob o ponto de vista epistemológico, o que fazer.

⁶¹SCHMITT, Carl. *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. [Trans. by George Schwab: *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*]. Cambridge: The MIT Press, 1985 [1922], p. 33. Ver também SCHMITT, Carl. *El Leviathan en la teoría del estado de Tomas Hobbes*. [Trad. F. J. Conde]. Granada: Comares, 2004, p. 39. Para um maior esclarecimento do conceito de *auctoritas* ver: AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. [I. D. Poletti: *Stato diritti eccezione*]. São Paulo: Boitempo, 2004, cap. 6.

⁶²A decisão “agrega um elemento impossível de derivar do conteúdo da mesma, assim como tampouco, ao aplicar-se uma norma positiva geral, do conteúdo desta. Cada decisão jurídica concreta contém um elemento de indiferença com respeito ao conteúdo porque a conclusão jurídica não emana em sua totalidade de suas premissas e o fato de ser necessária a decisão se conserva como elemento determinante autônomo” [SCHMITT, Carl. *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. [Trans. by George Schwab: *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*]. Cambridge: The MIT Press, 1985 [1922], p. 30].

⁶³SCHMITT, Carl. *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. [Trans. by George Schwab: *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*]. Cambridge: The MIT Press, 1985 [1922], p. 32.

⁶⁴SCHMITT, Carl. *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. [Trans. by George Schwab: *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*]. Cambridge: The MIT Press, 1985 [1922], p. 33.

⁶⁵HIMMA, Kenneth Einar. Law’s Claim of Legimate Authority. In COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the ‘Concept of Law’*. Oxford University Press, 2001, p. 271-310.

⁶⁶HIMMA, Kenneth Einar. Law’s Claim of Legimate Authority. In COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the ‘Concept of Law’*. Oxford University Press, 2001, p. 275.



O exemplo seguinte também pode ilustrar o ponto de vista do positivismo exclusivo. Suponha que um cientista diga, em 2010, que a teoria do *big bang* estará provada se a resolução da equação *a* for positiva. Significa que o mencionado cientista provou a teoria do *big bang*? Suponha-se que em 2020 a equação *a* seja resolvida positivamente. Teria aquele cientista provado a teoria? O ponto é que há algo que precisa ser determinado, mas tal determinação é remetida a um conceito ele próprio indeterminado. A esses argumentos endereçados contra os que conectam o direito à moral, deve-se acrescentar, ainda, uma consideração que Dworkin articula como positivismo político⁶⁷, a saber, a dificuldade de atribuir ao autor das leis, ao legislador, a regra deduzida de um princípio moral, devido a uma derivação indireta que é feita a partir dos princípios. Ou seja, como sustenta Dworkin, o positivismo jurídico porta uma aura de defesa da democracia. Veja-se, nesse sentido, como se expressa Raz: a tese da incorporação “makes the law include standards which are inconsistent with its mediating role, for they were never endorsed by the law-making institutions on whose authority they are supposed to rest”⁶⁸.

A decisão, portanto, é a questão que se delineia como problema na filosofia do direito de Habermas. Ele pretende discipliná-la no emaranhado dos processos comunicativos. No entanto, os motivos que o levam a aproximar a racionalidade comunicativa e o direito não lhe permitem manter uma simetria estrita com o operar da teoria discursiva na ética discursiva. Se nesta, por um lado, os processos comunicativos vigem plenamente, inclusive dispondo do tempo que for preciso, por outro lado, no direito, eles são interrompidos em um dado momento, de tal forma que, neste momento preciso da interrupção, a formulação schmittiana da decisão é aquela que teima em se furtar aos procedimentos comunicativos. Dito claramente, no direito se imiscui um elemento estranho ao procedimento comunicativo, aquele da autoridade que se une a uma dada interpretação. A pergunta que cabe é se a sua teoria discursiva consegue evitar a objeção de Schmitt, a saber, de que a decisão seria um elemento que não se seguiria do conteúdo da norma.

Feitas essas considerações, pode-se apontar para uma aproximação possível da teoria discursiva do direito de Habermas com a defesa da autoridade operada pelos positivistas jurídicos exclusivistas.

A teoria discursiva do direito de Habermas: a tese da complementaridade

Considerando-se a exposição acima, torna-se viável vislumbrar uma possibilidade de análise da posição de Habermas, no sentido de melhor compreender algumas consequências de duas teses principais de sua filosofia do direito, quais sejam, a) a tese da neutralidade moral do princípio do discurso, em conjunto com b) a tese da complementaridade entre direito e moral.

A relação do direito com a teoria da ação comunicativa, tal qual ela é apresentada nos primeiros capítulos de FG, visa a dar conta do problema da integração social. Ou seja, a questão que o direito tem que resolver é aquele da integração, frente a um mundo vivido pluralizado, frente à secularização⁶⁹. Na modernidade, acontece o que Nobre chama de uma pluralidade de eticidades⁷⁰. Tais eticidades plurais podem chegar ao ponto de um conflito violento, como mostraram as guerras religiosas na Europa. Além dessa pluralidade, a própria racionalidade comunicativa porta embutida em si não só um risco de dissenso⁷¹, mas também

⁶⁷DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 27.

⁶⁸RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon, 1994, p. 229.

⁶⁹TrFG1 p. 46 [FG p. 43-44]. Ver a esse respeito ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. *Religião e Modernidade em Habermas*. São Paulo: Loyola, 1996.

⁷⁰NOBRE, Marcos, TERRA, Ricardo (orgs.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 16.

⁷¹TrFG1 p. 40 [FG p. 37-38].

germes anárquicos⁷², decorrente do próprio modo como ela concebe o resgate de pretensões de validade, a saber, discursivamente.

É nesse sentido que o direito é talhado para resolver esse problema concernente à integração. Ele o resolve porque um de seus elementos é baseado na “faticidade artificial da ameaça de sanções”⁷³. Em outras palavras, o direito é capaz de se revestir com a força do fatural, seja no sentido de uma sanção que pode ser imposta (multa), como pena por um ato feito, seja como exclusão da sociedade daquele indivíduo que não cumpre suas determinações (encarceramento, pena de morte), seja ainda mediante os agentes do Estado fazendo o que o indivíduo não faz espontaneamente, como é o caso quando ocorre a expropriação de um bem para pagamento de uma dívida. Dito claramente, o direito tem força, uma força que se determina como tensão entre poder e violência. É nesse sentido que pode ser lida a própria definição de direito que Habermas oferta: “Por ‘direito’ eu entendo o moderno direito normatizado, que se apresenta com a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição”⁷⁴. Esta definição contém ao menos três elementos essenciais: a fundamentação, a interpretação vinculante e a imposição coercitiva. Ao primeiro elemento Habermas responde com o princípio da democracia. Contudo, ele dedica ao menos dois capítulos de sua obra à interpretação, justamente um dos pontos centrais tratados por Hobbes e, contemporaneamente, parte central da objeção dos positivistas jurídicos exclusivistas, tanto aos positivistas jurídicos inclusivistas, quanto à posição que vincula direito e moral. É justamente este o ponto que está em questão quando Habermas trata da complementaridade do direito em relação à moral no que concerne ao seu aspecto cognitivo.

De fato, Habermas pretende substituir uma concepção de direito que o vê como um caso especial da moral, ou seja, como se fosse uma moral limitada, incompleta, restringida, posição esta que ele imputa a Kant⁷⁵. Isso implica dizer, na concepção da teoria discursiva, que o direito acaba subordinado à moral. Não obstante, essa posição recusada por Habermas, e que ele próprio sustentara na *Tanner Lectures*, é interessante por ser um tratamento normativo do direito. Ora, essa perspectiva é substituída por uma que ele nomina como “relação sociológica complementar entre moral e direito”⁷⁶. Se for perguntado ao texto o que seria uma tal relação sociológica, uma resposta que poderia ser encontrada seria aquela de se tratar de uma explicação funcional, quer dizer, não normativa⁷⁷. Portanto, a explicação do papel que o direito cumpre não é normativa, mas funcional, sociológica. Essa terminologia sugere, como hipótese de interpretação, uma proximidade com as posições dos positivistas jurídicos exclusivistas, bem como com o modo como Hobbes e Schmitt conceberam o direito, ou seja, como uma instituição despida de normatividade, mas capaz de decidir.

Essa impressão parece confirmada quando se analisa com detalhe os termos da complementaridade pensada pela teoria discursiva do direito. Segundo Habermas, o direito compensa déficits oriundos da decomposição da eticidade tradicional, portanto, como já alavancado, problemas decorrentes das eticidades plurais. São três exigências aliviadas [entlasten], a saber, cognitivas, motivacionais e organizatórias. Nesse diapasão, deve-se dar especial relevo para a exigência cognitiva, justamente a primeira delas nominada por Habermas. É nesse sentido que já no nível da fundamentação dos princípios ocorre um problema que advém da própria formulação discursiva da moral, a saber, a sua incapacidade de fornecer “um catálogo de

⁷²TrFG1 p. 11 [FG p. 10].

⁷³TrFG1 p. 50 [FG p. 47].

⁷⁴TrFG1 p. 110. “Unter ‘Recht’ verstehe ich das moderne gesatzte Recht, das mit dem Anspruch auf systematische Begründung sowie verbindliche Interpretation und Durchsetzung auftritt” [FG p. 106].

⁷⁵TrFG1 p. 148 [FG p. 144-5].

⁷⁶TrFG1 p. 148 [FG p. 144-5].

⁷⁷TrFG1 p.147 [FG p. 143].

deveres”. Por seu turno, no nível da aplicação, o problema é aquele da falibilidade das opiniões no conflito das interpretações. Este último é o ponto mais importante, na medida em que se faz necessária uma decisão em um evento de conflito. Neste caso, dentre outras coisas, a norma terá que ser interpretada. É nesse estágio que a autoridade intervém como complemento, por meio do legislativo que formula a norma e, mais importante, por meio do judiciário que resolve o conflito interpretativo de forma definitiva, ou seja, com força de coisa julgada⁷⁸. Anote-se que se trata de resolver um conflito de interpretação de uma norma, portanto, trata-se de decidir por uma interpretação dentre várias, o que o direito faz de forma definitiva no que concerne à determinação da ação. Justamente isso está contido na definição do conceito de direito que Habermas ofertou, a saber, como aquele que fornece uma interpretação obrigatória que é imposta mediante uma sanção artificial. Para uma melhor explicação disso, poder-se-ia fazer referência, *mutatis mutandis*, à frase do bispo Hoadly, inclusive citada por Hart⁷⁹: “Seja quem for que tenha uma autoridade absoluta de interpretar quaisquer leis faladas ou escritas, é ele quem é o legislador verdadeiro para todos os efeitos e propósitos e não a pessoa que primeiro as escreveu ou falou”⁸⁰. Se for o direito aquele que especificará os casos particulares da norma, ou seja, que a interpretará em vista das circunstâncias, então, será ele que determinará o conteúdo do princípio em questão, e não a moral.

Como sugerido acima, uma das objeções centrais do positivismo jurídico à moral é a sua indeterminação cognitiva. Isso vale para Kelsen⁸¹, Hart⁸² e mesmo para Weber⁸³. Nesse diapasão, o próprio Habermas admite que a racionalidade comunicativa não fornece orientações substantivas para a ação⁸⁴. Certo, a indeterminação pode ser alegada também em relação ao direito, visto ser uma regra formulada linguisticamente e, portanto, como mostra a análise de Hobbes, sujeita à vaguidade. Contudo, o específico do direito é justamente o poder de tornar vinculante a sua interpretação pela autoridade e de impor tal interpretação. Esse recurso é precisamente o que a moral não dispõe. Então, na formulação positivista, a moral não pode ser chamada para resolver uma contenda, porque toda conclusão que ela possa ofertar sempre poderá ser objeto de uma nova contenda, não tendo ela o poder de vincular a ação à sua interpretação, nem muito menos sendo capaz de determinar claramente o que fazer. Quando o direito intervém, ele o faz de forma terminativa da discussão para aquele caso, contudo, não será a verdade do conteúdo da norma que determinará a solução, porque isso sempre estará sob contenda, mas a autoridade imporá uma interpretação. Isso é o que se resume no brocardo *auctoritas, non veritas, facit legem*. Ora, é justamente o caráter da autoridade que é posta por Habermas como complemento das insuficiências cognitivas da moral.

⁷⁸TrFG 1 p. 151 [FG p. 147].

⁷⁹HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2. ed., Oxford: Clarendon Press, 1994 [1961], p. 141.

⁸⁰HOADLY, Benjamin. *The Nature of the Kingdom or Church of Christ*. London: James Knapton, 1717.

⁸¹Kelsen sustenta a relatividade das morais e dos valores morais [KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. [J. B. Machado: Reine Rechtslehre]. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 53, 69s], bem como a indeterminação dos princípios de justiça [KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. [L. C. Borges: General Theory of Law and State]. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 14-15].

⁸²Segundo ele, há discordância com relação ao conjunto das normas que têm status moral, bem como não há concordância quanto ao status epistêmico de tais normas, se são imutáveis ou dependem de atitudes humanas que mudam, ou seja, há teorias filosóficas rivais [HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961, p. 164].

⁸³No capítulo *Economia e direito*, Weber constata como o direito natural formal, por exemplo aquele do modelo contratualista, se transformou progressivamente em direito natural substantivo, a partir de determinações sociais e econômicas, como é o caso do socialismo ou das posições regulamentadoras e limitadoras da vontade contratual negocial. Tal é o caso da tese da exploração daquele que se encontra em estado de necessidade, tratado pela lei da usura, a qual proíbe juros elevados, e da nulidade das cláusulas contratuais leoninas. Tais limitações ao formalismo só podem ser feitas, segundo ele, a partir de determinações materiais, ligadas, não ao mundo jurídico, mas ao mundo ético, o qual porta, para Weber, uma certa dose de irracionalidade por remeter sempre a uma moral tradicional [WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, s/d, Kap. VII].

⁸⁴“Ela mesma [a razão comunicativa] não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa, nem imediatamente prática” [TrFG1 p. 21 [FG p. 19]].

Contudo, em tal relação complementar pretendida por Habermas, o papel do direito parece ter sobrepujado aquele da moral. Senão, veja-se. A moral cumpre um papel negativo de veto sobre normas jurídicas que não forem compatíveis com os princípios por ela estabelecidos. Não obstante, pela própria dicção de Habermas, os princípios são indeterminados e devem, portanto, ser complementados pelo direito. Porém, se o direito pode dizer, de forma definitiva e com força de autoridade, o conteúdo dos princípios, não teria ele avocado para si a determinação dos próprios princípios, haja vista estes serem não só indeterminados, mas, fundamentalmente, controversos no seu escopo de aplicação? Assim, no que se distinguiria a sua teoria da maneira como certos positivistas jurídicos entendem a sua própria posição com relação à moral? Ou seja, a possibilidade de resolver definitivamente um conflito só pode ocorrer porque a autoridade empresta coerção a uma dada interpretação, a qual passa a valer, então, não pela sua verdade intrínseca, mas por ter ela emanado da autoridade. É o que ensina Hobbes no cap. XXVI do *Leviathan*.

Concernente ao positivismo de Habermas, Heck, por exemplo, apostrofa, lapidarmente, que “a ética discursiva encontra-se *tout court* substituída pela democracia”⁸⁵. Kettner, ao analisar FG em sua totalidade, conclui que a ética discursiva desapareceu do empreendimento desta obra, afirmação que tem clara referência à mudança operada por Habermas no que diz respeito à relação entre moral e direito⁸⁶. Apel sustenta que a neutralidade do princípio do discurso tem conexão com a falta de justificação normativa da forma jurídica⁸⁷. Nesse sentido, parece como se Habermas defendesse um tipo peculiar de positivismo jurídico⁸⁸, talvez, com algumas analogias com um tipo de positivismo também imputado a Kant⁸⁹, ou, de forma mais musculada, acabaria por se posicionar de forma análoga a Kelsen e a Hart⁹⁰.

Conclusão

A definição de direito do cap. II de FG resolve um problema, cuja solução implica o tipo de função que o positivista jurídico exclusivo imputa ao sistema jurídico e que, segundo Habermas, a moral não tem o condão de cumprir. Ora, Habermas, em um primeiro momento, define o direito de modo tal que ele cumpre a função da interpretação obrigatória e da imposição. Em um segundo momento, ele estabelece uma relação com a moral, contudo, não abandona a sua definição de direito nessa conexão, ao contrário,

⁸⁵HECK, José N. Razão prática: uma questão de palavras? A controvérsia Habermas/Kant sobre moral e direito. *Kant e-prints*. Campinas: Série 2, v. 1, n.1, 2006, p. 19-30.

⁸⁶KETTNER, Matthias. The Disappearance of Discourse Ethics in Habermas's *Between Facts and Norms*. IN BAYNES, Kenneth, SCHOMBERG, René von. *Essays on Habermas's "Between Facts and Norms"*. Albany: SUNY, 2002, p. 201-218.

⁸⁷Apel conecta fortemente a citação de Habermas com essa tese: APEL, Karl-Otto, OLIVEIRA, Manfredo Araújo de, MOREIRA, Luiz. *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004, p. 224. Ver a esse respeito VOLPATO DUTRA, Delamar José. Apel versus Habermas: como dissolver a ética discursiva para salvaguardá-la juridicamente. *Kriterion*. V. 51, 2010, p. 103-116.

⁸⁸“Habermas defends a novel version of legal positivism” [MAHONEY, Jon. Rights without Dignity? Some Critical Reflections on Habermas's Procedural Model of Law and Democracy. *Philosophy & Social Criticism*. V. 27, n. 3, 2001, p. 25].

⁸⁹“Kant não condiciona a vinculação do direito estatal à exigência de que as leis positivas sejam corretas, boas ou justas” [HECK, José N. *Da razão prática ao Kant tardio*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007, p. 88]; WALDRON, Jeremy. Kant's Legal Positivism. *Harvard Law Review*. N. 109, 1995-1996, p. 1535-1566.

⁹⁰“Moreover, a major concern of *Between Facts and Norms* is to distinguish moral norms from legal norms without subordinating the latter to the former, as is standard practice in natural law approaches up through Dworkin. The similarity here between Habermas's position and that of modern legal positivism—in particular the work of Hans Kelsen and H. L. A. Hart—is notable, complete with their collective insistence that a failure to distinguish clearly between moral questions and questions of legal validity leads to ‘confusion’ or ‘muddled analyses.’ And as with the legal positivists, the point of this move is not to insulate law from moral criticism, but to insist on the value, for the purposes of theoretical clarity, of distinguishing between different kinds of validity” [HEDRICK, Todd. *Rawls and Habermas: Reason, Pluralism, and the Claims of Political Philosophy*. Stanford: Stanford University Press, 2010, p. 86-7].

ele parece exigir que o direito complemente a moral em suas deficiências cognitivas. Se for assim, como conciliar a recepção de Dworkin com uma tal posição?

A teoria discursiva do direito de Habermas não só neutraliza moralmente o princípio do discurso, como também introduz o direito de modo a complementar a moral, incluso no sentido cognitivo. E este é justamente o problema. Se os autores de estirpe positivista são, francamente, não-cognitivistas, ou mesmo céticos, o cognitivismo de Habermas restou enfraquecido em razão do viés processual de sua teoria⁹¹. Ou seja, nela se desenha um não-cognitivismo fraco em relação aos conteúdos⁹². Por outro lado, o que ele reputa como vantagem para a moral, o caráter abstrato das suas proposições como determinação necessária para gerar consenso e tratar matérias de justiça que versam sobre o interesse de todos, implica uma despotencialização de conteúdo, por ele mesmo reconhecida, como já mencionado. Tudo isso, não só rebaixa a moral a um papel correccional negativo em relação ao direito⁹³, ou seja, a um conjunto de princípios contra os quais o direito não pode atentar, como imputa ao próprio direito a determinação, a especificação, dos princípios que devem lhe limitar.

O mencionado papel correccional negativo, é verdade, levou alguns intérpretes a verem no empreendimento de FG uma operatividade da ética discursiva maior do que o próprio Habermas admitiu. Regh, por exemplo, identifica no princípio do discurso neutralizado moralmente traços da moralidade que se pretendia ter extirpado, a saber, a unanimidade⁹⁴. Porém, esta aparente prevalência da moral esbarra na tese do caráter complementar que o direito desempenha em relação ao próprio aspecto cognitivo da moral. Com efeito, quem diz os casos particulares de aplicação, diz o conteúdo da norma. Assim, considerando as concessões habermasianas neste ponto concernente aos déficits da moral, em que sentido poderia ele ainda apelar à distinção entre soberania e moral como fontes de justificação do direito? Nesse particular, vale a pena repetir a interpretação de Heck, citada acima: “a ética discursiva encontra-se *tout court* substituída pela democracia” em FG.

Destarte, o apelo que ele faz ao direito para completar a moral parece até mesmo inverter o que Dworkin sustenta e o que ele mesmo fizera nas *Tanner Lectures*. Dworkin parece recorrer aos princípios morais para completar o déficit cognitivo do direito. Contudo, como Habermas dessubstancia a moral, ele parece ter escorregado para um cognitivismo fraco com relação aos conteúdos, que tem como consequência um déficit cognitivo, cujo preenchimento recorre ao direito, mais especificamente, ao elemento de autoridade [auctoritas] do direito, à sua decisão. Portanto, parece haver uma incongruência entre aceitar a teoria de Dworkin calcada em princípios e imputar ao direito a função, dentre outras, de preencher o déficit cognitivo da moral. Dworkin gostaria de preencher as lacunas do direito com os princípios morais, ao passo que Habermas parece defender justamente o inverso.

⁹¹Lenoble analisa essa problemática a partir do conceito de “indécidabilité” [LENOBLE, Jacques. *Droit et communication: la transformation du droit contemporain*. Paris: Cerf, 1994].

⁹²Sobre os conceitos de “não-cognitivismo forte”, “não-cognitivismo fraco”, “cognitivismo fraco” e “cognitivismo forte”, ver: VOLPATO DUTRA, Delamar José, OLIVEIRA Jr., Nythamar H. F. de. Moral Cognitivism and Legal Positivism in Habermas’s and Kant’s Philosophy of Law. *Ethic@*. V. 16, p. 533-546, 2017.

⁹³Ver a esse respeito VOLPATO DUTRA, Delamar José. *Apel versus Habermas: como dissolver a ética discursiva para salvaguardá-la juridicamente* [no prelo para sair na KRITERION em 2010], bem como, VOLPATO DUTRA, Delamar José; LOIS, C. C. Modelos de moralização do direito: um estudo a partir de Habermas. *Seqüência*. V. 55, 2007, p. 233-252.

⁹⁴REGH, William. Against Subordination: Morality, Discourse, and Decision in the Legal Theory of Jürgen Habermas. *Cardozo Law Review*. V. 17, 1995-1996, p. 1147-62.



Há que se mencionar, por fim, dois pontos referentes a essa discussão tratados por Habermas em momentos distintos, mas que devem ser interpretados de forma conexa. O primeiro ponto, como alhures mencionado, diz respeito à recepção da filosofia do direito de Dworkin. Todavia, em relação a esse ponto, Habermas toma dois cuidados. Um dos cuidados consiste em dar uma natureza jurídica aos princípios morais, interpretando-os como os direitos básicos que ele próprio propõe. Habermas pensa, com isso, poder evitar as conotações naturalistas da proposta de Dworkin pela substituição da noção de valor, ou de uma teoria moral realista, pelo conceito de direitos básicos, os quais implicam uma transformação jurídica da sua estrutura moral, capaz de honrar o sentido deontológico da prioridade do justo sobre concepções de bem⁹⁵. Com essa transformação, Habermas pensa poder detectar como operantes, nos princípios sustentados por Dworkin, padrões equivalentes aos direitos básicos que resultam da aplicação do princípio do discurso sobre a forma jurídica⁹⁶. Com isso, Habermas ensaia uma interpretação de Dworkin próxima à sua posição processual.

Portanto, pode ser vislumbrada já nessas formulações uma tentativa de disciplinar a moral pela forma do direito, o que ele mesmo opera com o seu sistema de direitos básicos de linhagem processual, em continência com os quais ele pretende recepcionar a noção de princípios de Dworkin. Há que se observar, ainda, que o núcleo amoral do direito subjetivo que Habermas põe à base do seu sistema, para fugir a uma determinação moralizadora da gênese dos direitos fundamentais, trabalha com a liberação da responsabilidade comunicativa⁹⁷. De estirpe jurídica, a liberdade não pode mais ordenar o único elemento que poderia indicar uma marca de correção capaz de gravitar a decisão, a saber, a própria motivação comunicativa da busca do melhor argumento. Liberada dessa motivação, a qual é exigida como marca de uma liberdade que opera no âmbito moral, mas não no jurídico, como pode agora uma tal liberdade vir a se pôr como complemento daquilo cujo déficit só pode ser explicado, na maior parte das vezes, pelo operar da liberdade fora dos trilhos comunicativos? O outro cuidado consiste em substituir o juiz Hércules por procedimentos discursivos.

O segundo ponto é que ele critica a tese alexyana do caso especial. O modelo discursivo do direito proposto por Habermas não pode ser equiparado ao modelo da ética discursiva. Nem o primado da moral pode levar à conclusão da tese do caso especial arguida por Alexy. Tal tese defende que o discurso jurídico seria um caso especial do discurso prático-moral em geral. Seria um caso especial devido a algumas peculiaridades ínsitas ao discurso jurídico, como a existência de norma positivada, a limitação de tempo para que uma decisão seja tomada e o caráter coativo da mesma. Contudo, segundo Alexy, tal especialidade não descaracterizaria a natureza moral do raciocínio jurídico. Habermas, por seu turno, recusa a tese do caso especial, porque ela sugere uma falsa subordinação do direito à moral⁹⁸.

De modo que Dworkin e Alexy têm que ser lidos complementarmente, pois, se com Dworkin Habermas aceita uma certa moralização do direito, ela não vai ao ponto de o transformar em um caso especial do discurso moral. Ora, o que Habermas parece querer honrar, com isso, é o momento da faticidade artificial do direito, esforçando-se a não mais poder para evitar a subordinação do direito à moral. Só que ele executa tal intento de forma exagerada, ao ponto de pôr o direito como complemento da moral em um aspecto

⁹⁵TrFG1 253-4 [FG p. 249].

⁹⁶TrFG1 256 [FG p. 253].

⁹⁷Ver a esse respeito VOLPATO DUTRA, Delamar José. Remarks about Kant and Habermas: the connection between law and morals. In ROHDEN, Valério, TERRA, Ricardo R., ALMEIDA, Guido Antônio de. *Recht und Frieden in der Philosophie Kants. Akten des X. Internationalen Kant-Kongresses*. Band 5. Berlin, New York: Walter de Greyter, 2008, p. 547-556; GÜNTHER, Klaus. Communicative Freedom, communicative Power, and Jurisgenesis. In ROSENFELD, Michel, ARATO, Andrew [eds.]. *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley: University of California Press, 1998, p. 234-286.

⁹⁸TrFG1 291 [FG p. 286].

que não poderia fazer, sob pena de tangenciar determinações próprias somente do positivismo jurídico exclusivista.

Não se pode deixar de verificar uma certa inconveniência no registro de que o direito seja concebido como complemento da moral justamente para atenuar a sua indeterminação cognitiva, e que, ao mesmo tempo, a moral tenha que ir em socorro do direito quando ele não consegue resolver questões de aplicação, principalmente nos casos difíceis, ponto este que ele parece admitir a partir da recepção do pensamento de Dworkin. Para Habermas é o direito que vem em socorro da moral e não a moral em socorro do direito. A moralização do direito é recusada, não só por uma divisão de trabalho entre direito e moral, mas porque a moral, dadas as suas exigências, não consegue ofertar uma determinação para a prática, nem sob o ponto de vista epistemológico.

De fato, se a moral pudesse gerar a decisão, então, Habermas não precisaria recorrer a um elemento que parece exógeno à teoria discursiva. Ou seja, pareceria aceitável o alívio da moral no quesito da eficácia motivacional, porque decerto há antropologia bastante para conceber o homem como propenso a se fazer uma exceção à norma moral, mas apelar ao elemento fático do direito para preencher o conteúdo cognitivo de uma norma moral, deixa Habermas em dificuldades para responder à objeção de Schmitt de que o conteúdo, então, despediu-se, porque, como já citado, “qualquer um poderia remeter-se a um conteúdo correto se não existisse uma instância última”, sendo este, em última análise, o ponto preciso do positivismo jurídico de Raz. Ora, Dworkin só pode combater a tese positivista porque pode mobilizar princípios substantivos que ele toma por absolutos, ao passo que a teoria discursiva do direito parece conceder demais ao positivismo jurídico.

O positivismo jurídico sustenta: “depois que esse laço [com a moral] foi rompido, o direito passou a afirmar-se, segundo a interpretação positivista, como a forma que reveste determinadas decisões e competências com a força da obrigatoriedade fática”⁹⁹. Por certo, as atenuações no cognitivismo moral da ética discursiva que Habermas parece operar em FG não vão ao ponto da incomensurabilidade defendida por algum autores, como Raz, para quem “A and B are incommensurate if it is neither true that one is better than the other nor true that they are of equal value”¹⁰⁰, ou como Waldron, para quem a objetividade moral seria irrelevante para as decisões jurídicas, já que o realismo moral teria pouco a dizer sobre os desacordos morais¹⁰¹. Frente a versões mais fortalecidas de não cognitivismo, Habermas sempre se refugia no possível ganho cognitivista dos procedimentos da ética discursiva¹⁰². Ainda assim, Habermas pode ser acusado de ser vítima de sua própria definição de positivismo jurídico, tendo em vista os elementos da sua análise do conceito de direito, bem como sua análise do papel complementar que o mesmo cumpre no aspecto cognitivo da moral.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. [I. D. Poletti: Stato diritti eccezione]. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. On Two Juxtapositions: Concept and Nature, Law and Philosophy. Some Comments on Joseph Raz’s “Can There Be a Theory of Law?” *Ratio Juris*. V. 20, N. 2, 2007, p. 162–9.

⁹⁹TrFG1 117 [FG p. 113].

¹⁰⁰RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 322.

¹⁰¹WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

¹⁰²HABERMAS, Jürgen. On Law and Disagreement. Some Comments on “Interpretative Pluralism”. *Ratio Juris*. V. 16, N. 2, 2003, p. 187–94.

ALEXY, Robert. *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*. [B. L. Paulson and S. L. Paulson: *Begriff und Geltung des Rechts*]. Oxford: Clarendon Press, 2002.

ALEXY, Robert. *The Nature of Legal Philosophy*. *Ratio Juris*. V. 17, n. 2, 2004, p. 156-67.

APEL, Karl-Otto, OLIVEIRA, Manfredo Araújo de, MOREIRA, Luiz. *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004.

AQUINO, Tomás. *Suma teológica*. São Paulo: Loyola, s/d [9 volumes].

ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. *Religião e Modernidade em Habermas*. São Paulo: Loyola, 1996.

ARAUJO, Marcelo de. *Hugo Grotius, Contractualism, and Legal Positivism*. 2008, p. 2. [<http://docs.google.com/fileview?id=0B6dyNye8hIcAMDhiMTFmZmUtMzVmYy00MzAwLTgxMjktOWRjZGYxYmM4ODI1&hl=en> Acesso em dezembro de 2009]

AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. New York: Noonday, 1954. [1832].

BIX, Brian H. Legal Positivism. In GOLDING, Martin P., A. EDMUNDSON, William [Eds.]. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell, 2006.

COELHO, André. O positivismo exclusivo de Andrei Marmor: convenções e interpretação. In TORRANO, Bruno, OMMATI, José Emilio Medauer. *O positivismo jurídico no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 255-282.

COLEMAN, Jules L. Beyond Inclusive Legal Positivism. *Ratio Juris*. V. 22, No. 3, 2009.

DWORKIN, Ronald. Hart and the Concepts of Law. *Harvard Law Review Forum*. V. 119, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1977.

DWORKIN, Ronald. The Models of Rules. *University of Chicago Law Review*. N. 14, 1967.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. I]. [Trad. F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. II]. [Trad. F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

HABERMAS, Jürgen. On Law and Disagreement. Some Comments on “Interpretative Pluralism”. *Ratio Juris*. V. 16, N. 2, 2003, p. 187-94

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2. ed., Oxford: Clarendon Press, 1994 [1961].



- HECK, José N. *Da razão prática ao Kant tardio*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.
- HECK, José N. Razão prática: uma questão de palavras? A controvérsia Habermas/Kant sobre moral e direito. *Kant e-prints*. Campinas: Série 2, v. 1, n.1, 2006, p. 19-30.
- HECK, José N. *Thomas Hobbes: passado e futuro*. Goiânia: EdUFG, 2004.
- HEDRICK, Todd. *Rawls and Habermas: Reason, Pluralism, and the Claims of Political Philosophy*. Stanford: Stanford University Press, 2010.
- HIMMA, Kenneth Einar. Law's Claim of Legitimate Authority. In COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the 'Concept of Law'*. Oxford University Press, 2001, p. 271-310
- HOADLY, Benjamin. *The Nature of the Kingdom or Church of Christ*. London: James Knapton, 1717.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. London: Penguin, 1985.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. [L. C. Borges: General Theory of Law and State]. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KETTNER, Matthias. The Disappearance of Discourse Ethics in Habermas's *Between Facts and Norms*. IN BAYNES, Kenneth, SCHOMBERG, René von. *Essays on Habermas's "Between Facts and Norms"*. Albany: SUNY, 2002, p. 201-218.
- KRAMER, Matthew H. *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- KRAMER, Matthew H., GRANT, Claire. Introduction. In KRAMER, Matthew H. et al. (eds.). *The Legacy of H. L. A. Hart*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- LENOBLE, Jacques. *Droit et communication: la transformation du droit contemporain*. Paris: Cerf, 1994.
- MAHONEY, Jon. Rights without Dignity? Some Critical Reflections on Habermas's Procedural Model of Law and Democracy. *Philosophy & Social Criticism*. V. 27, n. 3, 2001.
- NOBRE, Marcos, TERRA, Ricardo (orgs.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon, 1979.
- RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- REGH, William. Against Subordination: Morality, Discourse, and Decision in the Legal Theory of Jürgen Habermas. *Cardozo Law Review*. V. 17, 1995-1996, p. 1147-62.
- ROSEN, Allen D. *Kant's Theory of Justice*. Ithaca: Cornell University Press, 1996.
- SAINT AUGUSTIN. *De libero arbitrio*. [Oeuvres de Saint Augustin; VI. Dialogues Philosophiques; edição de F. J. Thonnard]. 2. ed., Paris: Desclée, 1952.

SCHMITT, Carl. *El Leviathan en la teoría del estado de Tomas Hobbes*. [Trad. F. J. Conde]. Granada: Comares, 2004.

SCHMITT, Carl. *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. [Trans. by George Schwab: Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität]. Cambridge: The MIT Press, 1985 [1922].

SHAPIRO, Scott. Law, Morality, and the Guidance of Conduct. *Legal Theory*. V. 6, 2000, p. 127-170.

VOLPATO DUTRA, Delamar José, LOIS, C. C. Modelos de moralização do direito: um estudo a partir de Habermas. *Seqüência*. V. 55, 2007, p. 233-252.

VOLPATO DUTRA, Delamar José, OLIVEIRA Jr., Nythamar H. F. de. Moral Cognitivism and Legal Positivism in Habermas's and Kant's Philosophy of Law. *Ethic@*. V. 16, p. 533-546, 2017.

VOLPATO DUTRA, Delamar José. Apel versus Habermas: como dissolver a ética discursiva para salvaguardá-la juridicamente. *Kriterion*. V. 51, 2010, p. 103-116.

VOLPATO DUTRA, Delamar José. *Manual de Filosofia do Direito*. Caxias do Sul: Educ, 2008.

VOLPATO DUTRA, Delamar José. Remarks about Kant and Habermas: the connection between law and morals. In ROHDEN, Valério, TERRA, Ricardo R., ALMEIDA, Guido Antônio de. *Recht und Frieden in der Philosophie Kants. Akten des X. Internationalen Kant-Kongresses*. Band 5. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 2008, p. 547-556.

WALDRON, Jeremy. Kant's Legal Positivism. *Harvard Law Review*. N. 109, 1995-1996, p. 1535-1566.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999

WALUCHOW, W J. Legality, Morality, and the Guiding Function of Law. In KRAMER, Matthew H. et al (eds.). *The Legacy of H. L. A. Hart*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, s/d.



Juristocracia Midiática

Joel Thiago Klein
Professor do Departamento de Filosofia da UFPR
Pesquisador do CNPq
jthklein@yahoo.com.br

Resumo: Este artigo apresenta o conceito de juristocracia midiática como uma categoria política que indica uma desfiguração dos ideais normativos de democracia e de estado de direito. Essa categoria se apresenta como o desenvolvimento, por um lado, do conceito de juristocracia analisado e elaborado por Hirschl e, por outro lado, da categoria de democracia plebiscitária analisada e elaborada por Urbinati. Argumenta-se que essa categoria permite enquadrar alguns dos problemas políticos pelos quais o Brasil vem passando na última década.

Palavras-chave: Juristocracia midiática, democracia, estado de direito, desfigurações

Abstract: In this paper I present the concept of juristocracy of audience as a political category that indicates a disfiguration concerning the normative ideals of democracy and the rule of law. On the one hand, the category of juristocracy of audience is developed from Hirschl's analysis and research on what he calls juristocracy, on the other hand, it is also developed from Urbinati's concept of plebiscitary democracy. I argue that this category helps us to understand some of the political problems that are happening in Brazil in the last decade.

Key-words: Juristocracy of audience, democracy, rule of law, disfigurations

Recebido em 26 de maio de 2020. Aceito em 21 de setembro 2020.

Este artigo propõe a categoria político-filosófica de juristocracia midiática para compreender e avaliar um fenômeno político em curso no Brasil. Como normalmente acontece com conceitos político-filosóficos, esse também não é um conceito absolutamente novo, mas se enraíza em categorias políticas já utilizadas para indicar duas distintas patologias ou desfigurações políticas. De um lado, adota-se aqui a categoria de *juristocracia* apresentada e criticada por Hirschl (2004), nesse sentido a primeira seção desse artigo se propõe a fazer uma breve reconstrução das teses apresentadas por esse autor. Na segunda seção, retomase de Urbinati a categoria da *democracia plebiscitária* como sendo uma das desfigurações da democracia contemporânea. Na terceira seção apresenta-se a proposta de contribuição conceitual original desse artigo, qual seja, a construção da categoria de *juristocracia midiática* como sendo uma dupla-patologia ou uma dupla desfiguração política que ameaça tanto os valores democráticos, quanto os valores do estado de direito. Busca-se apresentar as características centrais desse conceito recorrendo-se também a uma indicação do que ocorreu na recente história política brasileira. Finalmente, faz-se algumas breves considerações finais, nas quais se chama a atenção da proximidade da juristocracia midiática com algumas características do fascismo do início do século XX.

I. A juristocracia

No livro *Em direção à juristocracia* (*Towards juristocracy*, 2004) Hirschl define juristocracia como o resultado de um *amplo processo de transferência de poder político de instituições representativas para o poder judiciário*. Tal fenômeno ainda estaria em andamento e não completamente acabado, mas ocorreria em escala global, podendo ser visto em mais de oitenta países e em diversas instituições supranacionais (HIRSCHL, 2004, 1). Como indicado pela terminologia, trata-se do estabelecimento de um governo do poder judiciário.

O detalhado estudo de Hirschl a partir da análise de quatro casos de constitucionalização (Canadá, Israel, África do Sul e Nova Zelândia) mostra como há uma grande lacuna, de um lado, entre o benevolente discurso predominante de que o processo de constitucionalização de direitos é um processo natural e progressista das democracias e, de outro lado, a realidade cotidiana da atuação das cortes nesses países. O fenômeno da constitucionalização de direitos e a transferência de poderes para o judiciário se apresenta, na realidade, como uma forma de retirar importantes decisões políticas da arena política, especialmente aquelas que interferem no *status quo* da sociedade, e levá-las para um lugar “mais seguro”, longe do alcance político do povo. Nesse sentido,

O empoderamento judicial através da constitucionalização de direitos pode oferecer uma eficiente solução institucional para grupos influentes que buscam preservar a sua hegemonia e que, dada uma erosão no seu suporte popular, podem acreditar que seja uma estratégia desvantajosa aderir a processos majoritários de escolha política. (...) Portanto, a constitucionalização dos direitos é frequentemente não um reflexo de uma revolução genuinamente progressista na política; mas é evidente que a retórica dos direitos e da revisão judicial foi apropriada por elites ameaçadas para suportar sua própria posição na política. (HIRSCHL, 2004, 12)

Em outras palavras, o fenômeno da juristocracia é “uma tendência mundial de empoderamento judicial por meio da constitucionalização”, o qual

precisa ser entendido como parte e parcela de um processo de larga escala em que a autoridade das decisões políticas é continuamente transferida pelas elites hegemônicas das arenas de decisão política majoritárias para corpos semiautônomos e profissionais, especialmente para insular suas preferências políticas das vicissitudes da política democrática. (HIRSCHL, 2004, 16)

Melhor dizendo, daquilo que as elites hegemônicas consideram como sendo uma vicissitude.

Segundo Hirschl (2004, 12; 49; 213s.), seriam três os grupos que fomentam e defendem o modelo da juristocracia: *o primeiro grupo se constitui de elites políticas ameaçadas pelo processo democrático*, de modo que elas buscam na juristocracia uma forma de preservar ou de melhorar sua hegemonia política

ao insular o processo de decisão política em geral e suas preferências políticas em particular do processo democrático enquanto que elas ainda podem utilizar a retórica de estarem defendendo e professando a democracia; *o segundo grupo se constitui de elites econômicas* que veem na constitucionalização de direitos, especialmente do direito de propriedade, de mobilidade e direitos profissionais, um meio de colocar limites na ação do governo e promover o livre mercado com uma agenda amigável; já *o terceiro grupo se constitui de elites judiciais e supremas cortes* que buscam aumentar sua influência política dentro do estado e sua reputação internacional.

Apesar da retórica de uma revolução democrática, o fato é que, nos quatro casos investigados (Canadá, Israel, África do Sul e Nova Zelândia), Hirschl constata que a partir da constitucionalização de direitos e do empoderamento das cortes *não houve nenhuma melhora na proteção dos direitos sociais ou da qualidade de vida da população*. “Na verdade, a constitucionalização vem servindo mais frequentemente como um meio efetivo de proteger a esfera econômica das tentativas de reduzir a disparidade socioeconômica através de meios regulatórios e redistributivos” (HIRSCHL, 2004, 218). Além disso,

Canalizar os processos de justiça social para as cortes tem um considerável potencial para prejudicar movimentos de reforma social por pacificar os ativistas com a ilusão de mudança e desviando recursos do processo político e das estratégias de pressão por meio das quais mudanças mais substanciais poderiam ser alcançadas. A natureza institucional, pro-status-quo e inerentemente pacifista do sistema legal é especialmente significativa quando reivindicações de justiça que tem implicações potencialmente revolucionárias para a redistribuição de riqueza e poder (como as da reconstrução do pós-apartheid na África do Sul ou as disputas sobre os direitos de povos indígenas em sociedades colonizadas) são transferidos da esfera política, que é potencialmente aberta, para a esfera judicial, que é inerentemente mais conservadora. (HIRSCHL, 2004, 198)

Também de uma perspectiva da teoria política normativa a juristocracia traz consequências, no mínimo, perturbadoras. Em primeiro lugar,

quando questões políticas controversas são transformadas em questões legais a massa do povo (que não são nem juízes nem juristas) é privada da oportunidade de moldar os resultados das políticas públicas de uma forma significativa e é forçada a abandonar sua responsabilidade para desenvolver soluções razoáveis e mutuamente aceitáveis acerca de questões que o divide. (HIRSCHL, 2004, 186)

Isso faz com que, em uma analogia com a constituição americana, seja necessário dizer “They, the Jurists” ao invés de “We, the People”. Em segundo lugar, o processo da juristocracia indica também um problema com relação ao poder legislativo, pois ao “transferir a autoridade de tomar decisões políticas ao judiciário, esses deputados se aproveitam da vantagem (ou pior, ativamente suportam o estabelecimento e a manutenção) de um forte judiciário para evitar dificuldades e resultados impopulares ou inesperados” (HIRSCHL, 2004, 187). Em terceiro lugar, democracia exige que as escolhas de valores substantivos políticos devem ser realizados por representantes eleitos e não por juízes não-eleitos. As decisões políticas substantivas devem ser deixadas para oficiais que podem ser avaliados e responsabilizados eleitoralmente (HIRSCHL, 2004, 189), afinal, não há nenhuma prova empírica concreta de que o poder judiciário reúna de fato um conjunto de indivíduos que possuem uma intuição moral mais elaborada acerca do bem da sociedade. Assim, na juristocracia “a democracia é relegada a uma espécie de rotina eleitoral” (HIRSCHL, 2004, 221).

A crença de que os tribunais tomariam decisões ideologicamente neutras e que tendessem naturalmente a um bem comum objetivo não passaria de uma ilusão. A política possui a sua própria substância e não pode ser destruída. O que pode acontecer é que ela seja deslocada para outro âmbito e que não seja reconhecida como tal. Isso também é ressaltado por Ferrejohn:

Quando os tribunais podem tomar decisões com consequências políticas e mais ou menos finais, qualquer um com interesse nessas decisões tem o motivo para tentar expressar esses interesses na forma de argumentos jurídicos persuasivos. E aqueles interessados em decisões judiciais têm motivo para buscar influenciar e, se possível, controlar as nomeações para os tribunais e outras instituições jurídicas. Nesse sentido, a ‘judicialização’ da política tende a

produzir a politização dos tribunais. Consequentemente, a tomada de decisão judicial tende a tornar-se política conduzida por outros meios. (FERREJOHN, 2012, 91)

Mas sendo esse o caso, pode-se então colocar a questão acerca da legitimidade do poder judiciário ser considerado um “poder” independente e não simplesmente um braço do executivo na aplicação das leis, tal como ocorria na modernidade. Em outras palavras, a justificação do judiciário como um poder independente ao lado do legislativo e do executivo dependia senão exclusivamente, ao menos em grande medida do pressuposto de que tal poder não deveria se envolver em assuntos legislativos e executivos, ou ainda, deveria ser um poder contramajoritário, aplicando as leis igualmente a todos de forma imparcial, mesmo quando isso fosse de encontro aos interesses da maioria.

É preciso fazer aqui uma consideração de suma importância com relação ao debate travado em torno da constitucionalização e de um modelo político no qual o judiciário é visto como o principal protagonista, a saber, de que ocorre algumas vezes nesses debates um erro argumentativo crasso.¹ A argumentação na literatura em torno dessa questão parece oscilar entre dois âmbitos, um normativo e o outro descritivo, ou ainda, utilizando-se de uma terminologia moderna, existe uma oscilação injustificada entre uma argumentação que se desenvolve no âmbito do “dever ser” e outra que se desenvolve no âmbito do “ser”. Com isso há uma transição de um nível para o outro sem que haja clareza das implicações e, por conseguinte, sem respeitar os devidos critérios de cada âmbito. Isso ocorre da seguinte forma: muitas vezes os argumentos que buscam legitimar o protagonismo político judiciário assumem a perspectiva de como os juristas ou juízes deveriam se comportar e compara-se isso com a forma como os legisladores se comportam de fato no parlamento. Não há dúvidas nesse caso de que a juristocracia se apresenta como uma forma atraente. Mas se compararmos o legislativo como ele deveria ser com a atuação do judiciário como ela é, então ter-se-ia uma situação ainda mais favorável do que anterior, mas agora em relação ao poder legislativo. Mas fazer esse tipo de comparação implica um equívoco fundamental. Se se quer fazer uma comparação argumentativa e logicamente coerente, então deve-se comparar o judiciário como ele “dever ser” com o legislativo tal como ele “deve ser” e, por outro lado, o judiciário como ele “é” com o legislativo tal como ele “é”. A não observação dessa distinção de âmbitos conduz a uma argumentação insustentável e falaciosa.

Outro argumento importante para retirar o poder político das cortes é apresentado por Uribinatti (2014). Segundo ela, pode-se dizer que a essência normativa daquilo que deveria constituir o julgamento judicial é a *imparcialidade* na avaliação dos fatos e dos dados envolvidos. *Os juízes não devem ser partes, devem ser externos ao caso analisado e possuem o dever legal de argumentar e de agir em nome das instituições, devendo deixar de lado seus valores e preferências pessoais.* Ademais, os juízes não precisam ser politicamente representativos, ao contrário, eles devem agir apoliticamente justamente porque devem representar apenas a vontade consubstanciada no direito. O poder contido no julgamento judicial é negativo ou de controle e fiscalização, haja vista depender da vontade do soberano (o direito) e não da opinião do soberano (cf. URBINATTI, 2014, p. 123s).

Por outro lado, o julgamento político deve se caracterizar pela *generalidade* e não pela imparcialidade. Nesse caso o critério da política deve ser o interesse geral da comunidade política. A generalidade é uma presunção a respeito da igual distribuição do poder político na sociedade. Tanto os eleitores quanto os representantes eleitos não são externos ao caso em consideração, como ocorre com os juízes ao julgar um caso. Exatamente por esta razão, não há a exigência de imparcialidade no âmbito político. Embora não haja a exigência de imparcialidade, os atores políticos devem agir com legitimidade e com responsabilidade, levando em consideração o interesse público e não apenas os interesses particulares. *O julgamento político ocorre num contexto de pluralidade de opiniões e, desse modo, produz leis válidas, não leis verdadeiras.* A expectativa de atuação responsável por parte dos atores políticos (cidadãos e representantes) repousa

¹ Agradeço a Cristina Foroni Consani por me ajudar a desenvolver esse argumento.

sobre elementos como os princípios morais e constitucionais, a argumentação prudente, a ética da participação, a cultura política e também o cálculo político (cálculo das consequências da adoção de um determinado posicionamento). Urbinati ressalta que o julgamento político ganha forma dentro de um contexto pragmático, não fora ou contra tal contexto. Em outras palavras, num contexto de desacordo político cada uma das partes dissidentes possuiu razões para defender seu posicionamento e não se trata de sustentar que um posicionamento é verdadeiro e outro falso, no sentido de que o julgamento político somente poderia produzir um único resultado (cf. URBINATI, 2014, p. 123ss). Porém, essa perspectiva de um julgamento correto é esperada do juiz, uma vez que sua decisão deveria ser baseada na subsunção de um caso a lei, a qual por sua vez já se encontra definida pelo código.

Assim, a autora ressalta que a busca pela verdade no âmbito das práticas democráticas faz com que se busque uma aproximação entre o julgamento político e o judicial, tentando-se trazer para a política a imparcialidade e o consenso ao invés da generalidade e do desacordo. Tais propostas despolitizam a democracia justamente por confiarem mais em *experts* ou técnicos do que nos atores políticos e, desse modo, afetam a liberdade política e o direito de igual participação dos cidadãos na decisão de questões políticas relevantes, haja vista deslocarem para instituições não representativas e não submetidas ao controle popular (como, por exemplo, o poder judiciário) a decisão de questões bastante polêmicas e de grande relevância para a vida social.

Em suma, tanto da perspectiva teórica, quanto prática, a juristocracia não encontra legitimação adequada. *De uma perspectiva teórica normativa* (de uma justificação normativa da política e da Teoria do Estado), trazer a política para dentro dos tribunais implica: 1) colocar em cheque a teoria da divisão dos poderes; 2) minar a justificação do judiciário como um poder contra majoritário; 3) despolitizar a democracia na medida em que lhe retira a legitimidade do processo democrático; 4) confundir questões que exigem argumentos de generalidade com questões que exigem argumentos de imparcialidade; 5) impedir o aprendizado que o processo democrático traz para seus atores; 6) gerar uma espécie de despotismo indireto², visto que os atores (juízes e cortes) não são politicamente responsabilizáveis. Já *de uma perspectiva prática* (das consequências da implementação da juristocracia ao longo das últimas três décadas) observou-se que: 1) há uma desconsideração aos direitos sociais, visto que o poder judiciário está atuando como uma espécie de barreira para impedir reformas democráticas que permitam uma melhor distribuição de riqueza e poder; 2) as cortes atuam em geral de modo conservador na medida em que defendem os interesses das elites hegemônicas, sejam elas políticas ou econômicas.

II. Democracia plebiscitária

No livro *Democracia desfigurada: opinião, verdade e o povo* (*Democracy disfigured: opinion, truth and the people*)³, Urbinati sustenta que existem atualmente três formas de *desfiguração* da democracia: a democracia epistêmica ou tecnocracia; o populismo; e a democracia plebiscitária. Concentra-se aqui exclusivamente na terceira desfiguração.

Pode-se descrever a democracia plebiscitária a partir de três características: *A primeira característica* é de que na democracia plebiscitária o *ideal de publicidade* é entendido como *uma transparência visual do poder mediado pela mídia*. Nesse caso, a mídia apresenta e constrói uma visão da realidade sem necessariamente informar o cidadão, pois ela lhe apresenta informações seletivas *elaboradas e dirigidas no intuito de impressionar as pessoas com imagens que acabam por despertar compaixão ou raiva. Surge então aquilo que a autora considera como o aspecto estético ou teatral da democracia plebiscitária*. Nesse modelo o papel do fórum

² Sobre o conceito de despotismo indireto ver o bastante instrutivo ensaio de Condorcet (2013).

³ Para uma análise mais detalhada desse livro ver Consani (2017).



público restringe-se às seguintes funções: a aprovação e a transparência. A aprovação “é o tema central do plebiscito como sinal de investidura e confiança” (URBINATI, 2014, p. 173s). A transparência, por sua vez, surge como uma exigência em troca da aprovação, pois “se o líder pede ao povo aprovação, o povo tem o direito de pedir a exposição pública do líder” (URBINATI, 2014, p. 174). Não se trata, entretanto, da exigência de publicidade e de transparência mediada por instituições cuja responsabilidade é fiscalizar e responsabilizar governantes, em constante interação com a opinião pública dos cidadãos. Trata-se, ao invés disso, de uma *transparência visual do poder*, mediada pelos meios de comunicação. Isso é fomentado pelo “declínio dos partidos tradicionais, o papel da televisão na construção do consentimento político e o aumento de peso do executivo como um resultado da emergência econômica e financeira” (URBINATI, 2014, p. 172).

A segunda característica é de que a função primordial do povo e do cidadão é *assistir*, ou seja, cabe ao povo fazer uma espécie de *juízo visual*, enquanto que para apenas alguns cabe o poder da decisão (vontade), normalmente àqueles indivíduos associados à mídia. O papel da mídia é ativo, enquanto que o do cidadão é passivo. Em outras palavras, os cidadãos *passam a atuar e a julgar principalmente por meio daquilo que assistem, não a partir daquilo que falam em um debate com os seus concidadãos e representantes*. Trata-se de modelo pós-representativo de democracia pois, por um lado, recusa-se a participação popular e a ideia de cidadania como autonomia e, por outro lado, exalta-se sobremaneira “o papel dos meios de comunicação como um fator extra-constitucional de vigilância” (URBINATI, 2014, p. 172). Diferentemente da democracia epistêmica, que busca substituir a opinião pela verdade e, também de modo distinto do populismo, que torna a opinião da maioria a vontade de todo o povo e o elemento central do poder político do Estado, a democracia plebiscitária aceita a estrutura representativa e defende os procedimentos democráticos, *mas mantém a função de decisão (vontade) com poucos e o juízo visual (opinião) com o povo*. Não se trata exatamente de abdicar da democracia dos partidos políticos, mas da afirmação dos partidos “como um corpo oligárquico que deixa de ser intermediário para se tornar ocupante direto e por seu próprio interesse da política representada” (URBINATI, 2013, p. 89). Assim, a perspectiva midiática “declara o fim da ideia segundo a qual a política é uma combinação de decisão e julgamento e torna a política um trabalho de comparecimento visual de um público em relação ao qual a questão essencial é sobre a qualidade da comunicação entre o governo e os cidadãos” (URBINATI, 2014, p. 172). Desse modo, *o papel da mídia é ativo enquanto o papel do cidadão é passivo*. A publicidade e o marketing são elementos que se contrapõem, em certa medida, aos anseios de autonomia ou liberdade política. Trata-se da “ausência de transparência na transparência”. A mídia *acaba por alimentar o público com informações seletivas, elaboradas e dirigidas no intuito de impressionar as pessoas com imagens que acabam por despertar compaixão ou raiva, e aqui reside o aspecto estético ou teatral desse modelo*. Contudo, tais imagens e dados estão longe de proporcionar ao povo informações a respeito das questões mais relevantes da política (cf. URBINATI, 2014, p. 210).

A terceira característica é de que a “liberdade do público” é passiva e não ativa. *Tem-se então um público de espectadores guiados pela mídia, pela propaganda, pela publicidade e não um público de cidadãos guiados por procedimentos*. Trata-se de uma liberdade desatada, desatrelada e descompromissada com o procedimento do debate e avaliação de informações, por conseguinte, não se trata da liberdade de um povo autônomo. “A diferença entre uma reunião plebiscitária e a cidadania democrática reside essencialmente no caráter e na função da fala ou do discurso” (URBINATI, 2014, p. 225s). Enquanto numa assembleia democrática o discurso é um direito político “que cada pessoa exerce em conjunto com outros de modo a influenciar, propor e avaliar decisões”, numa reunião plebiscitária o discurso é, ao invés, “a prerrogativa da multidão que é feita de pessoas privadas que reagem ao que veem [], e não é por uma questão de formar uma visão política ou tomar parte no debate, mas de observar os executores agirem” (URBINATI, 2014, p. 226). Percebe-se um deslocamento do valor atribuído ao discurso para aquilo que é visto, nesse sentido, os cidadãos passam a agir mais com base naquilo que assistem passivamente do que com base em um discurso ou de um debate de boa fé. Nesse sentido, a regra das ruas, da internet ou da televisão é a regra da

multidão, uma liberdade desatada. Surgem assim o fenômeno paradoxal das democracias contemporâneas em que surgem movimentos de protestos tão fortes em sua aparência, quanto são fracos e impotentes no impacto político para a produção de políticas.⁴

III. Juristocracia midiática

Apesar de ser um fenômeno pouco estudado no Brasil, a juristocracia pode ser identificada como estando em curso nas cortes brasileiras desde o início do século XXI. Tal como mostrou o estudo de Hirschl no contexto internacional, o breve estudo de Andrade, intitulado “O Superior Tribunal de Justiça e os ricos: a cartilha neoliberal”, publicado em 2016, mostra que também no Brasil as elites hegemônicas, uma vez que haviam sido derrotadas nas urnas, passaram a se utilizar das cortes, no caso em tela o STJ, para garantir seus interesses, mesmo que a revelia da constituição e do seu caráter protetivo dos direitos sociais.

Já o fenômeno de uma democracia plebiscitária possui raízes mais antigas no Brasil. A força da atuação política da mídia foi decisiva para a concretização do golpe de 1964, para a manutenção da ditadura militar, para o movimento diretas já, para a eleição de Collor em 1989⁵ e em diversos outros momentos políticos decisivos da política brasileira⁶. É interessante notar que Urbinati é influenciada pela análise do modelo da Itália de Berlusconi na criação da categoria de democracia plebiscitária. No caso do Brasil, além da grande mídia estar concentrada no poder de apenas 5 famílias, nos últimos anos também é preciso considerar o fenômeno de uma mídia vinculada às igrejas evangélicas.

Entretanto, aquilo que se denomina aqui de juristocracia midiática se apresenta como um fenômeno mais recente e complexo, o qual pode ser datado como surgido na última década. O conceito de juristocracia midiática congrega os aspectos centrais do conceito de juristocracia de Hirschl e do conceito de democracia plebiscitária de Urbinati. Contudo, não se trata apenas de uma simples justaposição de características conceituais, mas da formação de um novo amálgama com características próprias. Ainda assim, a juristocracia midiática deve implicar senão todas, pelo menos a maior parte dos problemas indicados por ambas as categorias. Divide-se a análise em quatro aspectos.

1) *O comportamento da mídia e dos funcionários do poder judiciário*: Na juristocracia midiática há um *modus operandi* bastante peculiar entre a mídia e o poder judiciário. Por um lado, a mídia faz questão de transformar certos juizes e funcionários do poder judiciário em heróis ou personalidades públicas. Eles passam a frequentar programas de televisão, são chamados para participar de cerimônias de premiação, passam a ser entrevistados sobre assuntos de ordem política e moral de ordem geral, tornam-se manchetes de revistas, personagens de biografias, bonecos de carnaval, personagens de filmes e séries de televisão, etc. Nesse contexto, a mídia atua de forma bastante seletiva na divulgação de informação e na criação da imagem desses personagens. Isso é feito na medida em que ela faz questão de apresentar informações politicamente irrelevantes, parciais ou distorcidas, mas que assumem força de verdade, as quais estão sempre

⁴Exatamente por isso que as chamadas “primaveras” do início do século XXI, que no caso do Brasil foi identificado nas manifestações de 2013, não resultaram em nenhuma conquista política relevante e duradoura. Bem pelo contrário, tiveram como resultado um retrocesso democrático. É importante lembrar que o gatilho para a explosão de raiva e indignação da população foi na época o aumento da tarifa das passagens de ônibus, mas uma das causas mais substanciais foi a insatisfação provocada e, eu diria mesmo, manipulada, pelo o processo do mensalão e uma determinada forma de sua vinculação pela grande mídia. Uma análise cética e pessimista das manifestações de 2013 e da razão para o seu fracasso foi desenvolvida em Klein (2015b).

⁵Sobre como a Rede Globo de televisão interferiu na eleição de 1989 há um documentário produzido pelo Chanel 4 e dirigido por Simon Hartog intitulado *Muito além do cidadão Kane* (*Beyond citizen Kant*, 1993).

⁶O livro do jornalista Amorim, *O quarto poder* (2015), é um livro que se propõe a narrar a atuação política da Rede globo na política brasileira.

vinculadas a personalidade de um juiz em questão. Por seu turno, os funcionários do judiciário assumem o seu papel teatral e fazem da sua aparição na mídia um elemento cotidiano da sua autopropaganda como heróis. Seu trabalho passa a acontecer sob a luz das câmeras, a qual é sempre editada segundo os interesses hegemônicos.⁷ Estabelece-se uma simbiose entre a mídia e algumas figuras representativas do judiciário, sendo que da atuação de ambos surge a figura dos juízes heróis ou justiceiros. Essa simbiose se estabelece e perdura na medida em que ambos possuem uma agenda similar. Se essa agenda muda, a mídia desloca sua atenção para outro juiz que esteja disposto a desempenhar tal papel.

2) *O modo como as decisões políticas e jurídicas são tomadas.* Na juristocracia midiática há uma confusão entre os critérios do julgamento político e do julgamento jurídico. Enquanto questões políticas passam a ser decididas segundo supostos critérios de imparcialidade, as questões jurídicas passam a ser vistas segundo a perspectiva da generalidade, as quais acabam envolvendo considerações teleológicas, calculativas e prudenciais. Essa inversão é muitas vezes escondida sob o véu do linguajar técnico que faz com que decisões políticas de grande impacto não possam ser compreendidas no seu significado político real e em suas profundas implicações pelo cidadão ordinário. Acerca dessa inversão cabe aqui apontar que nem mesmo Dworkin, cuja teoria atua como um baluarte da revisão judicial e da constitucionalização dos direitos, defenderia a juristocracia em sentido estrito, muito menos a juristocracia midiática. É estranho que no Brasil um dos aspectos centrais da sua teoria pareça ser completamente desconsiderado por aqueles que pretendem usar a sua teoria para justificar o ativismo judicial, qual seja, a significativa distinção entre “princípios” e “políticas”. Segundo Dworkin (2002), o direito trata de questões de princípio, enquanto que a política envolve questões de metas⁸. Segundo ele, *não cabe ao judiciário decidir questões de metas, muito menos submeter um princípio a uma meta*⁹. Nesse caso, por exemplo, o judiciário nunca poderia se colocar como meta o combate à corrupção, pois isso seria uma prerrogativa da atuação do legislativo e do executivo, muito menos poderia ele relativizar um direito (como o direito ao devido processo legal ou o direito a presunção da inocência) a fim de alcançar uma meta. Além disso, e se isso já não fosse o suficiente, pela forma como a mídia se envolve nessas questões, no modo pelo qual ela expõe as notícias e divulga informações, o judiciário não apenas passa a tomar decisões políticas que não lhe cabiam, *como também o casuísmo e a arbitrariedade* se tornam a constante na sua atuação, seja em questões jurídicas, seja em questões políticas. Esse casuísmo judicial pode ser claramente observado na conveniência com que o STF vem fazendo uso do princípio da autocontenção judicial, ou seja, não se trata apenas de avaliar quando o STF age, mas também quando ele decide convenientemente não agir, ainda que os casos em tela sejam juridicamente os mesmos.

⁷O processo do julgamento do Mensalão pode ser apontado como o início da juristocracia midiática no Brasil. Cf. “Com 53 sessões e quatro meses de duração, a Ação Penal 470 levou a um dos julgamentos mais longos da história do Supremo Tribunal Federal. Foi o mais midiático desde a invenção da TV — no Brasil, e possivelmente no mundo, superando mesmo o caso de O. J. Simpson, celebridade da TV americana acusada de assassinar a própria mulher. Três vezes por semana, sempre a partir das duas da tarde, suas sessões eram transmitidas, ao vivo e na íntegra, pela TV Justiça, do Poder Judiciário, e pela Globo News. À noite, uma seleção de declarações e comentários fortes ilustrava os telejornais. No dia seguinte, o assunto estava na primeira página dos jornais e, no fim de semana, nas capas das revistas semanais. Joaquim Barbosa, relator do caso, tornou-se personagem conhecido nas ruas. Máscaras de seu rosto foram lançadas para o carnaval de 2013. Nas semanas finais do julgamento, jornalistas de vários veículos especulavam sobre a hipótese de Joaquim Barbosa concorrer à Presidência da República — num país onde a oposição ao governo Lula sofreu três derrotas consecutivas desde 2002.” (LEITE, 2013, 9) A outra fase do desenvolvimento da juristocracia midiática ocorreu com a operação Lava jato, cujo principal personagem foi o juiz Sérgio Moro. É impossível entender os rumos da política no Brasil sem a atuação política enfatizada pela mídia dos dois principais personagens desses dois processos, o juiz da suprema corte Jair Bolsonaro e o juiz Sérgio Moro. Foram inúmeras as aparições midiáticas e premiações que ambas as figuras receberam. Quanto às suas atuações judiciais, tecnicamente consideradas, ambos foram fortemente criticados por importantes e renomados constitucionalistas.

⁸Cf. “Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que estabelecem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos” (DWORKIN 2002, 141)

⁹Cf. “Defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos cíveis, mesmo em casos difíceis (...), são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas.” (DWORKIN, 2002, 132)

Essa atuação casuística também poderia ser considerada uma forma de *lawfare*, a qual é sustentada pela propaganda midiática e na forma como as informações são apresentadas e editadas ao público, ou ainda ocultadas pelos escândalos e pela teatralidade na apresentação das notícias ou entrevistas. Nos processos, os escândalos substituem o julgamento, apresentações de PowerPoint tomam o lugar da apresentação de provas, convicções tem mais força do que o raciocínio jurídico, enfim, o próprio procedimento legal é transformado em uma encenação para funcionar como ferramenta política. Na realidade, a juristocracia midiática não é e nem pode ser sustentada como uma teoria (no sentido normativo), pois para que ela o fosse, deveria ser, no mínimo coerente. Retomando-se aqui uma consideração de Kant, poder-se-ia dizer que a juristocracia midiática pode ser considerada apenas como uma pseudo prática, pois para que fosse considerada prática (práxis) deveria ser fundamentada em uma teoria, cuja primeira condição é a coerência.¹⁰ Nesse sentido, a juristocracia midiática é, na realidade, apenas uma pseudo prática que se sustenta *no âmbito jurídico* por um *fetichismo da interpretação*, isto é, pela assunção da ideia de que o juiz é o principal e legítimo interprete da lei e de que ele possui elementos hermenêuticos que lhe garantem ir para além da lei escrita, quando, na realidade, o que ocorre é apenas a discricionariedade na tomada de decisões que “sua consciência” julga necessária, e, por outro lado, *no âmbito político*, por um excesso de ruído acerca das informações de fatos e questões políticas e pela precariedade do debate político.

3) *O papel do cidadão na juristocracia midiática.* Na juristocracia midiática as grandes decisões políticas são tomadas pelo judiciário ou são por ele protegidas no sentido de que ocorrem segundo os seus interesses ou sob a sua proteção. Essas mesmas decisões são editadas pela mídia e divulgadas como decisões morais e legítimas. Nesse caso, por um lado, é retirado do cidadão a escolha de representantes que decidirão acerca de questões políticas controversas e relevantes, o cidadão não participa do debate nem da construção de propostas. A ele cabe apenas assistir a uma encenação que não lhe informa acerca das reais questões e implicações presentes nas decisões políticas. O cidadão perde sua autonomia política na medida em que são os juízes ou promotores que tomam as decisões, os quais, por sua vez, não podem ser politicamente responsabilizados. Assim, a autonomia política é substituída pela *passividade do expectador* ou, no máximo, *pela demonstração visual das massas na rua*. O cidadão se transforma em um telespectador, um “seguidor” ou um “curtidor” dos perfis dos agentes políticos do judiciário, ou ainda, simplesmente, um manifestante de passeatas, de modo que lhe cabe apenas “apoiar” ou “demonstrar insatisfação” com aquilo que é decidido pelo judiciário em coordenação com a grande mídia. Todos esses atos se esvaem em si mesmos. Não há espaço e um meio institucional para que o cidadão possa deliberar e decidir.

4) *Democracia e Estado de direito.* *Da perspectiva da teoria da democracia*, a juristocracia midiática não é um desenvolvimento ou um aprofundamento, mas uma dupla patologia ou uma dupla desfiguração que faz com que os procedimentos e as decisões democráticas sejam cada vez mais insuladas em gabinetes técnicos para proteger os interesses da elite hegemônica, ao mesmo tempo em que isso ocorre sob a *encenação* de um cuidado e de uma consideração moral superior para com o interesse do povo. Também *da perspectiva do Estado de direito*, a juristocracia midiática se apresenta como uma dupla desfiguração. Por um lado, a atuação do judiciário não está mais atrelada à questão de uma obrigação com a neutralidade política, mas se alia a uma elite política que, ameaçada pelos procedimentos democráticos, encontra no poder judiciário uma forma de sob a “encenação democrática” bloquear reformas progressistas e garantir reformas conservadoras. Nesse contexto também é importante notar que os funcionários do judiciário, quando contrariado por decisões dos demais poderes, especialmente quando se trata de assuntos relativos ao aumento de seu poder ou de salários e privilégios, utilizam-se da sua discricionariedade e do casuismo para chantagear os demais poderes. No Brasil não se tornou incomum que a negação de alguma solicitação do poder judiciário seja seguida pela deflagração de uma nova operação de investigação ou pelo andamento de algum processo que até o momento estava convenientemente “estagnado”. Por outro lado, a juristocracia

¹⁰ Sobre o conceito de teoria e prática e da sua relação intrínseca ver Kant (2002, 57s / TP AA 08: 275ff).



mediática mina a legitimidade do poder judiciário como um poder independente e contramajoritário, como um poder cuja função é fiscalizar e controlar o legislativo e o executivo com o objetivo central da proteção dos direitos individuais e da segurança jurídica. Entretanto, uma vez que a juristocracia se torna midiática, os próprios funcionários do poder judiciário passam a se utilizar da mídia para lhes dar sustentação e aparência de legitimidade, mesmo quando tomam decisões que agridem garantias constitucionais básicas ou os critérios procedimentais de um processo legal justo e imparcial. Da perspectiva da teoria do Estado de Direito, a juristocracia midiática conduz ao Estado de Exceção e a barbárie.¹¹

A juristocracia midiática teve início no Brasil com o caso do Julgamento do Mensalão e teve seu aprofundamento com a Operação Lava Jato. O Julgamento do Mensalão desestruturou profundamente tanto a democracia quanto as bases do Estado de Direito. *Da perspectiva da democracia* houve a utilização de uma estrutura do direito como instrumento de propaganda política para os partidos representantes da elite hegemônica. A utilização de um discurso técnico como instrumento político agrediu o âmbito da política, provocando uma contaminação que impediu que as verdadeiras questões políticas fossem apresentadas, debatidas e decididas. A juristocracia midiática introduziu na democracia um “vírus” que destrói seu hospedeiro, pois a democracia é um modelo político que passa a não mais tratar de questões da política, muito menos de forma política. Com isso se quer dizer que as decisões de grande impacto para as vidas dos indivíduos passaram a ser encobertas e preteridas por questões muito menos relevantes. Nesse sentido, durante meses e anos o foco do debate político deixou de ser as questões de crescimento econômico e distribuição de renda, a garantia de direitos sociais, de políticas de desenvolvimento cultural e científico, da promoção de uma maior descentralização dos investimentos entre os Estados e até mesmo a questão da garantia dos direitos individuais e do direito ao legítimo processo para uma discussão acerca da questão jurídica de se Lula sabia ou não sabia acerca do esquema do Mensalão. Ora, essa era uma questão irrelevante para a política. No contexto do julgamento do mensalão essa era uma questão jurídica que para ser respondida precisava de provas. Uma vez que não havia provas, a resposta jurídica para essa questão deveria ser “não”, pois é um princípio do Estado de Direito que todos devem ser considerados inocentes até que se *prove* o contrário. Trazer a discussão acerca da questão de se o ex-presidente Lula sabia ou não sabia do suposto esquema para o centro do debate político no contexto da arena de um processo legal foi o mesmo que jogar uma bomba de fumaça para encobrir as questões que realmente interessam à política.

Da perspectiva do *Estado de Direito*, o processo do Mensalão provocou uma fissura na base do direito constitucional brasileiro, a qual continua a se alargar, podendo chegar a um completo colapso. Na medida em que se introduziu *ad hoc* uma tese, como foi a tese do “domínio do fato” para o direito penal brasileiro e no contexto de um julgamento para incriminar indivíduos, especificamente indivíduos de um determinado partido, cometeu-se uma agressão jurídica que corroeu a autoridade do direito. Essa tese do “domínio de fato” foi fortemente criticada por vários juristas importantes que apontavam que essa tese no contexto do direito brasileiro implicava uma agressão ao princípio do devido processo legal. Colocar esse princípio em cheque não significa apenas desconsiderar um elemento qualquer do sistema, mas implica minar o sustentáculo de toda a noção de direito legítimo e direito justo. Que um juiz possa errar em seu julgamento, isso faz parte da administração humana da justiça, mas que um juiz ou um colegiado de juízes decida suspender um dos princípios fundamentais sobre o qual a autoridade do direito se assenta sob a justificativa de um suposto “combate à corrupção”, isso é algo moral e institucionalmente inaceitável. Uma falta que maculou toda a integridade moral da instituição.

A Lava Jato deu seguimento a esse processo de corrosão da democracia e do estado de direito. Assim como a operação Mão Limpas na Itália deixou o legado de uma década do governo corrupto e imoral de

¹¹Por barbárie entendo aqui o conceito de estado bárbaro tal como definido por Kant, a saber, de um estado onde não há lei, apenas poder exercido por normas. Sobre isso ver Kant (2006, 224s. /Anth. AA 07:330f)

Sílvio Berlusconi, cabe ver qual similar rumo precisará o Brasil amargar. Para o *Estado de direito* a Lava Jato é sinônimo de deturpação, descaso, violação, em suma, ela introduziu no estado brasileiro elementos de um “estado de exceção” e corroeu os fundamentos morais do poder judiciário brasileiro. O germe da atuação de Moro pode ser encontrado em um artigo seu de 2004, no qual ele defende que é *legítimo* ao judiciário fazer um “largo uso da imprensa”, pois se não for possível condenar os investigados nos tribunais, “a opinião pública pode constituir um salutar substitutivo, tendo condições melhores de impor alguma espécie de punição a agentes públicos corruptos, condenando-os ao ostracismo” (MORO, 2004, 60). Note-se que essa justificativa distorce e corrompe qualquer legitimidade do poder judiciário enquanto uma instituição contra majoritária e garantidora dos direitos individuais e do devido processo legal. Trata-se de uma anomalia na teoria do estado de direito. Uma lista exaustiva de todas as agressões cometidas durante a operação Lava Jato extrapola os objetivos deste artigo. Como o interesse aqui é apenas apresentar as características gerais e indicar exemplos de como isso vem ocorrendo, faz-se apenas uma pequena amostragem dos casos mais conhecidos: 1. Gravação ilegal e divulgação criminosa de ligação telefônica envolvendo a então Presidenta Dilma Rousseff; 2. Gravação e divulgação ilegal do escritório de advogados, atacando diretamente o princípio da privacidade entre réu e defesa; 3. Utilização desnecessária e descomedida do princípio da condução coercitiva; 5. Filmagem e divulgação ilegal das imagens da condução coercitiva do Ex-presidente Lula; 6. Utilização descabida do princípio da prisão preventiva; 7. Vazamento seletivo de delações para mídia; 8. Falta do devido respeito ao direito de defesa; 9. Subversão do princípio da inocência; 10. Fim da segurança jurídica; 11. *Last but not least*, como escancarado pelo jornalista Glenn Greenwald, a atuação do próprio juiz como condutor do processo de investigação e acusação, por conseguinte, a destruição do critério da imparcialidade do juiz. É importante destacar que tendo sido Moro apenas um juiz de primeira instância, ele estava subordinado a órgãos superiores. O TRF da 4ª Região afastou uma representação de abuso de autoridade de Moro sob o seguinte argumento: a Lava Jato lida com “problemas inéditos [os quais] exigem soluções inéditas”,¹² traduzindo: as instâncias superiores do judiciário brasileiro legitimaram Moro a utilizar meios que não estavam previstos pelo direito, ou seja, ele pôde agir como se estivesse em um estado de exceção. A Lava Jato introduziu no Brasil elementos de um estado de exceção que culminou no golpe parlamentar de 2016 e continuou repercutindo nas eleições de 2018. É por isso que todas as reformas que estão ocorrendo e vão ocorrer nos próximos anos no Brasil, as quais revogam senão na forma ao menos de fato a chamada constituição cidadã de 1988, podem ser interpretadas como consequências da juristocracia midiática, associação de membros do poder judiciário com a grande mídia para fazer valer a sua agenda política.

4. Considerações finais

A juristocracia midiática pode ser considerada para o estado democrático de direito como uma desfiguração elevada ao expoente. Com o apoio popular criado pela mídia juntamente com a ilusão da imparcialidade e moralidade do judiciário coloca-se em xeque não apenas a democracia, mas o próprio estado de direito. A juristocracia midiática compartilha ao menos três características centrais com os movimentos fascistas

12 Cf. <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/24/unico-votar-pela-representacao-contra-moro-desembargador-aponta-abusos-e-partidarismo/> (acesso 01/04/2017)



do início do século XX: o processo de isolamento político dos indivíduos; o uso extensivo da propaganda através dos meios de comunicação;¹³ e a colaboração do judiciário.¹⁴

O isolamento político ocorre exatamente pelo fato de que os debates políticos perderam espaço¹⁵ e os indivíduos não mais acompanham e avaliam argumentos ou participam eles mesmos de boa fé em debates, mas assistem a encenações, tornam-se seguidores e curtidores de perfis e de postagens, ou ainda, simplesmente servem de meio para propagação de ofensas e mentiras (que são chamadas agora de *fake news*). Já o efeito da propaganda faz com que os fatos sejam apreendidos de forma distorcida, pois uma das teses do nazismo era a de que uma mentira dita inúmeras vezes passa a ser considerada verdade. Aqui é importante distinguir a propaganda político-partidária, a qual faz parte de todo processo democrático, da propaganda política que é insidiosamente inserida naquilo que se propõe a ser um meio de informação, naquilo que se propõe a ser jornalismo. Finalmente, uma forte atuação política do judiciário para a implantação da “moralidade”, que no caso do nazismo era a chamada a moralidade do povo alemão. Nesse sentido, é importante lembrar que a constituição de Weimar nunca foi formalmente revogada, ela simplesmente deixou de ser seguida para dar lugar a “vontade do povo alemão” expressa na voz do *Führer*, mas que também era interpretada e realizada pelos juízes. Para aplicar isso, o judiciário alemão adotou claramente um viés antipositivista, ou seja, subordinou a formalidade dos princípios e regras do devido processo legal a fins alegadamente morais.

A superação da juristocracia midiática e de suas consequências sociais, políticas e jurídicas não se apresenta como uma empresa simples, pois requer necessariamente ao menos três grandes reformas: 1. Uma reavaliação e desenvolvimento dos procedimentos democráticos, de modo que a democracia não se reduza a uma rotina de comparecimento eleitoral realizada esporadicamente; 2. A substituição de uma concepção liberal de liberdade de imprensa por uma concepção republicana de liberdade de imprensa;¹⁶ e 3. Uma estrita circunscrição e avaliação externa dos poderes e da atuação do judiciário, o que significa, a meu ver, uma retomada e desenvolvimento dos ideais do positivismo jurídico, tal como estabelecidos

¹³ Com relação aos dois primeiros elementos ver Arendt (2012).

¹⁴ Sobre isso vale considerar o importante artigo de Maus: “O antipositivismo e antiformalismo primários da doutrina nazista corresponde à lógica de tais descrições funcionais. A aplicação correta do recém-criado direito nazista - supondo que este contivesse ainda ‘diretivas’ aplicáveis à Justiça - teria representado somente um obstáculo menor ao desenvolvimento do terror judicial do sistema nazista. Discriminações motivadas politicamente quando do tratamento de cada caso singular, como as que foram então exigidas, não são compatíveis com a vinculação a uma ‘lei’ qualquer, a qual esteja em vigor por um espaço mínimo de tempo. Deste modo aparecem nas ‘Cartas aos Juízes’ nacional-socialistas, com grande coerência, a personalidade dos juízes como uma importante garantia para a ‘correta’ jurisprudência, cujas tarefas ‘só poderiam ser executadas por seres humanos livres, dignos, dotados de clareza interior, portadores ao mesmo tempo de um grande senso de responsabilidade e de satisfação na execução desta’; a magistratura deveria representar a ‘elite da nação’. Na literatura jurídica da era nazista aparece tal crença de modo lapidar: o “juiz- rei’ do povo de Adolf Hitler deve libertar-se do escravidão da literalidade do direito positivo”. Também as ‘Cartas aos Juízes’ tinham em vista a elite judiciária quando advertiam acerca de não se utilizar servilmente ‘das muletas da lei’, sustentando também que o juiz era visto como ‘auxiliar direto da condução do Estado’. Na realidade revela-se aqui na forma de sua completa destruição a ligação entre legislação e independência da Justiça. Uma Justiça que não precise derivar a legitimação de suas decisões das leis vigentes torna-se no mínimo dependente face às necessidades políticas conjunturais, degradando-se a mero instrumento dos aparelhos administrativos. Este processo foi direcionado através de uma problemática moralização do conceito de direito. Deste modo aparece também em 1942, em meio à extrema perversão da Justiça alemã, a bela frase: ‘O juiz representa a incorporação da consciência viva da nação.’” (MAUS, 2000, 197)

¹⁵ Por mais que os debates dos presidenciais no Brasil fossem falhos e insuficientes (devido a forma em que são organizados), ainda assim eles constituíam um momento importante para a formação do julgamento e avaliação de propostas e competências. Na eleição de 2018, a juristocracia midiática conseguiu eleger um candidato que se recusou a participar de todos os debates. Novamente aqui é importante deixar registrado: o candidato eleito recebeu apoio público e notório do mesmo juiz que utilizou todos os meios jurídicos e não jurídicos para impedir que o então principal adversário político do presidencial não pudesse disputar a eleição. Finalmente, e se isso ainda não fosse suficiente para sinalizar a veracidade da tese de que a juristocracia midiática é um fenômeno real em curso no Brasil, o mesmo Juiz foi imediatamente convidado para ocupar um cargo no governo.

¹⁶ Sobre o conceito de uma liberdade republicana de imprensa ver meu artigo Klein (2015a).

pelo iluminismo moderno. Contudo, a explicação e defesa da importância de cada uma dessas reformas extrapola sobremaneira os objetivos desse artigo, por isso ficam para outra ocasião.

5. Referência bibliográfica

AMORIM, Paulo H. *O quarto poder: uma outra história*. São Paulo: Hedra, 2015.

ANDRADE, Lédio Rosa de. *O Superior Tribunal de Justiça e os Ricos: a Cartilha Neo-Liberal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat, maquis. *Escritos político-constitucionais*. Org. Trad e apresentação Amaro Fleck e Cristina F. Consani. Campinas. Editora da Unicamp, 2013.

CONSANI, Cristina F. Liberdade política e formação da opinião pública: os desafios da democracia representativa na contemporaneidade. In. *Peri*, v. 8, p. 119-145, 2017.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Martins Fontes, 2002.

FEREJOHN, John. Judicializando a política, politizando o direito. In. MOREIRA, Luiz (Org.). *Judicialização da política*. São Paulo: 22 editorial, 63-96, 2012.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press, 2004.

KANT, Immanuel. Sobre o dito comum: isso pode ser correto na teoria mas não serve para a prática. In. KANT, I. *À paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Edições 70, 2002.

KANT, Immanuel. *Antropologia de um ponto de vista pragmático*. Trad. Clélia Martins. São Paulo: Iluminuras, 2006.

KLEIN, Joel Thiago. Freedom of the Press: a Kantian Approach. *Estudos Kantianos*, v. 03, p. 83-92, 2015a.

KLEIN, Joel Thiago. Reflexões Kantianas sobre o significado e a legitimidade da política. In: KLEIN, J. T. / DIAS, M. C. L. C.. (Org.). *O Sujeito em Questão*. 1ed. Natal: EDUFRN, 2015b, p. 267-308.

LEITE, Paulo Moreira. *A outra história do Mensalão: contradições de um julgamento político*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

MAUS, I. Judiciário como Superego da Sociedade - Sobre o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. In. *Novos Estudos*, n. 58. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. 2000.

MORO, Sérgio. Considerações sobre a operação Manu Pulite. In. R. CEJ, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

URBINATI, N. *Democracy disfigured: opinion, truth and the people*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2014.

O a priori político de Merleau-Ponty e Lefort

Luiz Damon Santos Moutinho
Professor do Departamento de Filosofia da UFSCar
luizdamon@yahoo.com.br

Resumo: Uma investigação sobre “a judicialização da política e a politização do judiciário” restrita ao bom funcionamento do “Estado de Direito” se veria presa dos prejuízos que a própria ideia de “Estado” acarreta, consubstanciados na teoria que lhe dá suporte, a teoria da soberania. É preciso escapar ao “estadocentrismo” e um dos modos de fazê-lo é investigar as noções de “poder” e de “direito”. Neste artigo, investigamos essas noções em Merleau-Ponty e Lefort.

Palavras-chave: Poder; Direito; Democracia; Merleau-Ponty; Lefort.

Abstract: An investigation into “the judicialisation of politics and the politicisation of the judiciary” restricted to the proper functioning of the “rule of law” would be prey to the damage that the very idea of the “State” entails, embodied in the theory that supports it, the theory of sovereignty. It is necessary to escape “state-centrism” and one of the ways to do so is to investigate the notions of “power” and “law”. In this article, we investigate these notions in Merleau-Ponty and Lefort.

Key-words: Power; Law; Democracy; Merleau-Ponty; Lefort.

I

“Judicialização da política e politização do Judiciário”. O tema aponta para uma indesejada confusão entre domínios que deveriam, em princípio, permanecer distintos: de um lado, o domínio da política, nos âmbitos dos poderes Executivo e Legislativo; de outro, a justiça, no âmbito do sistema Judiciário. Mas, claro, ninguém ignora que, de um lado, decisões naqueles dois primeiros níveis devam ser conformes à legalidade estatuída ou conforme a ordem constitucional. Por isso mesmo, a “judicialização da política” não significa que a política, em princípio, não deva ser conforme à lei, mas, ao contrário, significa que, não o sendo, o sistema judiciário pode ser chamado a intervir e – esse é o ponto – tomar decisões no lugar dos atores políticos. De outro lado, ninguém ignora, tampouco, que decisões dos tribunais são também “políticas”, mesmo quando se restringem à norma. Por isso mesmo, a “politização do judiciário” não significa que as decisões do judiciário deixaram de emanar da pura norma, mas, ao contrário, que elas agora intervêm na produção e execução de leis. Quer dizer, ninguém ignora que os domínios não formam dois reinos à parte, e isso mesmo quando esse “Estado de Direito” não foi ainda corrompido. No entanto, apesar disso, uma diferença ainda persiste, pois é dela que provém a separação dos domínios: a diferença entre o domínio da política e o da justiça – e que, no limite, remete à diferença entre o poder e o direito. Ou ainda: a imbricação e a diferença entre os domínios da política e da justiça remetem às relações entre poder e direito: é a essas que finalmente devemos voltar a nossa atenção, e não tanto ao funcionamento daquilo que é nelas apoiado: menos que à operacionalidade do “Estado de Direito”, trata-se de voltar àquilo que lhe é anterior.

Começamos então por suspender o “estadocentrismo” e a teoria que lhe dá sustentação, a teoria da soberania. Desde sempre, a teoria da soberania, em suas variadas formas, procurou legitimar o poder, isto é, estabelecer um vínculo interno entre poder e direito. Ora, ao fazer isso – nota, por exemplo, Foucault –, ela “dissolve” “o fato da dominação”, dando lugar, de um lado, aos “direitos legítimos da soberania” e, de outro, à “obrigação legal da obediência” (FOUCAULT 2001b, p.177 e FOUCAULT 2005, p.31). Foucault vai procurar fazer o “inverso” disso, deixando valer, de um lado, “o fato da dominação” e, de outro, o do “assujeitamento”. Ou, dito de outro modo, vai deixar valer o poder sem buscar qualquer legitimação ou obediência. Evidentemente, no universo foucaultiano, isso vai exigir certas “precauções de método” (FOUCAULT 2001b, p.178), e curioso que é precisamente – ou sobretudo – diante e contra a teoria da soberania que Foucault as explicita. Não é o caso aqui de seguir a redução foucaultiana até fazer ressaltar a questão do poder. Por ora, vale notar que essa questão não pode ser colocada enquanto não se desfizer o nó da legitimidade acarretado pelo modelo da soberania: será preciso “cortar a cabeça do rei” (FOUCAULT 2001a, p.150), o que, assegura Foucault, “ainda não foi feito na teoria política” (FOUCAULT 2001a, p.150). Ou poderíamos dizer ainda: será preciso afastar o Estado, pois Estado e soberania andam juntos: “colocar o problema [do poder] em termos de Estado é ainda colocá-lo em termos de soberano e soberania e em termos de lei” (FOUCAULT 2001a, p.151).

Desfazer o nó que legitima o poder é também um passo da *démarche* de Lefort. No seu caso, esse nó aparece desfeito pelas revoluções modernas e a conseqüente emergência das “sociedades democráticas”. Poder e Direito se “desintrincam”, segundo o vocabulário lefortiano; e, por contraste, nas sociedades pré-modernas (o contraponto mais desenvolvido é com o Antigo Regime), eles apareciam “intrincados”: diferentes, porém “intrincados”. De onde vinha esse “intrincamento”? Ele é menos resultado do discurso político – no caso, da teoria da soberania –, de práticas políticas, do que de uma certa dimensão “simbólica” a partir da qual a sociedade do Antigo Regime se representava a si mesma. Lefort faz jogar aqui um “simbólico” que suporte aquele “intrincamento”. Isso significa que a sociedade política como um todo – quer dizer, o polo do poder, a posição das classes, dos grupos sociais, a diferenciação interna –, tudo isso guarda referência a um foco extrassocial, é mediado precisamente por referência a esse foco, a esse foco “divino”. No Antigo Regime, o teológico e o político são inseparáveis, o que significa dizer que o poder



(do rei) já se encontra referido e fundamentado por tal mediação, portanto, legitimado; ou seja, Poder e Direito estão “intrincados”. O modelo rezava então que, nessa referência, o corpo do rei é “duplicado”, um “corpo místico” duplica seu “corpo natural”, à maneira do corpo de Cristo. E porque é assim duplicado, tanto “o direito parec[e] consubstancial à pessoa do príncipe” (LEFORT 1983, p.53) quanto o poder aparece “incorporado no príncipe” (LEFORT 1991, p.28): ainda que o príncipe estivesse submetido ao Direito, pois a “origem [do Direito] se encontrava em Deus ou na Justiça”, a verdade é que seu poder não conhecia “limites de fato” (LEFORT 1983, p.53). Ora, ao suprimir precisamente a referência ao divino, ao suprimir essa dimensão “simbólica”, as sociedades modernas “desintrincaram” Poder e Direito, suprimiram a legitimidade intrínseca do poder e abriram assim um conjunto de questões desconhecidas do discurso político clássico. Que horizonte se abre aqui? Como em Foucault, também se abre a questão do poder. Mas, com ela, também a “dominação” e o “assujeitamento”? Não exatamente. Pois a redução lefortiana, ao preservar uma dimensão “simbólica”, impede tornar o polo do poder o polo exclusivo da constituição – ou da produtividade. E, por isso mesmo, o direito não poderá se reduzir àquilo de que lança mão o poder, a “procedimentos de sujeição”: “o sistema do direito e o campo judiciário são o veículo permanente de relações de dominação, de técnicas de sujeição polimorfos. O direito, é preciso examiná-lo, creio eu, não sob o aspecto de uma legitimidade a ser fixada, mas sob o aspecto dos procedimentos de sujeição que ele põe em prática” (FOUCAULT 2005, p.32). Vejamos por outro viés como essa mesma questão do poder se abre a Lefort.

II

Para ressaltar essa questão, parto de uma dificuldade apontada por Merleau-Ponty ainda nos anos 40, no pós-guerra, logo depois da publicação de *Humanismo e terror*. Merleau-Ponty teria notado – isso em um texto clarividente sobre Maquiavel, de 1949 – que a questão do “poder” estava em aberto: a experiência soviética, àquela altura, já desautorizava a hipótese de uma “solução”, que seria uma “relação absolutamente nova entre o poder e os súditos” (*du pouvoir aux assujettis*) – em que, se não “anulado”, o “poder” seria ao menos “controlado”. Ora, essa promessa da revolução se revelou um fiasco, garante Merleau-Ponty: o “poder revolucionário” terminou por se “autonomizar”, constituindo, assim, uma “camada dirigente” e “sem controle” (MERLEAU-PONTY 1985, p.281-2). É nesse contexto que ele sugere a releitura de Maquiavel.

Por que Maquiavel? A razão mais imediata é que também ele – como, de resto, Marx – coloca o problema do “poder” não em termos de “princípios” – sejam eles religiosos, cosmológicos, metafísicos, racionais – mas interroga o poder “em operação”. Marx enfrenta o problema – na avaliação, digamos, fenomenológica, de Merleau-Ponty – indo diretamente à “situação” e ao “movimento vital” dos homens mais explorados e oprimidos; teria buscado ali o “fundamento de um poder revolucionário, isto é, capaz de suprimir a exploração e a opressão” (MERLEAU-PONTY 1985, p.281). Ora, também Maquiavel busca a “verdade efetiva da coisa”, segundo o célebre enunciado do capítulo 15 de *O príncipe*, e não subsume a política a princípios transcendentais nem pretende fundar o Estado ou a sociedade civil num contrato.

Mas agora, diante de Marx, a diferença parece estar ainda em outro lugar: Maquiavel pensa o conflito sem a alternativa da “solução”, isto é, sem o fim da dominação. Em Marx, ao contrário, a questão do poder político permanece, no final das contas, obliterada, na medida em que ele aparece inteiramente reduzido a conflitos sociais, e por isso mesmo a promessa da revolução é a de uma sociedade política livre da dominação, sem referência a um poder em separado. Em Maquiavel, o poder político é irredutível, e vem daí que sua obra seja convocada na busca de uma “clareza política”. Tudo se passa como se Merleau-Ponty quisesse guardar distância não apenas da política revolucionária, mas também daquele “mito” tão expandido no século XIX, nos termos de Lebrun, e do qual participam liberais e marxistas: o de uma sociedade autorregulada, que afaste portanto o poder político; segundo esse “mito”, “o poder conhecia a sua decadência e começara a sua agonia” (LEBRUN 1981, p.9). Ou, noutras palavras, Merleau-Ponty

desembarca da canoa da revolução, que vê no proletariado a encarnação do universal, reativando um tema clássico do pensamento político – o *poder*.

No pequeno texto sobre Maquiavel, Merleau-Ponty apenas aponta uma direção de pesquisa. E é precisamente essa direção que Claude Lefort seguirá nos anos seguintes.

Qual é a questão para Lefort? Aquela que será sempre a *sua* questão: a busca dos “princípios geradores do social”, a “forma” do social, o da “instituição do social”. São expressões que ocorrem no começo e no fim de sua carreira (veja-se, por exemplo, “A questão da democracia” (1983)), como também foi a questão da fase intermediária, a maquiaveliana: Maquiavel não será para Lefort o pensador do realismo político, da razão de Estado etc, mas o pensador da fundação do Estado, da “fundação incessante”. Ora, nessa fase inicial, independentemente da resposta, da variedade de respostas a essa questão fundamental, do caráter tateante e errático, já aparece ali um elemento que vai colocar sérios problemas logo adiante: é que essa fundação, apesar de pequenas variações nas respostas, terá sempre a *práxis social* como seu ponto de fuga. Não é um equívoco denominar esse período, como o faz Poltier, como o de uma “fenomenologia do social”.

Mas se o início de sua carreira pode ser assim descrito, é verdade também que, ainda nos anos 50, e ao longo dos anos 60, Lefort leitor de Maquiavel dá início a uma autocrítica e a uma revisão de algumas categorias básicas de seu pensamento. O núcleo da transformação me parece ser justamente o aparecimento de uma concepção estritamente *política* do poder – o que significa o abandono do modelo anterior, marxizante, fortemente assentado na “produção”. A “dominação”, de natureza política, não se explica apenas por relações econômicas. Naquele início, a busca pelos “princípios geradores do social” se resolvia com a “*praxis*” – sem referência ao “poder”. Havia então uma “*experiência constitutiva* da sociedade” (LEFORT 1979, p.33; grifos nossos). O que vai aparecer logo depois com muita clareza – e isso já na grande obra sobre Maquiavel – é o esboço de uma “ontologia política” (LEFORT 1979, p.368 e p.426), assentada no primado do “político”. A reviravolta aí, para o nosso interesse, é o apelo a uma noção de “simbólico” capaz de ultrapassar os prejuízos do primeiro modelo – “simbólico” que, no Antigo Regime, atava o teológico ao político e que, nas “sociedades democráticas” terá outra configuração. A dimensão “constitutiva” do primeiro modelo era uma *práxis*, um ato. Haverá um descentramento: é a *práxis social* que se compreende a partir do “simbólico”, qualquer que seja ele, não o inverso.

No que nos concerne aqui, a volta a Maquiavel representou para o jovem Lefort um projeto de trabalho cujos termos Merleau-Ponty anunciava no seu ensaio de 1949: 1) pensar o político por ele mesmo, não só, como faz Maquiavel, sem referência à teologia e à cosmologia, mas ainda (e aqui reside a autocrítica, a superação da “fenomenologia do social”) sem apoio no social: o poder não será projeção de relações sociais; daí o primado do político; com algumas variações, algo análogo também se passa com Merleau-Ponty na virada dos anos 40 para os anos 50; 2) pensar outra noção de conflito, sem “solução” para o “problema social”. E, tal como para Merleau-Ponty, também aqui o proletariado deixa de encarnar o universal, aquela classe que poria fim às classes, inclusive a si mesma como classe; realizando o universal, ela poria fim, portanto, à sociedade dividida. Findo o universal, abre-se agora outro horizonte, em que o conflito se afirma irredutível. Eis aí, em linhas gerais, os termos de ambas as autocríticas; com elas, desaparecem a *arkhê* e o *telos*.

III

De sua parte, fazendo sua autocrítica em *As aventuras da dialética*, Merleau-Ponty nota que ele ainda permanecia, até *Humanismo e terror*, no terreno da moral: se o proletariado aparecia-lhe como encarnando a negatividade, portando o universal, não era porque a lógica do capital levaria a uma oposição das classes, unificando o proletariado no antagonismo à classe burguesa; antes disso, ele era o portador do

universal porque era privado da particularidade do interesse, e assim sua ação fazia “passar” o valor: era o proletariado que permitia escapar ao humanismo abstrato e “realizar” a “humanidade”. Havia, portanto, uma função axiológica na prática proletária; assim, a política merleau-pontiana ainda era governada pelo *a priori* da moralidade: “não estávamos no terreno da história (e do marxismo), mas no terreno do *a priori* e da moralidade (...) não era a filosofia da história, era Kant sob um disfarce” (MERLEAU-PONTY 2000, p.321). A crítica vai incidir não sobre a dialética, mas sobre a ideia de que uma classe possa encarnar a dialética, portar em si o universal. Ele vai traçar então uma análise que remonta a Weber (como modelo do “entendimento”), passa pelo marxismo vigoroso de Lukács (dos anos 20), por Lenin, Trotsky e, finalmente, Sartre, num percurso que ele denomina “as aventuras da dialética”. Essas aventuras vão culminar, ali por volta dos anos 50, segundo diagnóstico de Merleau-Ponty, num marxismo ossificado e numa *práxis* revolucionária dogmática e voluntariosa. Qual o ponto culminante dessa crítica?

Parece-me ser a crítica da história teleológica, história regulada por leis rigorosas (ou, pelo menos, leis da forma social *histórica* baseada no modo de produção capitalista) e, ligada a essa, a crítica da política revolucionária. Vai resultar daí: 1) não a recusa da história, mas da teleologia: recusando o *telos*, o que surge é uma história “plural”, uma variedade de “planos ou ordens”; 2) não o fim da dialética, mas da ideia de que uma classe possa encarnar a dialética, portar em si o negativo, como crítica encarnada, ser supressão da sociedade de classes e supressão de si como classe, ser crítica e autocrítica (MERLEAU-PONTY 2000, p.320). Agora, “oposições”, “contrariedades”, “devires”, “diferenças”, “ultrapassamentos” são localizados, envolvem plano *previamente instituído* e são incapazes de revolver esse todo comum que os envolve (MERLEAU-PONTY 2000, p.281-2). O que Merleau-Ponty rejeita agora é a ideia de uma significação total da história, de que a história organize ela mesma sua própria recuperação; de que uma crítica possa implicar a contestação de si mesma, ser crítica por dentro, ser “revolução permanente”; a revolução como “ação absoluta” é ainda um conceito governado pelo *a priori* moral. A conclusão das *Aventuras...* leva Merleau-Ponty ao elogio do liberalismo de Weber, um “liberalismo heroico” porque “faz entrar em seu universo aquilo que o contesta” (MERLEAU-PONTY 2000, p.312-3) – e, portanto, restringe o poder absoluto. O liberalismo de Weber, diz Merleau-Ponty, “não postula um empíreo (*empyrée*) político, não toma por absoluto o universo formal da democracia, ele admite que toda política é violência, mesmo, a seu modo, a política democrática. Seu liberalismo é militante, sofredor mesmo, heroico, isto é, ele reconhece o direito de seus adversários” (MERLEAU-PONTY 2000, p.41).

Daí que o “novo liberalismo” a que chega Merleau-Ponty queira conservar em mãos as “duas pontas da cadeia”: de um lado, o “problema social”, a luta de classes (“pois há classes”); de outro, a “liberdade” (se outra política “puder passar”, outra que não a liberal – mas também outra que a revolucionária: colocando o “problema social em termos de luta”, é preciso ainda “recusar a ditadura do proletariado” (MERLEAU-PONTY 2000, p.313)). Serão esses os marcos de uma “esquerda não comunista”, anunciados por Merleau-Ponty, ali naqueles anos 50. A luta será vista então como “localizada”, incapaz de revolver toda a história. Comentando a política merleau-pontiana, Lefort a denomina “política de contestação”, mais radical que a de Marx... E por que ela seria mais radical? Aparentemente, por isso mesmo, porque, não visando mais a uma totalidade, a luta não teria termo, e assim ela se generalizaria: ela se tornaria permanente, sem rima nem solução. Que isso implique em maior “radicalidade”, parece uma contradição, pois, justamente, ela deixou de visar a totalidade... A autocrítica de Merleau-Ponty, segundo Lefort, vai de par com aquela outra, em que ele já não busca “igualar a reflexão à vida irrefletida da consciência”, já não busca mais a “ficcão de uma coincidência de direito entre o Ser e o pensar” (LEFORT 1978, p.122), o que ele ainda faria no período da *Fenomenologia da percepção*. É depois dessa autocrítica que ele se abre finalmente (embora tivesse desde sempre um tal projeto) à *indeterminação*: “a ideia de um pensamento consagrado à indeterminação e de uma política consagrada à contestação”, eis aí Merleau-Ponty, segundo Lefort. Importa agora notar que é desenvolvendo a ideia de que esse meio em que vivemos, em um tempo e em uma sociedade, esse “meio da história”, de que esse meio carrega em si mesmo, em sua “estrutura”,

uma “indeterminação”, que, finalmente, deve ser restituída “no quadro de seu próprio simbolismo” (LEFORT 1978, p.103), é por aqui que Lefort já desliza do pensamento de Merleau-Ponty para o seu próprio. A “indeterminação” de Merleau-Ponty – veremos adiante sua consequência política – deve ser lida à luz de um “simbolismo” de que Lefort quer dar conta em sua “filosofia política”.

IV

O simbolismo lefortiano já aparecia em sua leitura de Maquiavel. Já ali uma imagem do príncipe é projetada para além do conflito que opõe os grandes e o povo, imagem que assegura unidade à sociedade dividida. Apenas nesse momento a força se converte propriamente em poder político, e como condição da unidade do principado. Já ali, portanto, Lefort havia abandonado os motivos sociais de sua primeira fase e apontava, para além da luta social, para uma dimensão política irredutível.

Mas é só na última fase que ele vai desenvolver sua teoria da “democracia” e o “simbólico” implicado por ela. O que é inédito na democracia é que, enquanto na sociedade do Antigo Regime o corpo do rei agia como mediador entre o visível e o invisível, entre o visível e o *Outro* mundo, e assegurava, assim, à sociedade a representação de sua própria unidade, numa figuração imaginária do “simbólico”, na democracia, ao contrário, desaparece a figura de mediação. É isso que Lefort chama a “desincorporação do poder”; permanece o lugar do *Outro*, mas permanece como um *lugar vazio*. Esse é o núcleo da “revolução política” moderna – ou, se se quiser, a emergência da modernidade não está, como pensa o jovem Marx, na “emancipação política”, ou antes, na “ilusão política”, na cisão entre o “político” e o “social”, entre o “cidadão” e o “burguês”, entre o universal e o particular, consequências, pensa Marx, do “parcelamento dos interesses privados”, da “emancipação da sociedade burguesa” (LEFORT 1983, p.52). O núcleo da revolução moderna está na *mutação do simbólico*, e isso impõe uma compreensão do “político” para o qual Marx esteve “cego”. Que mutação é essa?

Seu núcleo é a “desincorporação” “simultânea” (LEFORT 1983, p.53) do poder e da sociedade – e aqui Lefort retira as consequências de sua leitura da “indeterminação” a partir de uma “dimensão simbólica”. A uma transcendência que já não pode ser figurada imaginariamente, a um “lugar vazio”, corresponde uma sociedade sem corpo (LEFORT 1991, p.34), impossível de ser circunscrita (LEFORT 1983, p.54).

Do lado da sociedade, não se trata, então, para Lefort, da emergência da “sociedade civil”, sociedade atomizada em função dos interesses privados, definida, portanto, a partir de uma determinação econômica. Daí porque ela não será nem a sociedade unificada pelo Soberano, nem a sociedade “espontânea”, resultado não mais de um contrato, mas de um acordo “natural”, à maneira da matriz liberal escocesa (Ferguson, Hume, Smith). Essas são duas maneiras diversas de visar o problema, uma buscando a constituição da sociedade por alto, outra, por baixo. A sociedade lefortiana não tem nenhuma determinação, ela é “puramente social” (LEFORT 1991, p.34), ela é “*indeterminada*”.

Do lado do Poder, o “Povo” parece ser a instância de unificação. Mas esse “Povo” substancial não é passível de circunscrição, não é delimitável, ele é igualmente indefinido; quando ele é chamado a se manifestar, como em eleições, por exemplo, ele deixa de ser “substância” para ser “número” (LEFORT 1991, p.34). Nesse caso, o “Povo” é “*indeterminado*” e justamente por isso o lugar do Poder permanece inocupável. Ora, vale perguntar: essa não é uma simples diferença entre Povo como “corpo político”, portanto, “constituente”, e “povo real”, o povo que vota? Por que essa diferença óbvia suprimiria a soberania popular? Essa diferença já se encontra em Rousseau: não é o “povo real” que legisla, mas é preciso a “vontade geral” para conferir autoridade à lei; sendo ela universal na origem, pela vontade geral, ela deverá valer pra todos: a lei geral tem por origem a vontade geral. Ora, acontece que a unidade “Povo” é então forjada por meio de um contrato, o que supõe um vínculo interno entre o “poder” e o “direito”,



vínculo que assegura a tal “povo soberano” a fonte da legitimidade. O “lugar vazio” de Lefort, por sua vez, não se limita a mera impossibilidade de figurar o Poder; é ainda o esforço de “desintrincar” poder e direito – e assim *tornar aberta a questão da legitimidade do poder*. Por isso mesmo, não há em Lefort “poder soberano” nem fundamento normativo: é que, “desincorporado” o poder, o direito perde seu “ancoradouro” (LEFORT 1983, p.54). A democracia lefortiana é sem *demos* e sem fundamento.

Diz Lefort: “O essencial, a meu ver, é que a democracia institui-se e se mantém pela *dissolução dos marcos de referência da certeza*. A democracia inaugura uma história na qual os homens estão à prova de uma *indeterminação última* quanto ao fundamento do Poder, da Lei e do Saber, e quanto ao fundamento da relação de *um* com o *outro*, sob todos os registros da vida social” (LEFORT 1991, p.34; grifos nossos em “indeterminação última”).

V

Merleau-Ponty e Lefort têm um mesmo horizonte político em vista: a crítica da política revolucionária marxista, de um lado, e do “totalitarismo”, de outro. Esses são, para ambos, os grandes acontecimentos políticos que se impõem ao pensamento. Embora Merleau-Ponty não tenha desenvolvido a crítica do “totalitarismo”, ela já está em germe na sua crítica da revolução, até mesmo no ambíguo *Humanismo e terror*. O que, em contrapartida, parece se abrir a ambos é o horizonte de uma democracia que *institucionalize o conflito* (LEFORT 1991, p.32). Em ambos, a redução que abre a questão do poder conduz não à “dominação” e ao “assujeitamento”, mas ao *conflito*, e Maquiavel é a referência dominante: foi o conflito entre o povo e os grandes que fez a grandeza de Roma, lembram ambos. Esse conflito se mostra mais variado do que o da “luta de classes”: assim, a sociedade que se abre, em ambos os casos, é mais ampla, diversificada e fragmentada que a sociedade civil burguesa e sua matriz econômica de classes. E, com a extensão do conflito, abre-se uma nova concepção de poder: não mais intrinsecamente legitimado – seja, no caso de Merleau-Ponty, não mais o poder revolucionário que portaria em si o universal; seja, em Lefort, um “poder democrático” que é “desintrincado” do direito, isto é, que está permanentemente em questão quanto a sua legitimidade, que, portanto, deve buscá-la sempre, pois já não a porta em si.

E, assim, o problema se transforma: se não se trata mais de um poder que porte a verdade, tampouco se trata de pura força: “nem puro fato, nem direito absoluto” (MERLEAU-PONTY 1985, p.269), “os homens deixam-se viver” sob sua dominação, mas, ultrapassado certo limite, eles se dão conta de que ele é injustificável (MERLEAU-PONTY 1985, p.269), diz Merleau-Ponty em sua leitura de Maquiavel. Há certo limite que o poder não pode ultrapassar, aquele que leva ao desprezo e ao ódio dos súditos, mas, afora isso, o poder goza de um assentimento “tácito”: “o poder não coage, não persuade: ele envolve – e envolve-se melhor apelando à liberdade do que aterrorizando” (MERLEAU-PONTY 1985, p.269). São as lições que Merleau-Ponty retira de Maquiavel e que agora, diante de um poder que não é mais “justo”, desloca a questão política: não se trata mais de buscar uma política que realize o universal, que realize a verdade (e que Merleau-Ponty entende agora como uma moralização da política), mas uma *política que não seja injusta* (MERLEAU-PONTY 1985, p.269). Trata-se, portanto, de uma política que perdeu do horizonte o “absoluto”, o “justo”, a “verdade”. Assim, a perspectiva do conflito impõe que também a crítica “se confronte sempre com o juízo de uma oposição” (MERLEAU-PONTY 2000, p.312), que a crítica que denuncia as “taras do capitalismo”, não esteja “comprometida com um absoluto de negação” (MERLEAU-PONTY 2000, p.320-1). A crítica merleau-pontiana do poder consiste então em dissolver a miragem do poder absoluto e fazer o elogio do conflito: aparentemente, só um poder restringe outro poder, só a luta pode assegurar a república: “a história é uma luta e se as repúblicas não lutassem elas desapareceriam” (MERLEAU-PONTY 1985, p.279).

Quanto a Lefort, a tese do “simbólico” o leva a outras conclusões: que o lugar do poder seja um *lugar vazio*, isso, garante ele, “impede aos governantes de se apropriarem do poder” – Lefort é mais preciso: “de se *incorporarem no poder*” (LEFORT 1991, p.32; grifos meus). Ora, que isso significa? A um poder que já não pode ser legitimado, o “lugar vazio” indica idêntica restrição de poder, como em Merleau-Ponty? Vejamos isso de perto a partir de algumas pistas de investigação.

V.a

A *primeira pista* diz respeito ao *político* (ou ao *a priori* político). A crítica do poder revolucionário, em Merleau-Ponty, se fez no contexto de uma crítica da filosofia da história: é a reforma dessa, como história plural e não mais como totalização em curso, que torna possível a crítica do poder revolucionário. A “instituição” como “meio da história” veio marcar esse descentramento da ação – ou da revolução –, ação que faz, mas que também *é feita*, em contrariedades, oposições, diferenças locais. Em Lefort, ao contrário, toda ação se faz no interior de uma dimensão “simbólica” que, ela, não muda. O “simbólico” de Lefort está *além*, ele é uma *Alteridade*. Por isso mesmo, não haverá o vaivém da ação-passividade de Merleau-Ponty, ou o que ele chama “reversibilidade”: quando toco, sou tocado; quando ajo, sou “agido” etc; ao contrário, o simbólico é o “inamovível na história” (NEVES 2016, p.127). Ora, mas isso não é o mesmo que retirar da ação humana o papel de agente histórico? (NEVES 2016, p.127).

Essa questão cabe mais a Lefort do que a Merleau-Ponty. No entanto, para ela ser bem avaliada, é preciso notar que a representação da história plural de Merleau-Ponty é ainda parcial: Merleau-Ponty não é, como pensa Lefort, um “relativista”. Se desaparece a ideia de uma totalização em curso, de um revolver a história por inteiro, não desaparece a ideia de uma totalidade. Grosso modo, a nova filosofia da história traz uma ideia de totalidade que não é mais resultado de uma síntese e que seria assim algo como o “inamovível”. Mas com uma diferença crucial: enquanto em Merleau-Ponty essa totalidade é um “elemento” *comum* (no sentido em que se dizia: a água, o fogo são elementos) – no vocabulário de Merleau-Ponty, a *carne*, aquilo que me vincula ao mundo e aos outros corpos, aquilo que tudo vincula –, em Lefort, esse terceiro termo é uma *Alteridade*, irredutivelmente *outro*. Ali onde Merleau-Ponty vê “simetria” e reversibilidade entre os sujeitos, todos vinculados a uma única “carne”, e que permite pensar a atividade-passividade, Lefort vê antes o sujeito iniciado no mundo por um Outro: para além da relação fusional com a mãe, diz Lefort, o infante é confrontado com a mediação de um terceiro, que opõe a Lei a seu desejo. Há uma mediação análoga a essa que institui o social: é a “eficácia simbólica” que funda a sociedade política.

Ora, que seja “elemento comum” (Merleau-Ponty) ou “Alteridade” (Lefort), parece que não estamos mais em um plano de alcance da ação humana. No entanto, a ideia de reversibilidade modela *outra noção de ação* – ou, se quisermos, de “poder”, e é isso que parece relevante aqui. Pois a ação-passividade permite pensar uma restrição ao poder implicada na própria *relação de poder* – ou ainda, permite pensar uma *resistência*. É essa relação de poder que Lefort parece perder ao apontar para um simbólico que denega, ele, a “incorporação no poder”. Dou um exemplo do alcance dessa diferença: quando trata do Estado-Providência, Lefort o considera sob uma “dupla face”, Estado-Providência e Estado-Guardião, uma iluminada, outra obscurecida. A questão se coloca assim: a expansão do Estado-Providência não faz revelar sua face oculta, “obscurecida”, coercitiva? A crítica é bem conhecida, de liberais e não liberais. Para Lebrun, por exemplo, já os *new human rights* de Roosevelt nada tinham que ver com o “aprimoramento das liberdades individuais” (LEBRUN 2006, p.252 e LEBRUN 1981, p.87 e p.90), eles não fazem senão aumentar a potência do grande Leviatã: “o que a história nos ensina é que esses direitos [à vida, à felicidade, ao corpo, à saúde...] só podem ser satisfeitos à custa de um *crescimento do poder estatal*. Como analisar de outra forma, por exemplo, o socialismo sueco?” (LEBRUN 1981, p.92). Para Lefort, contudo, há algo que impede a expansão do Estado coercitivo, e isso é o “dispositivo democrático”: “se o Estado-Providência não se torna um Estado-Guardião, a principal razão está em *não ter um senhor*. Surgisse um senhor, o Estado



perderia a inquietante ambiguidade, que lhe é própria, na democracia” (LEFORT 1991, p.46; grifos meus). Assim, o que impede que o Estado-Providência se torne um Estado-Guardião, puro poder coercitivo, é uma razão negativa, e o problema se transforma em: o que impede a *incorporação no poder*; nesse caso, é um “simbólico” que torna o poder infigurável e o Estado, não assenhoreável. É sob essa condição que haverá, para além da face ambígua do Estado, “a emergência de reivindicações, de lutas por direitos” (LEFORT 1991, p.31); é por isso, igualmente, que Lefort pensa a resistência a partir de um direito, não, certamente, como um direito natural, mas ainda como um direito, agora afirmado na luta pelo próprio titular, dele inseparável (LEFORT 1991, p.49). Em Merleau-Ponty, a “reversibilidade” abre caminho para pensar uma relação de poder em que essa resistência é constitutiva da própria relação, sem remissão a um “simbólico”. Em Lefort, essa remissão impede a “incorporação” e abre assim um campo de lutas.

V.b

Uma *segunda pista* diz respeito ao *social* (ou às “lutas sociais”). Passar à “instituição” não quer dizer passar à “forma estatal” em oposição à sociedade civil. Merleau-Ponty não coloca uma “forma política” para além da “luta social”. A recusa do poder revolucionário, assim, não acarreta a passagem à democracia liberal, a um “Estado de direito”. Por outro lado, a passagem à “instituição” implica a recusa de uma autodeterminação da sociedade e reconhece o conflito como definitivo. A forma política é assim *inseparável* da “luta social”. E, no caso de Merleau-Ponty, pelo menos na hora em que anunciava sua política, a “luta social” era a luta de classes. Ora, o conflito social se esgota nessa forma econômica?

Lefort, por sua vez, parece dissolver, senão a luta de classes, pelo menos seu vínculo com o político. E a razão disso é, novamente, pensar a forma da sociedade a partir de um “simbólico” separado. Daí objeções como a de Ruy Fausto, por exemplo, que, embora por outras vias e chegando a conclusões diferentes das nossas, nota que a luta de classes desaparece do horizonte de Lefort. O tema de Fausto é a crítica de Lefort à leitura marxiana das *Declarações em Sobre a questão judaica*. Lefort aponta a “cegueira” de Marx em tomar as *Declarações* como um mero documento de consagração da sociedade burguesa e do “Homem”, que não é outro senão o membro egoísta dessa sociedade. Marx “deixa-se aprisionar”, diz Lefort, “pela versão ideológica dos direitos, sem examinar o que significam na prática, que reviravolta fazem na vida social”, sem atentar para “novo modo de acesso ao espaço público” (LEFORT 1983, p.46 e p.47). Ora, replica Fausto, mas “Lefort teria levado suficientemente em conta o lado egoísta-burguês das *Declarações*?” (FAUSTO 2018, p.212). Lefort teria visto nelas uma “dualidade”, “mas quando ele se refere às tendências ‘negativas’ que podem aparecer no interior da democracia, ele as trata um pouco *como se isso não fosse essencial*. De fato, o que não vai na direção da democracia enquanto democracia, Lefort tende a ver como elementos da ordem da ‘aplicação de fato’ ou da ‘elaboração de fato’ das leis”. Nesse caso, “a violência do capital” é tomada como “violência ‘de fato’, não inscrita na essência, ou no ‘modo de constituição’ da sociedade em questão” (FAUSTO 2018, p.212-3). Nesse ponto preciso, a crítica de Fausto é justa, e o motivo último é que o “simbólico” de Lefort é instância separada, ou uma Alteridade, o que o levou a separar conflito social e forma política; basta-lhe assegurar o “lugar vazio” do poder.

Ora, é esse salto, precisamente, que Merleau-Ponty não pode dar, o que se ressalta na oposição de Lefort, a partir do “simbólico” como “alteridade”, à “carne” comum de Merleau-Ponty. Diferentemente de Lefort, Merleau-Ponty coloca o problema de saber de que natureza é esse vínculo entre o social e o político. Uma questão, então, se impõe: a investigação de Fausto consiste em pensar a “tensão” (FAUSTO 2018, p.212) entre capitalismo e democracia; no contexto do debate em torno das *Declarações*, entre “homem” (democracia) e “homem egoísta” ou interesse de classe (capitalismo). No entanto, o que parece mais interessante pensar é, não a “tensão” entre dois polos conflitantes, mas o político como *forma do social*, inseparável dele, menos “capitalismo *versus* democracia” e mais a democracia *do* capitalismo.

V.c

Uma *terceira pista* de investigação diz respeito ao *direito* (ou à “política democrática”). Do “desintrincamento” entre poder e direito segue-se, em Lefort, a *questão* da legitimidade do poder, pois ele deixa de ser então intrinsecamente legítimo, e, do lado do direito, segue-se a questão do “ancoradouro” do direito, antes “consustancial à (...) pessoa do príncipe” (LEFORT 1983, p.53-4). Mesmo reconhecendo que a monarquia se apoiou na teoria da soberania e que, por isso mesmo, “a dissociação da instância do poder e da instância do direito (...) estava no princípio do Estado monárquico”, mesmo assim, Lefort não deixa de notar que “o poder do príncipe (...) não conhecia limites de fato” (LEFORT 1983, p.53). Foi só com a “revolução política moderna” que a “desincorporação” do poder e do direito, e portanto aquele “desintrincamento”, deixaram em aberto a questão do poder e do direito: o lugar do poder mostra-se vazio e sua legitimidade torna-se uma questão. E quanto ao direito? Todo o problema consiste em saber: quem, agora, diz o direito? “Agora” essa questão se coloca em um horizonte em que não há mais “povo soberano”, quer dizer, nenhuma fonte de poder intrinsecamente legitimada. Quem tem “autoridade” para enunciar o direito?

A resposta a essa questão é dupla: ninguém, certamente, tem “autoridade” – isto é, poder legítimo – para outorgar ou ratificar direitos. *Exceto* – eis o primeiro aspecto – *se aquele que enuncia os direitos for o mesmo a quem pertencem os direitos*. Mas isso, em um contexto sem direito natural, implica que, entre os direitos e a enunciação, não há a mesma relação – para retomar o bom exemplo de Flynn – entre a mesa ser vermelha e o ato de dizer que a mesa é vermelha: a vermelhidão da mesa é anterior a nossa predicação e não afetada por ela (FLYNN 2005, p.168). O direito de que fala Lefort, por sua vez, só emerge com a enunciação: ele não é apenas “o objeto de uma declaração, é de sua essência declarar-se” (LEFORT 1983, p.54). Ele só emerge na luta que o afirma. Mas isso – eis o segundo aspecto da resposta – *conforme o modelo simbólico* de Lefort: quer dizer, *o direito se revela agora, ele mesmo, como “simbólico”, aparece uma “dimensão simbólica dos direitos do homem”, única capaz de se mostrar como “constitutiva da sociedade política”* (LEFORT 1983, p.56; grifos meus). E é precisamente essa dimensão do direito que Foucault ignora. Ora, mas não dissemos que a sociedade democrática é aquela para a qual o lugar do poder é um “lugar vazio”? Certamente. Isso significa que o direito será para ela, à sua maneira, aquilo que o poder corporificado é para o Antigo Regime? A resposta a essa questão exige que se conheça de que maneira o direito “constitui” a sociedade política democrática.

Lefort mostra essa “constituição” em três momentos, que reproduzem, com alguma alteração, a dialética do tempo na *Fenomenologia da percepção*. *Primeiro momento*: aquele a quem pertencem os direitos é o Homem, não tal ou tal homem, mas todos os homens; aqui, o momento do Todo. *Segundo momento*: mas a sociedade democrática, precisamente porque é “privada da mediação de um poder incorporado”, é “sem corpo”. A imagem do Todo é então desfigurada, e é preciso dizer que os direitos são dos indivíduos, “soberanzinhos independentes, cada qual reinando sobre seu mundo privado” (LEFORT 1983, p.54). Aqui, o momento das partes. *Terceiro momento*: esta representação, como negação, destrói a anterior, “a de uma totalidade transcendente às suas partes”, mas é também destruída por ela, fazendo “descobrir uma dimensão *transversal* das relações sociais”: nesse caso, os indivíduos produzem relações sociais e são produzidos por elas, tiram delas sua identidade e também as produzem (LEFORT 1983, p.54; grifos meus). Aqui, o momento do Todo e das partes, ou, se se quiser, de uma “totalidade horizontal”. E aqui aparece, finalmente, o caráter “constitutivo” do direito: ele constitui porque une, porque vincula: o direito meu acarreta direito teu. Mas – e esse é o ponto decisivo – ele une não apenas as partes, ele une as partes *e o todo simultaneamente*, ele une as partes *ao todo*, constituindo-os *simultaneamente*. É precisamente esse vínculo das partes ao todo, segundo uma dialética em que a parte implica o todo e o todo implica a parte, que faz sobressair uma dimensão de “transcendência”, segundo o vocabulário ortodoxo da fenomenologia, e que Lefort, não sem algumas inflexões, chamará de “simbólico”. O modelo do *logos* fenomenológico, em obra já na simples percepção, reza que não percebo os lados sem alcançar a coisa, pois os lados são



lados *de* tal coisa, e que só alcanço a coisa *por meio* dos lados. Que se entenda bem: dissemos que a sociedade não se apreende como “unidade” senão mediada por referência a uma “transcendência” – ora, dessa feita, os deuses não estão aí, o “lugar” dos deuses permanece “vazio”: nenhuma “transcendência”, portanto, se afirma. Nenhuma, senão a da *própria sociedade*, sociedade que se põe agora não como um todo transcendente às partes, mas como um todo “transversal” implicado por elas, e que *por isso mesmo* é uma totalidade *aberta*, sempre por fazer. E, por referência a ela, inversamente, a sociedade “una” não é jamais bem constituída, no sentido em que a cisão interna ou o conflito interno não é jamais ultrapassado.

Daí, por exemplo, as objeções a Marx e sua tese do homem egoísta: mesmo o direito de opinião, Marx o reduz a um “equivalente espiritual da propriedade privada” (LEFORT 1983, p.43), não vê aí a construção de um “espaço público”: “por exemplo, o direito de um de falar, escrever, imprimir livremente implica o de outro de ouvir, ler, conservar e transmitir a coisa impressa” (LEFORT 1983, p.54). Essa dialética modela uma figura da “universalidade” do direito que já não é idêntica a simples abstração – o que significa dizer que a totalidade aqui constituída não é um Homem abstrato, conforme aquela conhecida e fácil oposição entre abstrato e concreto: tal Homem, diz Marx, mas também Joseph de Maistre, não é esse, aquele, não é histórica e socialmente determinado etc; é uma pura ficção abstrata, dizem. Ora, abstrato aí é um vazio (nem francês, nem inglês...), ou – para mantermos a analogia – é a casa vista de lugar nenhum. No entanto, trata-se justamente de vincular parte e todo – não de separá-los; por isso, é a casa vista de todos os lugares, mesmo daqueles que uma parte pode ter de outra. O “homem” aqui é essa totalidade, totalidade que não é apenas “horizontal”, mas, sobretudo, *indeterminável*, no sentido de indomável, de que cada direito enunciado produz relações e identidades que produzem novas relações, que demandam novos direitos ou novas reformulações... E é nessa medida que o “homem” pode ser o “âncoradouro do direito” e os “direitos humanos” podem se enunciar como “políticos”.

Ora, na medida em que os direitos se afirmam como “constitutivos” da sociedade democrática – pois não apenas unem, mas constituem ainda essa transcendência aberta, indeterminada –, forma-se um “polo do direito”, diante do qual, assegura Lefort, o poder do Estado tem que dar uma resposta, para evitar o risco de “abismar-se na trivialidade” (LEFORT 1983, p.62). Afinal, o Estado é um “poder de fato” às voltas com a questão da legitimidade, e a política dos direitos, ou “política democrática” (LEFORT 1983, p.69), é a política que carrega uma *legitimidade*, uma ideia do que é “socialmente legítimo” (LEFORT 1983, p.60). De onde vem essa “legitimidade”? Das “reivindicações”, da “contestação”, que recusam “legitimidade estabelecida”, que testemunham “um sentido difuso de justiça” (LEFORT 1983, p.60). Pois, múltiplas, variáveis, nada parece unir as diferentes lutas por direitos – lutas das “minorias”, por exemplo –, nada, exceto, precisamente, “a ideia de uma legitimidade” (LEFORT 1983, p.61). E é isso que finalmente atesta a “eficácia simbólica da noção de direitos” (LEFORT 1983, p.62): é esse *vínculo entre a parte e o todo*, é essa “combinação”, essa “conjunção”, “de uma maneira que parece paradoxal”, entre “a ideia de uma legitimidade e a representação de uma particularidade” (LEFORT 1983, p.61-2; grifos meus). A “parte”, assim vinculada ao “todo”, firma-se como “constitutiva”, e assim se distingue do “interesse”, na mesma medida em que o “simbólico” se distingue da “relação de força”: ali, constitui-se um “todo”; aqui, as partes “chocam-se umas contra as outras” (LEFORT 1983, p.62). Ora, diante dessas lutas “inspiradas pelas noções dos direitos” (LEFORT 1983, p.63), é uma ilusão “reformista” supor que o Estado possa se fazer “o agente da mudança social e o promotor de um sistema cada vez mais igualitário” (LEFORT 1983, p.63). E por que o Estado não poderia fazê-lo? O Estado terminaria por “ocultar” “a pluralidade, a fragmentação, a heterogeneidade dos processos de socialização e igualmente o caráter transversal das práticas e das representações, o reconhecimento mútuo dos direitos” (LEFORT 1983, p.68) – e reperia o perigoso “culto da unidade” (LEFORT 1983, p.69), suprimindo, dessa vez, o conflito interno. Daí a necessidade, insiste o ex adepto da “autogestão”, de “libertar da hipoteca que fazem pesar sobre elas [as lutas] os partidos que têm vocação para o poder” (LEFORT 1983, p.64). As lutas por *direitos* são, portanto, as lutas que podem tecer uma sociedade plural, heterogênea, indeterminada. Ora, mas se é assim por que

tais lutas, portadoras de “legitimidade”, não ocupam o “lugar vazio”, o lugar do Poder das “sociedades democráticas”? Passa-se exatamente o inverso: elas são tornadas possíveis pela “forma democrática”; em lugar de preencher o “vazio”, elas se nutrem dele; elas são uma possibilidade da “forma democrática”, assim como também o é o “totalitarismo” – nesse caso, a de tentar colmatar a fenda social, enquanto as “lutas democráticas”, ao contrário, preservam-nas, e exatamente por isso elas atestam “eficácia simbólica”, enquanto o “totalitarismo” abisma-se na violência.

VI

Vimos que na autocrítica de Merleau-Ponty e Lefort a passagem por Maquiavel foi decisiva. Aparentemente, Merleau-Ponty reteve dela a exigência de assumir uma condição fática em que o poder não é jamais inteiramente legitimado. Que vale mais, por isso mesmo, buscar uma restrição ao poder do que a fonte de sua legitimação. A busca de uma “política que não seja injusta” – não é isso que determina o *a priori* político de Merleau-Ponty? E isso não a distancia da “política democrática” de Lefort, assentada no “sentimento difuso de justiça”? Não há aí uma diferença de *a priori* político?

No entanto, se é verdade que a política de Lefort continua girando em torno à legitimidade, é verdade também que o alvo não é mais o poder fático, mas as “lutas de contestação”, as lutas que escapam ao controle do Estado. Dizíamos que “a judicialização da política e a politização do judiciário” põem em primeiro plano a operacionalidade do “Estado de Direito”, mas que, todavia, acima disso, importa investigar a relação entre poder e direito, e que, assim, escapamos ao “estadocentrismo” e aos prejuízos da teoria da soberania, consubstanciados na legitimidade do poder e na obrigação legal da obediência. O direito aparece aqui a serviço do poder, como mostra Foucault. Lefort, por sua vez, parece recuperar uma dimensão do direito – ignorada por Foucault – em que esse se coloca agora, face ao poder, como um “foco indomável”, em uma “exterioridade indelével” (LEFORT 1983, p.53): é o poder que deve finalmente conformar-se ao direito, sob o risco abismar-se na violência.

‘Notas de fim’

<?> - Sobre isso, diz o jovem Marx, em 1843: “(...) uma classe que tenha *cadeias radicais*, (...) uma classe na sociedade civil que não seja uma classe da sociedade civil, (...) um estamento que seja a dissolução de todos os estamentos, (...) uma esfera que possua caráter universal porque os seus sofrimentos são universais e que não exige uma *reparação particular* porque o mal que lhe é feito não é um *mal particular*, mas o *mal em geral*, que já não possa exigir um título *histórico*, mas apenas o título *humano* (...) uma esfera que não pode emancipar-se a si mesma nem se emancipar de todas as outras esferas da sociedade sem emancipá-las a todas (...). A dissolução da sociedade, como classe particular, é o *proletariado*” in Marx, K. *Crítica da filosofia do direito de Hegel (Introdução)*. Boitempo, 2005, p.156..

<?> - “É ainda Kant que finalmente encontramos no conceito da revolução como ação absoluta” (*Idem, ibidem*, p.321).

<?> - Veremos adiante de onde vem essa permanência do simbólico.

<?> - O problema do “espontâneo” e “natural”: em Hume, o acordo implica um ajuste, ele não vem inscrito nos próprios termos, sempre diferentes. O acordo é, portanto, “artificial”, devendo ser fixado pelas vantagens que traz. Mas ele não é fruto de um acordo explícito, como um contrato. Daí porque “artificial” não se opõe a “natural”.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FAUSTO, R. 2018. “Claude Lefort e a crítica de *A propósito da questão judaica* de Marx: dialética e ideologia” in *Revista Discurso*, v.48, n.1.

FLYNN, B. 2005. *The Philosophy of Claude Lefort: Interpreting the political*. Evanston : Northwestern University Press.

FOUCAULT, M. 2001a. “Cours du 14 janvier 1976” in *Dits et écrits II*. Txt.194. Paris : Quarto Gallimard.

_____. 2001b. “Entretien avec Michel Foucault” in *Dits et écrits II*. Txt.192. Paris : Quarto Gallimard.

_____. 2005. *Em defesa da sociedade*. São Paulo : Martins Fontes.

LEBRUN, G. 1981. *O que é poder*. São Paulo : Brasiliense.

_____. 2006. “Hobbes aquém do liberalismo” in *A filosofia e sua história*. São Paulo : Cosac & Naify.

LEFORT, C. 1972. *Le travail de l'oeuvre. Machiavel*. Paris : Gallimard.

_____. 1978. *Sur une colonne absente. Écrits autour de Merleau-Ponty*. Paris : Gallimard.

_____. 1979. *As formas da história*. São Paulo : Brasiliense.

_____. 1983. *A invenção democrática*. São Paulo : Brasiliense.

_____. 1991. *Pensando o político*. Rio de Janeiro : Paz e Terra.

MARX, K. 2005. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. São Paulo : Boitempo.

MERLEAU-PONTY, M. 1981. *Signes*. Paris : Gallimard.

_____. 2000. *Les aventures de la dialectique*. Paris : Gallimard.

NEVES, JOSÉ L. B. 2016. “Merleau-Ponty e o marxismo: política e filosofia da história” in *Revista Dois Pontos*, v.13,n.1.

Rupturas do Estado de Direito

Maria de Lourdes Borges
Professora Titular do Departamento de Filosofia da UFSC
Pesquisadora do CNPq
mariaborges@yahoo.com

Para o Cau, in memoriam

Resumo: Nesse ensaio, vou analisar o que denomino de rupturas do Estado de Direito no caso do Brasil pós-2016. Meu objetivo não é examinar detalhadamente a concepção de Estado nos vários autores, mas utilizar alguns conceitos que nos permitam lançar luz sobre o que ocorreu no Brasil Inicialmente, vou apresentar a ideia do Estado de direito tal como Kant a define. A partir dessa concepção ampla, analisarei a ideia de estado de exceção, baseada em Agambem. Mostrarei igualmente a sugestão de Rafael Valim de que vivemos no Brasil num período de vários estados de exceção, caracterizado por áreas do direito onde é mantida a normalidade e áreas onde não há respeito à Constituição. Num terceiro momento, tentarei identificar alguns momentos de ruptura do estado de direito brasileiro, com ênfase no processo ocorrido na UFSC, que levou o Reitor ao suicídio, e na prisão do Presidente Lula. Por fim, mostrarei que as rupturas do nosso estado de direito derivam, não de leis de exceção, mas da perversão dos processos legais com propósito político.

Palavras-chave: estado de exceção, estado de direito, democracia, lawfare, Cancellier, Lula

Abstract: In this paper, I aim at analyzing the ruptures of the state of law in Brazil after 2016. My goal is not to examine in detail the conception of State in the various authors, but to use some concepts that allow us to shed light on what happened in Brazil recently. First, I present the idea of state of law in Kant. Second, I analyze the conception of state of exception in Agambem and the conception of many states of exception, supported by Valim. In the third moment, I present some moments of the state of exception in Brazil: the case of the Rector Cancellier and the case of ex-president Lula. At the end, I show that the ruptures of the state of law in Brazil are based not in laws of exception, but in the perversion of the legal process.

Key words: state of exception, state of law, democracy, lawfare, Cancellier, Lula

Recebido em 06 de março de 2020. Aceito em 15 de outubro de 2020.



O Direito como império da liberdade realizada

Hegel, no par. 153 dos *Princípios da Filosofia do Direito*, nos fala do conselho que um pitagórico dá a um pai que pergunta sobre a melhor maneira de educar seu filho: “faça-o cidadão de um Estado com boas leis”. (RPh, § 153). Esse entusiasmo com as leis de um Estado indica a concepção hegeliana de que elas não são apenas regras coercitivas, mas expressam valores morais de um povo. Assim, a educação para os valores de uma determinada sociedade seria feita pela legislação e pelas instituições do Estado.

Essa concepção de que as instituições e leis do Estado expressam valores éticos de uma sociedade está implícita na concepção hegeliana de que o Estado é a efetividade da ideia Ética. Assim, lemos no parágrafo 257: “O Estado é a efetividade da Ideia ética, o Espírito como vontade substancial revelada, clara para si mesma, que se conhece e se pensa, e realiza o que sabe e porque sabe.” (RPh, § 257). Isso não implica, contudo, que toda lei seja por si só justa. As leis devem estar sob o julgamento dos próprios cidadãos, que avaliam a sua correção. O Estado é a efetividade da ideia ética, ainda que nem todo Estado realizado historicamente o seja.

O que Hegel expressa nos *Princípios da Filosofia do Direito* não é a descrição dos Estados empiricamente existentes, mas um ideal do que o Estado e o sistema do direito como um todo deveriam ser. Esse ideal seria a realização da liberdade, tendo com ponto de partida a vontade livre:

O domínio do direito é o espírito em geral, aí, a sua base própria, o seu ponto de partida está na vontade livre, de tal modo que a liberdade constitui a sua substância e o seu destino, e que o sistema do direito é o império da liberdade realizada, o mundo do espírito produzido como segunda natureza e partir de si mesmo. (RPh, §4)

A realização plena da liberdade só é possível num sistema de direito baseado na vontade livre. Assim, as instituições do Estado e as leis devem ter como ideal a efetivação do império da liberdade. Quando pensamos num Estado de Exceção, pensamos num Estado empírico que está longe de ser a realização da Ideia de Estado, pois ali não haveria a plena realização da liberdade.

Kant, mesmo tendo atribuído uma importância maior ao que Hegel denomina de moralidade subjetiva (*Moralität*), também nos oferece um princípio universal do direito baseado na liberdade.

Na introdução à *Doutrina do Direito*, Kant explicita aquilo que denomina de Princípio universal do direito: “Toda ação é correta se ela puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se a máxima de seu arbítrio puder coexistir com a liberdade de cada um de acordo com uma lei universal” (MS, 6: 231). Esse imperativo universal do direito só é possível dentro daquilo que Kant denomina de estado de direito.

Em que consiste o estado de direito?

A terminologia de Kant é bastante influenciada por um jurista do sec XVIII, Gottfried Achenwall (1719-1772), que traduziu várias expressões jurídicas latinas para o alemão. Esse é o caso do conceito de *rechtlicher Zustand*, uma tradução para o alemão de *status iuridicus*. O estado de direito é um estado que se opõe a um estado sem lei pública, ou seja, estado de natureza. O termo *rechtlicher Zustand*, que traduziremos por estado de direito se aproxima do “the rule of law”, pois é um estado de garantia dos nossos direitos.

O princípio formal da possibilidade de um estado jurídico é a justiça pública (*öffentliche Gerechtigkeit*). Os membros da sociedade civil que é unificada por essa lei pública são chamados de cidadãos de um estado. Os atributos dos cidadãos, inseparáveis de sua essência enquanto cidadãos, são os seguintes: liberdade legal, a igualdade civil, independência civil e a existência de uma única legislação que expressa a vontade geral unificada do povo.

O Estado possui três autoridades ou poderes: legislativo, executivo e judiciário (*potestas legislatória, executoria, iudiciaria*) (MS, 6: 313). Os poderes são separados, mas unificados numa vontade universal. Por sua vez, a representação do poder legislativo é um substituto da vontade geral. Os três poderes complementam-se entre si e cada um é subordinado aos outros dois:

As três autoridades (poderes) de um Estado são, em primeiro lugar, coordenados um com o outro (*potestates coordinatae*) (...) cada uma complementa as outras para completar a constituição do Estado (*complementum ad sufficientiam*). Mas, em segundo lugar, eles são subordinados um aos outros, de forma que um, ao assistir a outro, não possa usurpar sua função; ao contrário, cada um tem o seu princípio, isto é, ele comanda dentro da sua própria capacidade como uma pessoa particular. (MS, 6: 316).

A ideia de que cada poder está subordinado significa que ele está limitado pelos outros poderes, não podendo exercer uma atividade absoluta. Tal impediria que um poder assumisse a função do outro, ou seja, que o legislativo governasse ou julgasse, que o poder judiciário - ou executivo - legislasse. Essa impossibilidade de um poder assumir a tarefa de outro seria uma condição necessária do estado de direito. Essa coordenação e mútuo controle entre os poderes, explicitados no § 48 da Doutrina do Direito de Kant é o que foi denominado mais tarde de pesos e contrapesos (checks and balances).

Estado de exceção

Em que consiste o estado de exceção? Se tomarmos como ponto de partida a reflexão kantiana, poderíamos dizer que essa expressão designa um determinado regramento institucional que não corresponderia aos princípios elencados por Kant na caracterização do estado de direito: a liberdade do indivíduo, a igualdade civil e a complementaridade dos três poderes. Do ponto de vista hegeliano, a exceção poderia assumir uma forma jurídica, ainda que não correspondesse ao ideal do direito, como liberdade realizada. Para ambos, um estado de exceção implicaria uma ruptura em alguns dos princípios do direito.

Agambem comenta a situação paradoxal de termos medidas jurídicas de exceção dentro de um estado jurídico: “as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”. (AGAMBEM, 2004, p. 12). Poderíamos compreender esse aparente paradoxo pela distinção hegeliana entre os Estados existentes e a idéia de Estado, ou entre os regramentos jurídicos empíricos e a ideia de direito com base na vontade livre. Não necessariamente regramentos jurídicos expressam o império da liberdade. Por essa razão, Hegel refere-se à recomendação de um pitagórico ao pai que deveria buscar um Estado com boas leis para educar seu filho. Um regramento bárbaro e anticivilizatório não engendrará uma boa educação.

Agambem analisa um dos exemplos de medidas jurídicas de exceção: a suspensão dos artigos da Constituição da República de Weimar relativos às liberdades individuais. Tal suspensão foi realizada por ocasião da promulgação, por Hitler, do *Decreto para a proteção do povo e do Estado*. O regime totalitário nazista pode ser pensado, então, como um estado de exceção que durou 12 anos.

Um outro exemplo de um ato de exceção jurídica foi a ordem militar de Bush, de 13 de novembro de 2001, que se segue ao *Patriotic act*, e que muda o estatuto jurídico do indivíduo, através da autorização da prisão indefinida e do processo perante comissões militares.

Nos exemplos de Agambem da “forma legal do que não pode ter forma legal” encontram-se sobretudo leis que restringem ou violam as liberdades e direitos individuais.



Para Valim (2017), o estado de exceção não é apenas a forma dos regimes totalitários, mas a forma jurídica que assume muitas vezes o neoliberalismo. Aí não haveria apenas um estado de exceção, mas vários estados de exceção:

embora o uso sistemático da exceção possa levar à ruína do Estado de Direito, ela pressupõe o quadro de referência do Estado de Direito. (...) Ademais, convém sublinhar que, em rigor, não existe um estado de exceção, mas sim *estados de exceção*, ou seja, *parcelas* de poder que, lícita ou ilícitamente, escapam aos limites estabelecidos pelo Estado de Direito. (VALIM 2017, p.22)

A concepção apresentada por Valim difere da concepção de Agambem, pois não necessita mais, para a caracterização de um estado de exceção, de regras jurídicas de exceção com validade universal. É possível haver parcelas de poder que escapam aos limites estabelecidos, sendo que essa exceção pode ser lícita ou ilícita, ou seja, ter ou não a forma jurídica. Tal concepção seria mais apropriada ao caso brasileiro.

Princípios do estado de exceção: ausência das garantias constitucionais e fanatismo punitivista

Como determinar se vivemos num estado de exceção? Vamos analisar, então, quais os princípios cuja ausência justificaria o diagnóstico de um estado de exceção. Vamos examinar especificamente o caso do Brasil a partir de 2016. Com a inicial boa intenção de combater a corrupção, muitos princípios legais foram desrespeitados. Um desses princípios é a presunção de inocência, um princípio legal, ligado diretamente ao princípio da liberdade que seria a base do Estado de direito.

O princípio da presunção da inocência é reforçado como um princípio muito importante no que denominamos de iluminismo penal, cujo expoente é Cesar Beccaria. No capítulo VI, Da Prisão, do livro *Dos Delitos e das Penas*, ele nos alerta sobre a arbitrariedade das prisões que não se ancoram num processo legal e no respeito estrito a um código de leis:

Outorga-se, em geral, aos magistrados encarregados de fazer as leis, um direito contrário ao fim da sociedade, que é a segurança pessoal; refiro-me ao direito de prender discricionariamente os cidadãos, de tirar a liberdade ao inimigo sobre pretextos frívolos e, por conseguinte, de deixar livres os que eles protegem, malgrado todos os indícios de delito. (BECCARIA 2011, IV)

O princípio de presunção de inocência é um dos princípios que não tem sido respeitado. Tornou-se corrente, a partir de 2016, nas cortes brasileiras, o uso da condução coercitiva para prestar depoimento, sem que tenha havido convocação prévia.

A universidade brasileira foi uma das vítimas recentes dessas rupturas do estado de direito. Como elas não se apresentam como carência da lei, mas como validadas por mandados judiciais expedidos pela autoridade legal, eu gostaria de reuni-las no conceito do *Avesso do Direito*.

Em 2017, dois reitores foram levados coercitivamente por uma força policial desmedida para depor, sem nem mesmo saber do que eram acusados, nem terem sido previamente convocados a depor: o Reitor da UFSC e, alguns meses mais tarde, o Reitor da UFMG. Ambos doutores, ambos dirigentes eleitos de duas Casas do saber, onde deveria reinar o lema iluminista de Kant: ousar pensar por si mesmo.

No caso de Luiz Carlos Cancellier, Reitor da UFSC, durante a Operação Ouvidos Mucos, 100 homens invadem a universidade, apreendem documentos e prendem 6 professores. Cancellier é retirado de sua casa por policiais fortemente armados, sem saber do que estava sendo acusado. Ao mesmo tempo, a imprensa é avisada da operação policial e a divulga em rede nacional, num cruel espetáculo mediático típico do lava-jatismo, que tinha na delegada do caso um dos seus expoentes. Sem julgamento prévio, nem direito à defesa, prendem a autoridade máxima da Universidade, sob a alegação de obstrução de justiça relativa a uma suposta irregularidade de bolsas do programa de ensino à distância, sendo que o período investigado

era anterior à gestão de Cancellier. Não havia ainda julgamento, pois até mesmo o inquérito estava nas suas fases iniciais, já que até então nenhum dos investigados havia sido ouvido.

Como é possível a prisão antes da finalização de um inquérito? Como é possível a prisão antes de haver formalmente um acusado? Todo o Direito se desvaneceu ali. O que sobrou era um puro estado de natureza, onde a regra era a violência, onde pessoas que detinham o poder sobre a força policial, movidas por um fanatismo punitivista e por vaidade mediática, a utilizaram contra um homem inocente que representava uma das instituições mais caras do mundo civilizado: a Universidade. Como sabíamos que era inocente? Porque, além da sua conduta sempre impecável moralmente, nada havia sido provado contra ele. A inocência é assegurada por toda e qualquer Constituição. Só um Estado de exceção condena antes de julgar.¹

Na prisão, Cancellier foi despido, sujeito à revista íntima, algemado e acorrentado, sem ter sido comunicado formalmente sobre o teor do que era acusado. Depois de solto, o método de exceção teve continuidade através da humilhação e crueldade. O Reitor foi impedido de entrar na Universidade, da qual era um dirigente eleito e aclamado, elogiado até mesmo pelos seus adversários, por seu espírito conciliador. Morando a alguns passos do campus, teve sua entrada na Universidade proibida até o final do inquérito, que acabaria por levar mais de um ano. Devido ao terrível sofrimento acarretado pela injustiça e humilhação moral, o Reitor da UFSC suicida-se em 2 de outubro de 2017, trazendo consigo um bilhete: “minha morte foi decretada no momento em que fui banido da Universidade”.

Temos outro exemplo do *Avesso do Direito* na prisão do ex-presidente Lula. Preso sem ter sido declarado culpado definitivamente, ou seja, antes do transitado em julgado da sentença condenatória, é igualmente uma demonstração do desrespeito ao princípio caro do estado de direito.

Tais fatos me fazem lembrar a crítica que Hegel dirigiu ao período de terror da Revolução francesa: o que havia, por trás dos discursos que exaltavam o amor à república, nada mais eram do que uma fúria de destruição. Assistimos no Brasil a uma nova roupagem do que Hegel denominava de “fúria de destruição”: um fanatismo punitivista que, na sua ânsia de punir os corruptos e “passar o país a limpo”, acaba por destruir as bases do estado de direito. O que vemos, portanto, é uma perversão do direito, que coloca como sua base a pena, a prisão e a utilização indiscriminada de medidas cautelares de restrição de liberdade, sem levar em consideração o princípio fundamental da presunção de inocência.

Há igualmente uma utilização política do direito, a qual denominamos de *lawfare*, que dirigem as punições aos inimigos daqueles que detêm o poder de julgar e prender. Quem são os inimigos desse grupo que pode julgar e prender? Aqui a lei se descola de sua pureza e é instrumento de ataque aos partidos de esquerda e às organizações públicas do Estado. O ataque e humilhação dos Reitores, o que não tem paralelo no mundo civilizado; a prisão de um ex-presidente com projeção internacional pelos seus projetos sociais e pelo seu combate à situação desumana nas quais vive a população brasileira; o impeachment de uma Presidenta eleita democraticamente e condenada por algo tão corriqueiro como o que foi denominado de pedalada fiscal, todos esses fatos têm uma mesma raiz que é a utilização política do direito. Não se trata, como querem fazer crer, da utilização dos rigores da lei para todos, expresso no bordão “a lei é para todos”, mas da utilização da lei para combater inimigos de um grupo.

Uma pitada de mal

Soma-se ao fanatismo punitivista desse *Avesso do Direito*, um lado sombrio da natureza humana que humilha, ao mesmo tempo em que condena. Ao lado da ausência de garantias constitucionais e do *lawfare*, vemos em vários processos a banalidade do mal, tal como a descreveu Hanna Arendt. O relato do Reitor

¹ O inquérito policial, encerrado um ano depois, em 2018, não apresentou nenhum indício de culpa de Cancellier



despido e acorrentado na prisão nos faz lembrar as terríveis fotos do campo de concentração de Dachau, onde os judeus eram despidos e humilhados antes da solução final. O lado diabólico e monstruoso da natureza humana torna-se ainda menos aceitável quando se transforma naquilo que Hannah Arendt denominou de banalidade do mal. Assim, aqueles que friamente justificam seus atos bárbaros através da lei, cuja vaidade é alimentada pelos holofotes também criminosos da mídia, sem nenhuma reflexão sobre a moralidade desses, remetem a Eichmann justificando suas atrocidades porque estava seguindo a lei do Terceiro Reich. Segundo Hannah Arendt, em *Eichmann em Jerusalem*: “Assim era a situação, essa era a nova lei do país, baseada na ordem do Führer. O que ele fizera, ele fizera, tanto quanto podia ver, como cidadão temente a lei. Cumprira seu dever, conforme repetiu diversas vezes à polícia e à Corte; não obedecia apenas ordens, mas também à lei.” (ARENDDT 1983, p.148). Eichmann também confessara seus “pecados”, as duas únicas vezes em que havia deixado judeus fugirem do campo.

O exemplo de Eichmann nos leva a questionar a utilização da lei sem nenhum julgamento moral sobre essa. Estaria conforme ao direito a lei ou a regra que permite a prisão sem processo legal, sem presunção de inocência? Estaria conforme ao direito o tratamento desumano dado nas prisões?

Outro elemento importante a ser pensado é a teoria de prova utilizada nos processos que constituem o *lawfare*, onde suspeitas e indícios tornam-se rapidamente provas quando o investigado é um inimigo. Talvez esse seja um ponto nevrálgico para compreender as fissuras no nosso estado de direito.

Gostaria de citar aqui uma passagem do texto de Fernanda de Mello Goss, que se refere a uma análise de Ferrajoli, teórico do garantismo penal:

Para Ferrajoli, o princípio de presunção de inocência é consectário do princípio da jurisdicionalidade, pois se a jurisdição é a atividade necessária para a obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza, mediante um processo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e ninguém pode ser culpado nem submetido a uma pena. A garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória, implica diversas consequências no tratamento da parte passiva, na carga de prova, que é ônus da acusação, e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena se darão por meio de um processo com todas as garantias.²

Devemos, portanto, refletir sobre a relação entre ética e direito e questionar a fúria punitivista presente atualmente no nosso judiciário, nos órgãos de controle e na polícia, sabendo que nem toda ordem que emana de uma autoridade legal é, por si só, justa e correta moralmente.

2 Fernanda de Mello Goss, “O princípio da presunção de inocência na acusação de Dimitri Karamázov”, In: Olivo, Luis Carlos Cancellier (org), *Dostoiévki e a Filosofia do Direito* (Florianópolis: Ed. Da UFSC: Fundação Boiteux, 2012).



Liberdade de expressão: pilar essencial do estado de direito

Nosso desafio conceitual é entender como é possível um estado de exceção jurídico. Se a opressão às liberdades não vem do uso da força, mas da interpretação da lei, como afirmar que esse é um Estado de exceção?

Devemo-nos lembrar que o Direito é um produto da civilização e não uma expressão da barbárie e que a linha que divide os dois se constrói com base nas regras de um procedimento que deve preservar a liberdade dos indivíduos como valor supremo do Estado de Direito. Ao mesmo tempo, é exigido isenção do indivíduo que julga em relação à sua corporação ou grupo político. No momento em que o magistrado entende a sua função como uma função de proteção a um grupo político, ou manifestação de sua antipatia por esse ou aquele grupo, ele deixa de ser um agente público e se transforma num agente privado que utiliza sua função como um simulacro da universalidade.

Um exemplo que pode ser citado foi o inquérito, aberto pela polícia Federal, para investigação do novo Reitor da UFSC e de seu chefe de gabinete, devido a uma faixa exibida por terceiros, por ocasião do aniversário dessa Universidade. Nesse evento, realizado na reitoria da UFSC, foi descerrado o retrato do falecido reitor Cancellier, cujo suicídio foi o resultado da humilhação sofrida. Houve protesto silencioso da comunidade, que se manifestou através de faixas. Numa delas, algumas autoridades envolvidas na operação Ouvidos Mucos eram criticadas por abuso de poder. Ainda que a reitoria não fosse a responsável pelo protesto, o Ministério Público acusa o novo Reitor e o Chefe de Gabinete, este último por ter consentido em deixar-se fotografar/filmar em frente à faixa injuriosa, criando uma figura inexistente no direito, qual seja, a da injúria culposa ou sem dolo. O texto do procurador do Ministério público que pede o indiciamento é um dos mais claros exemplos do que consiste a *lawfare*, ou ainda, o uso privado do direito para atacar grupos considerados dos inimigos. Felizmente, a juíza do caso julgou improcedente a acusação e o pedido de indiciamento.

A desproporção do judiciário e o quarto poder

Nesse nosso avesso do direito, o judiciário se agiganta frente aos outros poderes, dificultando o mecanismo de *checks and balances*, ou freios e contrapesos. Temos um outro elemento importante nessa perversão do estado de direito: a existência de um “novo” poder da República, representado pelo Ministério Público. Assim a procuradora geral da República refere-se ao Ministério Público na sua posse no dia 18/09/2017, como um quarto poder. O Ministério público foi criado pela Constituição de 1988, com poderes que extrapolam a simples função de procuradores do Estado, que defendem os interesses do Estado ou da sociedade. Ainda que inicialmente criado como um defensor da democracia, esse quarto poder acaba sendo um ovo da serpente contra a democracia. Ele é um elemento de desequilíbrio na tese dos três poderes da República.

Um indício dessa anomalia foi apresentado pelas mensagens trocadas entre o procurador do Ministério Público, Deltan Dall’Agnol e pelo juiz Sérgio Moro, veiculadas no site *The Intercept* a partir de 6 de junho de 2019, no qual discutem, entre outras, a melhor forma de conduzir o processo do presidente Lula com vistas à sua condenação. Nas mensagens trocadas, fica clara uma articulação entre o Ministério Público e o juiz, o que invalida o próprio processo, por se tratar de uma correspondência inadequada entre a parte que acusa e a parte que julga. Parece óbvio que, num processo penal, seja reprovável e até mesmo ilegal esse tipo de ligação.

A existência dos três poderes e a capacidade de controle de uns sobre os outros, de forma que nenhum tenha o total domínio dos outros, é uma das bases da democracia. Conforme nos expõe John

Adams a propósito de Constituição Americana, apenas o controle de um poder pelo outro pode restringir os esforços da natureza humana em direção à tirania. Na carta a Richard Henry Lee de 15 de novembro de 1775, ele escreve: “É apenas pelo controle de cada um dos poderes em relação aos outros dois, que os esforços da natureza humana em direção à tirania podem ser contidos e restringidos, e a liberdade preservada na constituição.”³

A vocação autoritária brasileira acaba se manifestando de forma inconsciente para aqueles que redigiram uma constituição para a garantia da democracia, quando colocam ali o germe de um elemento que pode significar o desequilíbrio entre os três poderes. Sem o *checks and balance*, não conseguiremos, como nos alerta John Adams, prevenir os esforços da natureza humana em direção à tirania.

Lawfare e conluio

A perseguição ao Ex-Presidente Lula fornece exemplos abundantes da prática de *lawfare*. Tal prática ficou clara quando o Desembargador Federal Rogério Favretto, em 2018, no uso de suas atribuições constitucionais, decretou a soltura do Presidente Lula. O relaxamento da prisão do ex-presidente não ocorreu devido à interferência de um juiz de primeira instância, pervertendo a própria hierarquia jurídica, numa flagrante inconstitucionalidade.

Conforme enfatiza Valim:

A propósito da perseguição criminal deflagrada contra o Ex-Presidente Lula, encontramos uma síntese eloquente das grosseiras e aberrantes inconstitucionalidades que vêm sendo cometidas em nossa atual quadra histórica no exercício da função jurisdicional. Os princípios do juiz natural, da imparcialidade e da presunção de inocência vêm sendo solenemente desconsiderados, sob olhares cúmplices da mídia e a atenção de uma turba ignara que, a cada nova arbitrariedade, destila seu ódio nas ruas e nas redes sociais. (VALIM, 2017, p. 44)

Valim analisa essa série de inconstitucionalidades como parte do estado de exceção brasileiro. Essas rupturas não se apresentam apenas como promovidas por essa ou aquela instância, mas até mesmo a corte suprema não estaria isenta de decisões inconstitucionais. Uma dessas decisões foi emitida em 17 de fevereiro de 2016, no qual se admite a possibilidade de início da execução da sentença após a confirmação em segundo grau. Essa decisão acabou por fundamentar o pedido de prisão do ex-presidente, que ocorreu em 7 de abril de 2018.

As exceções constitucionais não são apontadas apenas por membros externos à magistratura. Os próprios magistrados, em alguns momentos, justificam a exceção. Tal foi o caso do procurador do TRF4, que, a respeito da ilegalidade cometida por um juiz de primeira instância ao gravar e divulgar uma conversa da presidenta da República, Dilma Rousseff, defendeu a exceção ao regramento genérico:⁴

³ From John Adams to Richard Henry Lee, 15 November 1775,” Founders Online, National Archives, acessado em 3 de março de 2020. <https://founders.archives.gov/documents/Adams/06-03-02-0163>. [Original source: The Adams Papers, Papers of John Adams, vol. 3, May 1775–January 1776, ed. Robert J. Taylor. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1979, pp. 307–308.]

⁴ Assim se manifestou o procurador Rômulo Puzzolati: “Ora, é sabido, que os processos e investigações criminais da chamada operação Operação Lava-Jato, sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns”. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, por parte daqueles, garantindo-se assim a futura aplicação da lei penal, é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. A ameaça permanente à continuidade das investigações da Operação Lava-Jato, inclusive mediante sugestões de alteração na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento especial”. P.A. N. 0003021-32.2016.4.04.8000, Corte Especial. APUD VALIM, 2017, p.43.

Uma outra característica que fica claro no exame dos processos analisados aqui é existência de uma atuação conjunta de vários indivíduos, que deveriam cumprir funções distintas e independentes. Assim, no caso do Reitor, corregedor, polícia federal, juiz e ministério público tem uma ação articulada para a penalização do mesmo.

No caso do ex-presidente Lula, procurador do Ministério Público, juiz e até mesmo membro dos STF trocam mensagens que nos levam na direção de uma combinação articulada entre membros de poderes que deveriam ser autônomos e independentes.

Vivemos num estado de exceção?

Analisamos brevemente alguns aspectos que caracterizariam a ruptura com os princípios do estado de direito: desrespeito ao direito, à presunção de inocência e à liberdade de expressão; anomalias do poder judiciário, *lawfare* e defesa de inconstitucionalidade, ligações inapropriadas entre acusação e juiz de um processo, além da existência de um quarto poder, o Ministério público.

Retomando a definição de Estado de Exceção trazida por Agambem, apresentada no início do texto, como existência de formas jurídicas que não poderiam ter forma jurídica, gostaria de indagar, a partir dos exemplos que foram apresentados, se a exceção no caso brasileiro está realmente na restrição jurídica aos princípios do estado de direito ou na aplicação não jurídica desses princípios.

Não houve propriamente uma restrição legal geral aos direitos individuais, tais como a presunção de inocência.

Alguns ministros do STF, a exemplo de Barroso, tem manifestado a posição de que a nossa democracia nos últimos anos foi fortalecida e não enfraquecida, exatamente pelo advento de uma legislação que protege os direitos individuais, seguindo o espírito da Constituição de 1988. Contudo, houve interpretações da legislação pelo STF, admitindo a possibilidade de início da execução da sentença após a confirmação em segundo grau, numa clara desconsideração do princípio de presunção de inocência. Felizmente, em 7 de novembro de 2019, numa sessão histórica, houve a reversão dessa posição e a corte decidiu, por seis votos a cinco, que a prisão após o segundo grau de jurisdição era inconstitucional.

Os casos apresentados, tanto da prisão do reitor, quanto da condenação de Lula, não adviriam de uma restrição universal da presunção da inocência, ou mesmo de um grupo. Dentro da noção utilizada por Agambem para definição de Estado de Exceção, não nos parece que tal seria o caso.

O que se apresenta nesses casos é uma utilização inadequada de princípios do direito, numa visão que privilegia o lado punitivo da lei e não a garantia dos direitos individuais. Tratar-se-ia então de uma hermenêutica dos princípios legais e do escopo da aplicação desses mesmos princípios.

Assim, as práticas legais e policiais que se seguiram à operação lava jato, incluem procedimentos que, ainda que previstos por lei, são utilizados para além da sua aplicação apropriada. Teríamos aí o uso excessivo e sem justificativa de prisões preventivas e provisórias, conduções coercitivas, com o objetivo de atacar pessoas ou grupos específicos. Essa prática de excessos, cometidos dentro do limite da operação ou mesmo fora dele, foi denominada de lava-jatismo.

Podemos concluir, portanto, que as nossas rupturas ao estado de direito devem-se, não à existência de leis de exceção, aos moldes de um regime totalitário, mas a perversões nos processos políticos e jurídicos, comandadas por grupos que não seguem a Ideia da Justiça e do Direito. Portanto, o nosso estado de exceção



afasta-se da concepção de Agambem da existência de leis de exceção e aproxima-se à ideia de Valim de rupturas da constitucionalidade.

Se retomarmos Hegel, podemos dizer que o nosso Estado empírico está muito longe de ser a efetivação da Ideia de Estado, não podendo, portanto, ser considerado o reino da liberdade. Kant talvez dissesse que estamos frente a um Estado anômalo, onde os poderes usurpam as atividades dos outros, ou seja, onde o poder que deve julgar, também acusa, e o poder que deve acusar, também julga. Talvez nem estivéssemos mais vivendo num Estado que mereça esse nome, pois, se não podemos dizer que esse é um estado de injustiça (*iniustus*), poderíamos afirmar que é um estado sem justiça (*status iustitia vacuus*).

* * *

Em 2019, foi aprovada a lei contra o abuso de autoridade, conhecida como “Lei Cancellier”. Que esse seja o início de um caminho de volta ao Reino do Direito.

Referências:

AGAMBEM, Giorgio. 2004. *Estado de Exceção*. 2.ed. São Paulo: Boitempo.

ARENDT, Hannah. 1983. *Eichmann em Jerusalem, um relato sobre a Banalidade do mal*. São Paulo: Diagrama.

BECCARIA, Cesare. 2011. *Dos Delitos e das Penas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira

CANCELLIER DE OLIVO (org). 2012. *Dostoiévki e a Filosofia do Direito*. Florianópolis: Ed. da UFSC: Fundação Boiteux.

GOSS, Fernanda de Mello Goss, “O princípio da presunção de inocência na acusação de Dimitri Karamázov” 2012 In: CANCELLIER DE OLIVO, Luis Carlos (org), *Dostoiévki e a Filosofia do Direito*. Florianópolis: Ed. Da UFSC: Fundação Boiteux.

KANT, Immanuel. 1900- *Metaphysik der Sitten*. Kants gesammelte Schriften. Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, vol. 6. Berlin: Walter de Gruyter & Co., .

HEGEL. G.W.F. *Philosophie der Rechts*. Werke in zwanzig Bänden, ed. Moldenhauer/Mitchel, tomo 12. Frankfurt am Main: Suhrkamp

VALIM, Rafael. 2017. *Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Editora Contracorrente.

O papel representativo do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito¹

Paulo Baptista Caruso MacDonald
Professor de Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)
paulo.macdonald@gmail.com

Resumo: Em recente artigo, o ministro do STF Luís Roberto Barroso defendeu o exercício de um papel representativo pelo Poder Judiciário (mais precisamente pelos tribunais constitucionais), como forma de dar voz a uma vontade da maioria não captada pelas regras de direito positivo devido às distorções dos mecanismos institucionais fundados no voto (eleições e processo legislativo). O presente trabalho tem como objetivo investigar se essa reivindicação é compatível com a noção de Estado Democrático de Direito levando em consideração tanto a possibilidade de se aferir a vontade empírica da maioria à parte dos mecanismos institucionais fundados no voto quanto a função do Judiciário nesse tipo de sociedade. Por fim, sugere a possibilidade de reconhecer um papel representativo ao Judiciário fundado naquilo que se pode argumentar ser o interesse dos cidadãos de um Estado Democrático de Direito enquanto tais.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; Poder Judiciário; princípio majoritário; representação; separação de poderes; populismo judicial

Abstract: In a recent paper, Brazil's Supreme Court Justice Luís Roberto Barroso sustained the exercise of a representative role by the judicial branch (more precisely by constitutional courts), as a way to give voice to the will of the majority when it is not captured by positive legal rules due to the distortions of the institutional mechanisms based on voting (elections and legislative process). This paper aims to investigate whether this claim is compatible with the notion of a Democratic State under the rule of law, taking into consideration both the possibility of gauging the empirical will of the majority apart from the institutional mechanisms based on voting and the role of the judicial branch in this kind of society. Finally, it suggests the possibility of acknowledging a representative role to the judiciary based on what can be argued to be the interest of the citizens of a constitutional democracy as such.

¹ Uma primeira versão deste artigo foi apresentada como palestra no I Colóquio Nacional Direito e Política: a judicialização da política e a politização da justiça, na Universidade Federal do Paraná, e no III Encontro de Pesquisadores de Programas de Pós-Graduação em Filosofia do Rio Grande do Sul, na Universidade de Caxias do Sul. Agradeço imensamente aos organizadores e participantes de ambos os eventos. Este artigo é parte integrante do projeto de pesquisa de pós-doutorado CAPES nº 88881.119553/2016-01.

Recebido em 30 de maio de 2020. Aceito em 28 de agosto de 2020.



Pretendo tratar do tema da judicialização da política e da politização da justiça a partir dos sentidos em que o Poder Judiciário pode ter um papel representativo dentro da moldura institucional de um Estado Democrático de Direito. Em uma caracterização breve e provisória, entendo o ideal de Estado Democrático de Direito como o de uma comunidade política soberana que preencha, em grau satisfatório, as seguintes características²:

1. possibilidade de participação direta ou por meio de representantes eleitos de todos os homens e mulheres adultos na elaboração das regras jurídicas da comunidade, contando cada pessoa como um voto;
2. proteção aos direitos e liberdades fundamentais que permitam que essa participação seja esclarecida e aberta a novas reivindicações, e que resguardecem um espaço de autonomia privada para o indivíduo desenvolver a sua personalidade;
3. atuação das autoridades conforme regras gerais, públicas, não retroativas, claras, possíveis de serem cumpridas, estáveis e consistentes entre si (FULLER, 1969, p. 33-94), na medida em que o permitir a textura aberta do direito (HART, 2007, p. 124-136);
4. respeito ao devido processo legal como o método mais confiável e equitativo para decidir definitivamente um conflito particular, constituindo coisa julgada;
5. a inexistência de pessoas vivendo em condições materiais de miséria;
6. que “ninguém seja tão rico que possa comprar alguém e ninguém seja tão pobre que tenha de se vender a alguém”. (ROUSSEAU, 1992, p. 76-77)

Início a análise com a citação de passagens de um artigo do Ministro do Supremo Tribunal Federal e professor de Direito Constitucional Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2015) que ilustram de maneira inequívoca que a autocompreensão de parte do Poder Judiciário sobre sua tarefa no interior do sistema de representação política conduz inevitavelmente aos dois fenômenos da judicialização da política e da politização da justiça. O artigo vem à luz cerca de duas décadas após as primeiras constatações desses processos na operação da democracia constitucional brasileira³; logo, trata-se muito mais da busca de um sentido para algo historicamente já dado do que de um texto que pretenda fundar uma nova prática judicial. Talvez por isso mesmo seja ainda mais revelador: até então, o esforço de justificar esse papel no arranjo institucional brasileiro não tinha sido empreendido tão claramente pelos próprios participantes da prática, a não ser em algumas considerações esparsas em alguns votos, as quais não são suficientes para se ter uma visão nítida do todo.

O título do artigo de Barroso já anuncia os elementos-chave dessa autocompreensão. *A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais* indica o compromisso com duas teses: (1) é possível que os membros não eleitos de tribunais que, como o STF, são responsáveis pelo controle de constitucionalidade dos atos dos representantes eleitos dos poderes Executivo e Legislativo, exerçam uma função representativa em virtude da fundamentação racional das suas decisões com base na Constituição; (2) é possível que essas mesmas autoridades exerçam essa função em nome da maioria. Pretendo deixar claro por que, embora acredite que seja possível encontrar um sentido para a primeira tese no interior da concepção de Estado Democrático de Direito esboçada há pouco, ainda que de maneira muito distinta à

¹ A Constituição brasileira de 1988 certamente está voltada ao preenchimento desses requisitos, embora a sua efetividade esteja longe de ser uma realidade.

² Ver, por exemplo: ARANTES e KERCHE, 1999.

de Barroso, penso que a segunda reivindicação - a de o STF representar os anseios da maioria - com ela colide frontalmente. Para mim, tudo isso parecia, há poucos anos, bastante óbvio, mas interpretar certos casos polêmicos de atuação do STF e do Judiciário de um modo geral à luz do artigo de Barroso demonstra que certas noções encontravam-se menos assentadas do que supunha, ou, até mesmo, que algumas regras fundamentais de como as nossas instituições devem processar os nossos desacordos políticos tenham elas mesmas, paradoxalmente, as características de conceitos essencialmente contestáveis (GALLIE, 1956), e que concretamente a sua contestação se dê em um grau maior do que aquele que a estabilidade democrática parece permitir.

Voltemos ao seu artigo. A tese do caráter representativo dos tribunais constitucionais aparece após a apresentação de um breve diagnóstico da crise da representatividade no mundo, a qual serviria para relativizar a presunção de haver uma conexão entre voto e representação. Sobre essa tendência em nosso país, escreve:

Em países de voto obrigatório, como o Brasil, um percentual muito baixo de eleitores é capaz de se recordar em quem votou nas últimas eleições parlamentares. Disfuncionalidade, corrupção, captura por interesses privados são temas globalmente associados à atividade política. E, não obstante isso, em qualquer Estado democrático, política é um gênero de primeira necessidade. Mas as insuficiências da democracia representativa, na quadra atual, são excessivamente óbvias para serem ignoradas. (BARROSO, 2015, p. 38)

Como reforço à sua análise da situação brasileira, cita artigo publicado em *O Globo* por Marco Antonio Villa durante o período eleitoral de 2014:

O processo eleitoral reforça este quadro de hostilidade à política. A mera realização de eleições – que é importante – não desperta grande interesse. Há um notório sentimento popular de cansaço, de enfado, de identificação do voto como um ato inútil, que nada muda. De que toda eleição é sempre igual, recheada de ataques pessoais e alianças absurdas. Da ausência de discussões programáticas. De promessas que são descumpridas nos primeiros dias de governo. De políticos sabidamente corruptos e que permanecem eternamente como candidatos – e muitos deles eleitos e reeleitos. Da transformação da eleição em comércio muito rendoso, onde não há política no sentido clássico. Além da insuportável propaganda televisiva, com os jingles, a falsa alegria dos eleitores e os candidatos dissertando sobre o que não sabem.” (apud BARROSO, 2015, p. 38)

A função representativa dos poderes Executivo e Legislativo estaria, portanto, comprometida, o que ele conclui ao afirmar que a consequência inevitável a ser extraída de seu breve relato “é a dificuldade de o sistema representativo expressar, efetivamente, a vontade majoritária da população” (BARROSO, 2015, p. 38). O que dizer do papel do Judiciário? Uma das linhas argumentativas de Barroso é bastante convencional e, como pretendo deixar claro mais tarde, não vejo grande problema nela: os tribunais teriam, em um Estado Democrático de Direito, a função de proteger os direitos das minorias que não foram devidamente levados em consideração pela vontade da maioria. Nesse sentido, seriam de certa forma um canal de representação contramajoritária (BARROSO, 2015, p. 36-38).

Mas as ambições de Barroso com respeito à função representativa do Poder Judiciário são maiores. Na sequência do texto, defende que “[n]os últimos anos, [...], tem-se verificado uma expansão do Poder Judiciário e, notadamente, do Supremo Tribunal Federal. Em curioso paradoxo, o fato é que em muitas situações juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais. É estranho, mas vivemos uma quadra em que a sociedade se identifica mais com seus juízes do que com seus parlamentares.” (BARROSO, 2015, p. 39) Ao enumerar as razões pelas quais “não é incomum nem surpreendente que o Judiciário, em certos contextos, seja melhor intérprete do sentimento majoritário” (BARROSO, 2015, p. 40), sustenta que a composição do Poder



Judiciário é mais representativa da sociedade por ser o meio de acesso à carreira pelo concurso mais democrático do que as eleições (sic!), uma vez que representaria uma oportunidade aberta a todas as pessoas capacitadas que tenham estudado o direito brasileiro de forma sistemática, não dependendo, assim, dos recursos despendidos em uma campanha eleitoral. Mesmo se isso fosse verdade⁴, qual seria o peso dessa pluralidade em um poder em que a maioria esmagadora das decisões é feita por uma só pessoa ou por pequenos grupos? Até que ponto o modo de acesso à carreira seria mais determinante do que o fato de ela ser vitalícia e de os vencimentos de seus membros os alçarem com folga entre os 1% mais ricos da população? Independentemente da resposta a ser dada a essas perguntas, a mera reivindicação de representação política nesses termos parece subverter a dinâmica de separação dos poderes de um Estado Democrático de Direito, conforme sustentarei mais adiante. Barroso chega a citar a garantia da vitaliciedade como uma das vantagens do exercício da função representativa pelos juízes, os quais não estariam “sujeitos às circunstâncias de curto prazo da política eleitoral, nem tampouco, ao menos em princípio, a tentações populistas” (BARROSO, 2015, p. 40).

O ápice da sua linha de raciocínio atinge-se com a afirmação de que, “[p]ara além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra.” (BARROSO, 2015, p. 42) Creio que não devemos nos deter na análise desse ponto em especial, já que traz consigo pressupostos extremamente questionáveis - como o de que a história tem um sentido e que os tribunais constitucionais, conhecendo-o de maneira privilegiada, devem usar dos meios de que dispõem para que ele possa ser cumprido -, os quais, se levados a sério, serviriam para justificar decisões em qualquer direção.⁵

No que segue, procurarei me contrapor ao modo como Barroso concebe a função representativa do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito. Para tanto, argumentarei em favor de cinco teses:

é impossível a representação de vontade da maioria sem um mecanismo institucional de aferição dessa vontade por meio do voto;

1. nenhum desses mecanismos de aferição da vontade da maioria pode reivindicar-se mais representativo que os demais, porque representação não é um conceito arquetípico;

³O que se parece observar é uma elitização desse acesso, com a proliferação de cursos preparatórios pagos e o aumento da necessidade de tempo disponível para estudo, o que colocaria em ampla desvantagem todos que precisam trabalhar para sustentarem-se.

⁴Os exemplos trazidos por Barroso em artigo posterior em que essa ideia é retomada e desenvolvida são uma seleção de casos historicamente importantes decididos pela Suprema Corte nos EUA e pelo STF no Brasil em que o controle de constitucionalidade foi exercido para proteger direitos fundamentais que estavam sendo violados por normas jurídicas de hierarquia inferior, tais como: *Brown v. Board of Education* (decisão de 1954 da Suprema Corte contra a segregação racial nas escolas), *Loving v. Virginia* (decisão do mesmo órgão de 1967 que considerou inconstitucional lei que interditava os casamentos entre pessoas brancas e negras), *Roe v. Wade* (decisão de 1973 sobre a inconstitucionalidade da penalização do aborto), *Lawrence v. Texas* (decisão de 2003 sobre a inconstitucionalidade da criminalização de relações sexuais consentidas entre pessoas adultas do mesmo sexo) e *Obergefell v. Hodges* (decisão de 2015 determinando a obrigatoriedade do reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo) (BARROSO, 2018, p. 2209-2213). Não fica claro em seus textos - tampouco há esforço argumentativo por parte do autor - como esse papel iluminista se distinguiria da tradicional função contramajoritária, a qual corresponderia à função dos tribunais constitucionais de fiadores da permanência das cláusulas do pacto constitucional, com alguma independência institucional em relação às vicissitudes do jogo político, para proteger direitos fundamentais. A distinção permanece obscura na medida em que define a “razão iluminista” por ele propagada como “a do pluralismo e da tolerância, a que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos”, ressaltando que “[a]s intervenções humanitárias que o papel iluminista dos tribunais permite não é para impor valores, mas para assegurar que cada pessoa possa viver os seus, possa professar as suas convicções, tendo por limite o respeito às convicções dos demais.” (BARROSO, 2018, p. 2208)

2. o modelo de separação de poderes foi pensado no século XVIII com o Judiciário exercendo o papel de boca que pronuncia as palavras da lei no caso concreto;
3. a defesa por meio do Judiciário dos direitos e liberdades fundamentais inerentes à noção de Estado Democrático de Direito é incompatível com o papel de “boca da lei” desse modelo de separação de poderes;
4. se for para o Judiciário ter um papel na defesa dos direitos inerentes à noção de Estado Democrático de Direito que extrapole o seu papel de “boca da lei”, não poderá ser a partir das convicções sobre justiça de seus membros, tampouco invocando uma suposta vontade empírica do povo a ser por ele representada, mas sim de acordo com a representação daquilo que se pode inferir como o interesse de todos os cidadãos em um Estado Democrático de Direito.

PRIMEIRA TESE - É impossível a representação de vontade da maioria sem um mecanismo institucional de aferição dessa vontade por meio do voto.

Um dos pressupostos do argumento de Barroso é que haveria uma vontade da maioria que nem sempre os mecanismos institucionais de votação, por estarem sujeitos a toda forma de distorção, seriam capazes de captar⁶. Isso pressupõe que a existência da vontade da maioria independa desses mecanismos. Lançarei mão de duas linhas argumentativas para me contrapor a essa ideia: (1) não existe povo - e, por conseguinte, a vontade da maioria do povo - senão como representação institucional; (2) o conteúdo da vontade da maioria é sempre relativo ao mecanismo institucional responsável por aferi-la - isto é: seu conteúdo pode modificar-se dependendo dos procedimentos adotados.

Quanto ao primeiro ponto, no capítulo XVI do Leviathan, Hobbes afirma ser “a unidade do representante, e não a unidade do representado, que torna uma a pessoa [da comunidade política]. E é o representante o portador da pessoa, e não mais do que de uma pessoa. E a unidade não pode ser de outra forma compreendida em uma multidão” (HOBBS, 2012, p. 248-249). No capítulo XI da mesma obra, já apontara a importância de se distinguir entre uma só ação de vários homens, como a ação de todos os senadores romanos de matar Catilina, e as várias ações de uma multidão, como as do conjunto de senadores que matou César. A primeira ação pode ser atribuída ao Senado Romano ainda que a decisão de punir Catilina com a morte não tenha sido unânime, enquanto que o assassinato de César não seria uma ação do Senado Romano ainda que todos os senadores tivessem dele participado (HOBBS, 2012, p. 158-159). Sem a mediação institucional, portanto, haveria apenas a ação de indivíduos em uma multidão, jamais podendo-se falar na existência de uma vontade ou interesse de um corpo coletivo que possa vir a ser representada.

Há, no entanto, uma série de dificuldades que dizem respeito ao emprego da regra da maioria que não foram tratadas por Hobbes, as quais nos levam ao segundo ponto. Condorcet no século XVIII e Kenneth Arrow no século XX mostraram que, em decisões envolvendo mais de dois votantes e mais de duas opções, o procedimento pelo qual a vontade da maioria é aferida pode conduzir a resultados distintos ainda que os indivíduos mantenham fixa a sua ordem de preferências (ARROW, 1963). Mesmo sem entrar em complicadores como o voto estratégico, a verdade é que nada na realidade pode reivindicar ser a vontade da maioria a não ser relativamente ao método de votação escolhido. Em outras palavras, a vontade da maioria é algo que se constrói através de processos institucionais, e não algo que exista de forma pura independentemente deles e que por eles seja captada de maneira distorcida.

⁶Os exemplos de Barroso apelam para pesquisas de opinião (feitas por amostragem por institutos privados, sem que tenha havido um processo público que possibilite algum debate e esclarecimento e que imponha um cronograma para ordenar o amadurecimento da escolha) ou até mesmo para uma vontade popular presumida (BARROSO, 2018, p. 2204-2206, 2213).



SEGUNDA TESE - Nenhum dos mecanismos de aferição da vontade da maioria pode reivindicar-se mais representativo que os demais, porque representação não é um conceito arquetípico.

Não existe um arquétipo de sistema representativo da mesma forma que existem os arquétipos de triângulo e círculo, por exemplo. Sabemos as propriedades matemáticas dos círculos e triângulos perfeitos, mas jamais encontraremos figuras geométricas na realidade contendo exatamente tais propriedades. O que poderia corresponder a um modelo perfeito de representação?

Essa parece ser uma falsa pergunta. O que existem são modelos representativos melhores ou piores com respeito a algum valor moral em particular, seja ele o tratamento equitativo de todos os cidadãos, a promoção do pluralismo, a estabilidade da comunidade política, a governabilidade, a responsabilidade dos governantes ou algum outro. Podemos também avaliar mecanismos representativos de acordo com a sua capacidade de efetivar esses valores em um determinado contexto. O que parece ser retórica vazia, no entanto, é afirmar, sem qualificação ulterior, que um modelo é mais representativo do que outro, como se o conceito de representação tivesse propriedades como as dos círculos e triângulos, das quais os sistemas representativos reais se aproximariam em maior ou menor grau.

TERCEIRA TESE - O modelo de separação de poderes foi pensado no século XVIII com o Judiciário exercendo o papel de boca que pronuncia as palavras da lei no caso concreto.

Aqui me valho, sobretudo, da obra do filósofo do direito chileno Fernando Atria intitulada *La forma del derecho* (ATRIA, 2016). Nesse trabalho, o autor reconstrói a lógica por detrás do princípio da separação de poderes que herdamos sobretudo de Montesquieu.

Entre os lugares-comuns desse princípio - que também decorrem do ideal de Estado Democrático de Direito -, encontramos: (1) o poder com capacidade de introduzir e modificar regras jurídicas em um ordenamento não pode ser o mesmo que decide os conflitos particulares, para que se evitem casuísmos e a influência indevida de interesses e paixões nos julgamentos; (2) o poder que decide controvérsias particulares deve fazê-lo com base na aplicação de regras preexistentes conforme o devido processo legal em nome da igualdade de todos perante a lei e da segurança jurídica. Quando o disposto em lei constitui o único parâmetro de julgamento dos cidadãos, garantem-se a previsibilidade das decisões judiciais (são rastreáveis ao texto legal) e o seu caráter não arbitrário (não são fruto da vontade do julgador, mas sim o parâmetro para decidir todos os casos que se enquadrarem nos termos que descrevem as hipóteses de incidência da norma)⁷.

Para a garantia da aplicação imparcial da lei segundo esse modelo, faz-se necessário proteger a independência do Poder Judiciário sob um duplo aspecto: (1) respeitando-se a soberania de suas decisões, sendo, via de regra, irrevogável a coisa julgada; (2) não concebendo a sua atividade como o exercício de um mandato, contrapondo-a à dos representantes nos poderes Executivo e Legislativo, que dependem do voto popular, ou à daqueles subordinados a quem detém o mandato popular, como os membros da administração pública (ATRIA, 2016, p. 193-218).

⁶ Esses parâmetros são trabalhados por diversos autores. Penso aqui especialmente em MACCORMICK, 2005.

Se é possível falar em função representativa do Poder Judiciário nesse arranjo, seria na condição de boca que pronuncia as palavras da lei: juízes e juízas não poderiam, de forma alguma, ser representantes de outra vontade popular que não seja aquela cristalizada na letra dos dispositivos legais. Enquanto que os membros do Poder Legislativo reproduziriam de alguma forma no parlamento os diferentes interesses e convicções políticas existentes na sociedade, aos integrantes do Poder Judiciário caberia apenas aplicar as leis vigentes compreendidas como o resultado do processamento institucional do desacordo político. Nesse sentido, o Judiciário seria um poder neutro: não porque a lei que ele aplica seja politicamente neutra - ao contrário, expressa apenas uma entre muitas concepções de moralidade política em disputa no parlamento -, mas sim porque aquilo que era polêmico chega até ele de maneira definida pelo processo legislativo (ATRIA, 2016, p. 214-215). Seria de fato estarrecedor, na visão da teoria clássica de separação de poderes, conceber um poder sem mandato (e que, por conseguinte, não presta contas a ninguém) investido da competência de dar a última palavra com respeito a questões particulares que tivesse, ao mesmo tempo, a possibilidade de definir de alguma maneira relevante os próprios critérios que utiliza para suas decisões. Como veremos a seguir, é exatamente essa a situação do Poder Judiciário em países como o Brasil.

QUARTA TESE - A defesa por meio do Judiciário dos direitos e liberdades fundamentais inerentes à noção de Estado Democrático de Direito é incompatível com o papel de “boca da lei” desse modelo de separação de poderes.

Montesquieu já estava consciente dos problemas que a aplicação literal da lei ao caso concreto poderia acarretar (ATRIA, 2016, p. 111-115). Tradicionalmente, agruparam-se esses problemas em duas espécies: a primeira, do caráter irremediavelmente impreciso da lei, que pode gerar dúvidas quanto à sua aplicabilidade ao caso concreto; a segunda, da ocorrência de casos que se enquadrariam nos termos do suporte fático de uma lei mas para os quais a aplicação das consequências normativas previstas em abstrato não parece ser adequada em contraste com o que acontece nos casos normais (casos excepcionais). Esses problemas exigem a superação da estratégia formalista de separação de poderes, concedendo algum espaço para a criação judicial de regras jurídicas. A delimitação desse espaço, bem como a distinção do modo como juízes podem criar regras jurídicas em relação ao modo como legisladores o fazem, encontram-se entre as principais tarefas das teorias da argumentação jurídica contemporâneas.

Tais problemas, entretanto, atingem seu ponto culminante na proteção pelo Judiciário dos direitos fundamentais como vida, igualdade, privacidade, liberdade de expressão etc. Não estamos aqui tratando apenas de dispositivos normativos que apresentam altíssimo grau de abstração e vagueza, mas também de dispositivos normativos que só podem ser aplicados a casos concretos quando interpretados à luz de uma concepção de moralidade política (DWORKIN, 1996, p. 7-15). Nessas situações, o Poder Judiciário inevitavelmente dará a última palavra sobre conceitos que se encontram em disputa na sociedade. E o que é ainda mais grave: pelo fato de as regras constitucionais ocuparem o topo da hierarquia normativa, essa última palavra muitas vezes irá de encontro ao que foi promulgado como expressão da vontade da maioria.

Por outro lado, a solução dessa questão está longe de ser simples, uma vez que se reconheça que a proteção efetiva de alguns direitos faça parte das demandas de legitimidade impostas pela noção de Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o Judiciário, com a sua independência institucional, pode encontrar-se em posição de vantagem no exercício de uma força contramajoritária, desde que o âmbito de sua atuação esteja muito bem delimitado pela própria prática institucional e pela crítica aos desvios por parte da sociedade civil. Mas onde buscar critérios para fixar esses limites? Essa atuação do Judiciário na proteção a direitos fundamentais pode ser considerada representativa em algum sentido relevante, do mesmo modo que o desempenho da função de boca da lei?



QUINTA TESE - Se for para o Judiciário ter um papel na defesa dos direitos inerentes à noção de Estado Democrático de Direito que extrapole o seu papel de “boca da lei”, não poderá ser a partir das convicções sobre justiça de seus membros, tampouco invocando uma suposta vontade empírica do povo a ser por ele representada, mas sim de acordo com a representação daquilo que se pode inferir como o interesse de todos os cidadãos em um Estado Democrático de Direito.

Conforme as três primeiras teses, ninguém pode legitimar a sua ação invocando a vontade da maioria senão com o amparo da lei ou por um procedimento de votação por ela estabelecido. A quarta tese revela, todavia, os limites desse arranjo para que sejam atendidas as exigências impostas pela noção de Estado Democrático de Direito. Se é possível que a vontade da maioria - e mesmo a vontade de todos - vá de encontro a esses requisitos, qual perspectiva deve ser adotada para arbitrar disputas acerca de direitos que são constitutivos da própria legitimidade da vontade da maioria?

O princípio fundador do Estado Democrático de Direito, que justifica direta ou indiretamente as seis características que lhe foram atribuídas no início deste texto, é o igual respeito e consideração com relação a todas as pessoas (DWORKIN, 1996, p. 15-19). Como vimos, isso implica tanto um certo tipo de igualdade na elaboração da lei, consagrada no respeito à regra da maioria, quanto a imparcialidade na aplicação da lei ao caso concreto. Todavia, como vimos também, a cláusula do igual respeito e consideração impõe restrições ao conteúdo da vontade da maioria. Nesse sentido, ela demanda imparcialidade na consideração dos interesses de todos ao mesmo tempo em que protege certos interesses de todos os indivíduos como inerentes à sua própria condição de pessoa autônoma (igual respeito).

Desse modo, afasta-se de plano qualquer conteúdo atribuído a esses direitos que se justifique como representação daquilo que seria a vontade empírica das pessoas. O único caminho possível seria a representação de uma vontade transcendental baseada na consideração imparcial dos interesses imputáveis a indivíduos enquanto cidadãos de um Estado Democrático de Direito. É precisamente esse o esforço teórico empreendido por John Rawls em sua busca por uma concepção política de justiça que possa fornecer razões que legitimem o emprego do poder estatal (bem como fixar os seus limites), não restando espaço para que alguém possa razoavelmente rejeitá-las⁸.

Com vistas a esse propósito, Rawls lança mão da conhecida ficção da posição original (RAWLS, 1999, p. 102-168). Nessa construção teórica, os protagonistas são representantes dos interesses atribuídos a cidadãos de um Estado Democrático de Direito segundo uma noção construída a partir das características que constituem as condições de possibilidade das práticas desse tipo de sociedade e que servem para a formulação de um tipo ideal apto a identificá-las (RAWLS, 2001, p. 14-24).

A função dos personagens desse experimento mental, que se encontram em situação de perfeita igualdade, é a de deliberar livremente sobre os princípios de justiça que devem orientar as regras e instituições que compõem a estrutura básica da sociedade e distribuem os bens necessários à consecução de qualquer plano individual de vida que seja compatível com o reconhecimento do mesmo direito aos demais de realizar o seu plano de vida. Para que sua deliberação seja representativa do interesse comum de cidadãos livres e iguais, esses representantes encontram-se sob o véu da ignorância, desconhecendo (1) as características pessoais do representado (habilidades, condição física, sexo, cor etc.), (2) a posição que ocupará na sociedade e (3) suas preferências e concepção de bem (RAWLS, 1999, p. 118-123).

⁸Esse é o projeto desenvolvido ao longo de toda a sua obra, tornando-se mais claro em RAWLS, 2005. Se for reconhecido que alguém pode razoavelmente rejeitar as razões oferecidas, isso é sinal de que (1) elas não estão corretamente fundadas na concepção política de justiça ou (2) a concepção política de justiça deve ser revisada.

Desse modo, a deliberação pelos princípios de justiça afasta-se de qualquer conteúdo empírico dado por aquilo que seja de interesse de algum indivíduo (quer um interesse que reflita suas preferências ou algum interesse que se suponha que tenha em virtude de suas características particulares). Em vez disso, é considerado por um procedimento teórico que garante a imparcialidade das razões apenas o que se pode justificadamente supor como interesse de todo e qualquer cidadão de um Estado Democrático de Direito enquanto tal, que reconhece a si mesmo e aos demais como livres e iguais, capazes tanto de refletir sobre o seu plano de vida e realizá-lo com o auxílio da razão quanto de reconhecer como dignas de respeito as restrições mútuas impostas por regras e instituições que tenham como objetivo garantir que os demais tenham a mesma liberdade para buscar satisfazer seus fins, em condições vantajosas para todos.

Como resultado, o artifício teórico concebido por Rawls permite que nós, indivíduos de carne e osso movidos por nossos desejos, consigamos acessar, por construção argumentativa, aquilo que representaria a vontade de cidadãos em um Estado Democrático de Direito enquanto tais (URBINATI, 2009, p. 16-19). Com fundamento em argumentos a serem avaliados pelo seu sucesso ou falha em representar tais interesses, que transcendem os desejos dos indivíduos existentes, seria então possível aos tribunais reivindicar um outro papel representativo além daquele de boca que pronuncia as palavras da lei, o que parece necessário para preservar a integridade dos direitos individuais inerentes à noção de Estado Democrático de Direito de avanços indevidos da vontade da maioria expressa pelos mecanismos institucionais.

Considerações finais

Os movimentos argumentativos percorridos até aqui buscaram defender que, em um regime democrático, não faz sentido a distinção de Barroso entre aquilo que a lei determina e a representação da vontade empírica da maioria, exatamente por essa não existir senão como uma construção por meio das vias institucionais do voto e do processo legislativo. O que pode haver é uma discrepância entre o conteúdo da lei positiva e aquilo que se pode pressupor justificadamente como o interesse comum de cidadãos em uma democracia que se reconheçam mutuamente como livres e iguais: a garantia a todos da efetividade de um patamar satisfatório de direitos e liberdades fundamentais, o que de alguma forma já se encontra explicitado em constituições escritas e declarações de direitos humanos e acomodar-se-ia bem na descrição do papel contramajoritário dos tribunais constitucionais feita pelo ministro do STF⁹. Um tal interesse comum, todavia, não reivindica correspondência com a realidade empírica das preferências da população adulta de um país, mas sim uma validade universal que só pode ser obtida através de uma construção argumentativa de caráter transcendental, tal como a justiça como equidade de John Rawls¹⁰.

Desse modo, é vão o esforço de justificar medidas judiciais em uma vontade, interesse ou sentimento da maioria estabelecidos paralelamente aos mecanismos institucionais de representação popular. Tal justificação não poderia estar se valendo de um procedimento mais perfeito de agregação das preferências

⁸ Pela reconhecida importância desse papel contramajoritário como possível instrumento para garantir o cumprimento mínimo das exigências postas pela noção de Estado Democrático de Direito, carece de sentido um dos argumentos de Barroso em favor do papel representativo do Judiciário, segundo o qual “[e]m uma visão tradicional e puramente majoritária da democracia, ela se resumiria a uma legitimação eleitoral do poder. Por esse critério, o fascismo na Itália ou o nazismo na Alemanha poderiam ser vistos como democráticos, ao menos no momento em que se instalaram no poder e pelo período em que tiveram apoio da maioria da população. Mas a legitimidade não se mede apenas no momento da investidura, mas também pelos meios empregados no exercício do poder e os fins a que ele visa.” (BARROSO, 2018, p. 2203). Por que seria o controle judicial dos “meios empregados no exercício do poder e os fins a que ele visa”, nos termos do próprio autor, representativo da vontade empírica da maioria da população em contraposição ao que foi aferido pelo processo eleitoral? Não sobrariam razões para o Judiciário tentar barrar as práticas violadoras de direitos humanos do nazi-fascismo ainda que elas contassem com o mais amplo apoio da sociedade?

⁹ Obviamente, essa argumentação não tem como possuir a cogência e a precisão de uma dedução matemática, o que de modo algum impede a sua avaliação quanto à sua plausibilidade e sua capacidade em dar conta das objeções e contra-argumentos levantados no desenrolar do devido processo legal e da deliberação dos membros das cortes.



individuais (como vimos, essa ideia não faz sentido sem a mediação institucional do voto), nem dando conta das demandas de fundamentação de uma possível representação argumentativa. Nesse último caso, impõe-se o ônus de mostrar que se está representando aquilo que se tem razão para tomar não como a vontade da maioria, mas sim como aquilo que Rousseau denominou “vontade geral”, a qual pode ser distinta inclusive da vontade empírica de todos (ROUSSEAU, 1992, p. 54-55). Não se encaixando em nenhuma das duas hipóteses, o Judiciário reivindicar um papel representativo corresponderia a apelar para a velha estratégia populista de desprezar as instituições democráticas em nome de uma suposta vontade autêntica do povo¹¹, a qual misteriosamente está sempre de acordo com as aspirações de quem a invoca. Mais do que contribuir para uma judicialização da política ou para a politização da justiça, constituiria a própria negação da política: a decisão judicial não se daria em nenhum sentido - empírico ou transcendental - em nome da vontade popular¹², mas sim em nome do árbitro do próprio juiz. Isso não corresponderia a outra coisa senão à definição kantiana de despotismo¹³ (URBINATI, 2009, p. 12, 15; KANT, 1996, p. 324), ainda mais se for considerado que a decisão judicial em um Estado de Direito não costuma ser suscetível de revisão pelos outros poderes.

Referências bibliográficas

ARANTES, R.; KERCHER, F. 1999. Judiciário e democracia no Brasil. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 54, p. 27-41.

ARROW, K. 1963. *Social choice and individual values*. London: Yale University Press.

ATRIA, F. 2016. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

BARROSO, L. 2015. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, p. 24-50.

_____. 2018. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228.

¹¹Para Barroso, “[...] não deve causar estranheza que a Suprema Corte, por exceção e nunca como regra geral, funcione como intérprete do sentimento social. Em suma: o voto, embora imprescindível, não é a fonte exclusiva da democracia e, em certos casos, pode não ser suficiente para concretizá-la.” (BARROSO, 2018, p. 2201). Embora reconheça algumas páginas mais adiante que “o papel representativo pode desandar em populismo judicial, que é tão ruim quanto qualquer outro” (BARROSO, 2018, p. 2217), sua posição contrasta frontalmente com o que defendo neste trabalho: toda vez que o Judiciário fundamenta a sua decisão como representativa do “sentimento social” ou da “vontade da maioria” não captada pelos mecanismos institucionais da democracia, ele estaria adotando uma postura populista. Um exemplo emblemático que o próprio autor traz é o da permissão da prisão após a condenação em segunda instância sem fundamento legal e, ao menos à primeira vista, incompatível com direito garantido pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição brasileira. Descreve-o assim: “Em outro caso importante, afirmou a possibilidade de prisão, após a confirmação da condenação pelo tribunal de segunda instância, mesmo quando ainda cabíveis recursos especial e extraordinário para os tribunais superiores. Os três julgados contaram com amplo apoio popular e representam mudanças que poderiam ter sido promovidas no âmbito da política majoritária, mas não foram.” (BARROSO, 2018, p. 2204) Seria o papel de um tribunal constitucional em um Estado Democrático de Direito sacrificar direitos individuais em contrariedade ao direito positivo, em nome de um suposto anseio popular?

¹²É sintomático que Barroso liste entre os temas recorrentes de deliberação por tribunais os “conflitos que decorrem da indignação popular em relação à corrupção” (BARROSO, 2018, p. 2190-2191). Qual seria a natureza desses conflitos? Por que o fator “indignação popular” seria relevante para justificar o seu processamento e julgamento, para não dizer o teor da decisão, no lugar da aplicação imparcial da lei, *sine ira ac studio*, por um Judiciário independente?

¹³Nadia Urbinati fala em “autocracia”, mas esse termo é reservado por Kant para a *forma imperii* do governo de um só em contraposição às do governo de alguns (aristocracia) e de todos (democracia). É com o despotismo que ele contrasta a *forma regiminis* republicana, a única forma que pode ser genuinamente representativa por separar as pessoas do legislador e de quem executa a sua vontade, possibilitando a separação entre a vontade pública e vontade privada (KANT, 1996, p. 324-325).



DWORKIN, R. 1996. *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. New York: Oxford University Press.

FULLER, L. 1969. *The morality of law*. London: Yale University Press.

GALLIE, W. 1956. Essentially contested concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, London, v. 56, p. 167-198.

HART, H. 2007. *The concept of law*. New Delhi: Oxford University Press.

HOBBS, T. 2012. *Leviathan*. V. 2. New York: Oxford University Press.

KANT, I. *Practical philosophy*. New York: Cambridge University Press, 1996.

MACCORMICK, N. 2005. *Rhetoric and the rule of law*. New York: Oxford University Press.

RAWLS, J. 1999. *A theory of justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

_____. 2001. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

_____. 2005. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press.

ROUSSEAU, J.-J. 1992. *Du contrat social*. Paris: GF Flammarion.

URBINATI, N. 2009. On Rawls' representational judgment. *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, New York, v. 1 n. 1, p. 9-19.











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 passagens, 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 rastreamento 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 Parlamntos 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 completamos 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. Lembrem-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 conjeturas 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 justificção 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 noutra, 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 esquadrinhamento 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