

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

POLÍTICA JUDICIÁRIA E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

CLAUDIA MARIA BARBOSA

FREDERICO DA COSTA CARVALHO NETO

ROGÉRIO GESTA LEAL

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P762

Política judiciária e administração da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Claudia Maria Barbosa, Frederico da Costa carvalho Neto, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-062-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Política judiciária. 3. Administração. 4. Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

POLÍTICA JUDICIÁRIA E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Apresentação

Ronald Dworkin, importante filósofo do direito contemporâneo e professor catedrático da Universidade de New York, lançou em 2006, um texto chamado *Is Democracy possible here?*, discutindo uma série de questões, dentre as quais, terrorismo e Direitos Humanos, religião e dignidade, impostos e legitimação e, finalmente, o último artigo trata do tema das condições e possibilidades da Democracia em seu país.

Tendo por cenário de fundo as discussões que se davam entre liberais e conservadores envolvendo o governo Bush (filho), e as radicalizações de posturas ideologicamente postas de cada qual, Dworkin chama a atenção para o fato de que os interesses da comunidade estão sendo cada vez mais deixados de lado, até porque, em tais cenários, o interesse de ambos os principais partidos eleitorais vem sendo o de: *how to win a majority, if only barely, in what was presumed to be a closely split and highly polarized electorate.*

O efeito no eleitorado disto é que ele não sabe diferenciar com nitidez o que diferencia a proposta dos partidos e candidatos, uma vez que estão bombardeados por ações de comunicação, propaganda e publicidade voltadas à conquista do voto, independentemente de sua qualidade ou fundamento. É interessante como tais situações vão gerando, por sua vez, a univocidade identitária artificial e casuística do fenômeno político, fragilizando as distinções entre esquerda e direita por exemplo, e colocando todos os atores da arena política como que compromissados com as mesmas demandas sociais (que também sofrem homogeneização forçada, e passam a ser de todos).

De certa forma este marasmo político foi fator importante na campanha vitoriosa de Barack Obama, na medida em que suas propostas de governo foram construídas sob plataformas distintivas do que até então vinha sendo feito, saindo do status quo vigente que Starr chama de centrismo brando e confuso (*bland and muddled centrism*).

Sem sombra de dúvidas que Dworkin está certo ao afirmar que o tema dos Direitos Fundamentais hoje - mesmo nos EUA - carece de uma preocupação cívica importante, notadamente em face dos poderes instituídos, e mais especialmente no âmbito parlamentar, eis que os legisladores em regra tratam destes pontos com níveis de ambigüidade e falta de decisão muito grande, dizendo: *as little as possible except in subliminal codes meant secretly to energize important groups.*

Esquece-se desta forma que a verdade é a melhor referência que se pode ter para tratar disto tudo, todavia, na realidade americana, ela parece estar obsoleta, pelo fato de que: politicians never seek accuracy in describing their own records or their opponents' positions. Em verdade, o sistema político baseado na lógica do mercado, transforma-se em mais um produto de consumo caro e acessível somente aqueles que têm condições de financiá-lo. Tal financiamento, todavia, representa mais do que acesso, mas controle do sistema político, em outros termos, in politics money is the enemy not just of fairness but of real argument.

Os níveis de baixaria e agressões nas campanhas políticas contam com apelos midiáticos de espetáculo e diversão, transformando o processo eleitoral em programas de auditório divertidos, como se não tratassem de problemas da vida real (Reason isn't everything, after all, and emotion, of the kind American elections specialize in, has an important place in politics) .

Será que esta fragilidade do sistema parlamentar e representativo não é insuficiente para se pensar as fragilidades da Democracia? Não há outros modelos de participação política (mais direta e presentativa) que possam criar alternativas aos déficits sociais e institucionais da Democracia contemporânea?

Reconhece Dworkin que o critério majoritário da deliberação política não é o único nem o mais importante na experiência Ocidental, eis que, muitas vezes, a vontade das maiorias não garante resultados justos e mais eficientes ao interesse público (que não é só o majoritário), gerando vários níveis de injustiça às minorias ou mesmo ignorando demandas de minorias. Quais os níveis de injustiça que uma Democracia suporta?

Daqui que um segundo modelo de Democracia opera com a idéia de que ela significa o governo de cidadãos que estão envolvidos como grandes parceiros numa empreitada política coletiva, no qual as decisões democráticas só o são na medida em que certas condições estão presentes para os fins de proteger o status e os interesses de cada cidadão.

No campo da pragmática e do cotidiano, o que se pode perceber é uma total falta de interesse pelos temas políticos e sociais, mesmo os relacionados a direitos civis são objeto de manejo muito mais para o atendimento de interesses privados do que públicos, e na perspectiva majoritária isto se agrava ainda mais, na medida em que as deliberações políticas só levam em conta quem participa e como participam no plano formal do processo político, ou seja, democracy is only about how political opinions are now distributed in the community, not how those opinions came to be formed.

Dworkin lembra que no modelo da democracia como conjunto de parceiros a perspectiva se diferencia, fundamentalmente porque opera com a lógica da mútua atenção e respeito enquanto essência desta matriz, sabendo que igualmente isto não faz parte das tradições e hábitos americanos, principalmente no cotidiano das pessoas e em suas relações com as outras. Registra o autor que: *We do not treat someone with whom we disagree as a partner - we treat him as an enemy or at best as an obstacle - when we make no effort either to understand the force of his contrary views or to develop our own opinions in a way that makes them responsive to his.*

Claro que em tempos de guerra e desconfianças mútuas as possibilidades de tratamento do outro com respeito se afigura escassa, o que não justifica a paralisia diante de situações que reclamam mudança estrutural e funcional, sob pena de comprometimento não somente das relações intersubjetivas, mas das próprias relações institucionais em face da Sociedade.

Em verdade, e é o próprio autor que diz isto, a concepção majoritária de democracia não leva em conta outras dimensões da moralidade política - resultando daí que uma decisão pode ser democrática sem ser justa -, enquanto que na perspectiva da democracia entre parceiros estão presentes outras considerações que meramente as processuais/formais, reclamando uma verdadeira *theory of equal partnership*, na qual se precisa consultar questões como justiça, igualdade e liberdade de todos os envolvidos. *So on the partnership conception, democracy is a substantive, not a merely procedural ideal.*

Daí que também não resolve ter-se um super-ativismo por parte da sociedade civil na direção de propugnar por uma democracia que venha a produzir decisões políticas substanciais de preferências seletivas majoritárias, porque novamente interesses contra-majoritários podem ser violados de forma antidemocrática.

Em face também disto é que Dworkin identifica a migração da batalha sobre a natureza da democracia e sua operacionalidade à Suprema Corte, outorgando-se a si própria legitimidade para declarar atos de competência originária de outros poderes, isto em nome, fundamentalmente, de que a Constituição Americana limita os poderes das políticas majoritárias ao reconhecer direitos individuais - e de minorias - que não podem ser violados. Um pouco é nesta direção a crítica no sentido de que os juízes estariam inventando novos direitos e colocando-os dentro da Constituição como forma de substituir as instituições representativas e democráticas por seus valores pessoais ou de quem representam.

Num caso específico envolvendo um jovem hospitalizado em estado terminal na Flórida, e vivendo somente com aparelhos, como conta Dworkin, sua família autorizou, com permissão

judicial, o desligamento destes aparelhos porque isto evitaria maior sofrimento e a sua situação clínica e orgânica era irrecuperável. Imediatamente a reação do Congresso na sua maioria republicana foi feroz contra a decisão judicial, chegando inclusive a criar norma específica no sentido de que isto não poderia ocorrer até a decisão transitar em julgado. Alguns republicanos chegaram a prestar declarações ofensivas ao Poder Judiciário, dizendo estar ocorrendo verdadeira insubordinação em face do que o Parlamento decidira, pois: Once Congress had made its Will known, it was the duty of judges to execute that Will because Congress is elected by and represents the majority of the people.

O problema é que esta discussão está entrincheirada ainda em pequenos círculos de poder e de instituições já organizadas no mercado e nas relações sociais, não se podendo extrair daqui ao menos para o Brasil e mesmo para os EUA reflexos na opinião pública geral; ao contrário, pela reflexão de Dworkin, com o que concordo no ponto, a opinião pública sobre a natureza da democracia (que é o que está envolvido nesta discussão) depende muito mais do que os sujeitos que a representam acreditam serem os melhores meios e formas de conseguirem seus objetivos, sem envolver necessariamente preocupações com os impactos e efeitos que isto pode acarretar ao interesse público da comunidade.

Desta forma, a regra majoritária de deliberação política divorciada de uma opinião pública qualificada por seus argumentos não assegura maiores níveis de legitimação do que deliberações monocráticas decorrentes de processos de consulta ou discussão pública efetiva. Falha inclusive aqui o chamado Teorema de Condorcet, para o qual a soma quantitativa majoritária das escolhas individuais homogêneas maximiza a chance de que se chegará a resultados democráticos e satisfativos, pois se teria de perguntar: satisfativo para quem? No mínimo - e nem isto está garantido para aquela maior parte quantitativa de indivíduos.

Mesmo a perspectiva de que a regra das escolhas e deliberações majoritárias venham a estabelecer vínculos políticos e institucionais (com parlamentares e partidos), independentemente da forma constitutiva das escolhas/deliberações, não garante tratamento isonômico às escolhas e pretensões contra-majoritárias. Como lembra Dworkin, os temas que envolvem políticas públicas apresentam não raro fundamentos morais de alta complexidade, not strategies about how to please most people.

Por outro lado, o autor americano toca em ponto nodal desta discussão que diz com os déficits democráticos efetivos do modelo da democracia representativa ao menos historicamente -, na medida em que ela opera com o pressuposto equivocado de que há equilíbrios perenes nas bases da representação que a institui:

Political Power also very much differs because some of us are much richer than others, or more persuasive in discussion, or have more friends or a larger family, or live in states where the two great political parties are more evenly divided than where others live so that our votes are marginally more likely to make a real difference. These are all familiar reasons why the idea of equal political power is a myth.

E sem sobras de dúvidas trata-se de um mito este equilíbrio/igualdade política dos poderes públicos instituídos - quiçá uma idéia regulativa, a ser permanentemente buscada como forma de compromisso com tal modelo de Democracia. Isto é tão claro que hoje, no Brasil, uma discussão acadêmica e política importantíssima é a do chamado ativismo judicial em face do Legislativo e do Executivo, a ponto de matérias jornalísticas darem conta de que:

Congresso reage a atos do Judiciário. Parlamentares estão descontentes com o que dizem ser interferência do STF.

Insatisfeito com o resultado de julgamentos de temas políticos e desconfiado com as últimas propostas do Supremo Tribunal Federal (STF), o Congresso reagiu, na tentativa de conter a atuação do Judiciário. O deputado petista Nazareno Fonteles, do PI, propôs uma mudança na Constituição que daria ao Congresso poder para sustar atos normativos do poder Judiciário.

Além da nova proposta, deputados tiram das gavetas projetos que podem constranger o Judiciário. As mais recentes decisões do STF - de alterar a aplicação da Lei da Ficha Limpa e de definir qual suplente de deputado a Câmara deve dar posse - reacenderam a animosidade entre os dois poderes. A irritação aumentou com a proposta do presidente do STF, Cezar Peluso, de instituir um controle prévio de constitucionalidade das leis.

As reações do Congresso, do governo e do próprio STF fizeram Peluso recuar. Mas o atrito já estava formado. "Aos poucos, estão criando uma ditadura judiciária no país", disse Fonteles.

Em uma semana, o deputado recolheu quase 200 assinaturas e apresentou uma proposta de emenda constitucional para permitir ao Legislativo "sustar atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa". Atualmente, esse artigo (art. 49) permite a suspensão pelo Congresso de atos do Executivo. A alteração estende a permissão ao Judiciário. "Não podemos deixar o Supremo, com o seu ativismo, entrar na soberania popular exercida pelo Congresso. O Supremo está violando a cláusula de separação dos poderes, invadindo competência do Legislativo", argumentou Fonteles.

A chamada judicialização da política e a concentração de poderes nas mãos dos onze ministros do STF levaram o ex-juiz federal e ex-deputado Flávio Dino (PC do B-MA) a apresentar uma proposta de emenda constitucional acabando com o cargo vitalício dos ministros do Supremo. O projeto, de 2009, ainda está à espera de apreciação por parte da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara. Para Dino, a determinação do STF de aplicar a Ficha Limpa nas próximas eleições e as decisões sobre qual suplente deve dar posse no caso de afastamento do deputado titular reforçam a necessidade de evitar a submissão da política a uma aristocracia judiciária. Na prática, o Supremo decidiu o resultado das eleições, substituindo a soberania popular resume Dino.

Enquanto as propostas de emenda constitucional não entram na pauta, Fonteles conseguiu aprovar a realização de um seminário na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara para discutir a relação entre o Legislativo e o Judiciário. O evento está marcado para a próxima terça-feira.

Afigura-se como muito perigoso o tratamento desta questão nos termos apresentados pelo informe jornalístico, a despeito de que faça parte da estratégia político-parlamentar tensionar com a opinião pública determinados assuntos para ver como ela reage antes da tomada de medidas mais efetivas.

Em verdade, considerando ser a Democracia contemporânea uma tentativa de dar efetividade à idéia de self-government, na qual a soberania popular governa a si própria através de mecanismos de apresentação e representação, é a inter-relação entre todos estes mecanismos, com o que Dworkin chama de equal concern, que deve pautar as interlocuções, deliberações e as políticas públicas de governo, isto fundado na premissa de que, though it would compromise my dignity to submit myself to the authority of others when I play no part in the their decisions, my dignity is not compromised when I do take part, as an equal partner, in those decisions. Daí a importância contra-majoritária do exercício do Poder.

Outro ponto polêmico nesta discussão é bem abordado por Dworkin - diz com a compatibilidade, ou não, da existência de direitos individuais que não possam ser submetidos à vontade das maiorias, tal como a religião, por exemplo, isto porque uma compreensão mais cidadã da ordem constitucional republicana e democrática impõe o que o autor americano chama de partnership conception, a qual requires some guarantee that the majority will not impose its will in these matters.

Enfim, todos estes temas estão a envolver este Grupo de Trabalho do CONPEDI, em Política Judiciária e Administração da Justiça, notadamente quando a questão do protagonismo

excessivo de alguns atores do espaço público se destacam - como é o caso do Poder Judiciário, e os textos publicados aqui vão nesta direção também.

Uma boa leitura a todos.

MORAL, MAIORIA, MINORIA, POLÍTICA E AUCTORITAS: QUEM JOGA NO TIME DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL?

MORAL, MAJORITY, MINORITY AND AUCTORITAS: WHO PLAYS ON THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION'S TEAM?

Fernando Gama de Miranda Netto
Daniel Nunes Pereira

Resumo

O presente artigo trata da natureza da validade do conhecimento concernente a eventuais limites da Jurisdição Constitucional. Partindo da ideia de que uma Jurisdição Constitucional é legítima e válida em determinado arranjo institucional no qual convergem democracia (material e formal) e constitucionalismo, indagam-se suas limitações a partir de um paradigma lógico-gnosiológico. Primeiramente trata-se de uma limitação em sentido lógico-matemático, euclidiano. Paralelamente há balizamentos causais e finalísticos entre o ideais do constitucionalismo e da democracia, conforme já asseverado. O estudo problematiza que neste as decisões da coletividade são contingencialmente apontadas por uma maioria, sendo que seus limites serão apontados naquele, que deveria condicionar dialogicamente o modo como a maioria deve decidir. O estudo pretende, por conseguinte, analisar as limitações epistemológicas da jurisdição constitucional, isto é, seus aspectos lógicos, finalísticos e discursivos. Neste jogo democrático, indaga-se se há espaço de participação para a moral, a maioria, a minoria e a auctoritas no time da Jurisdição Constitucional.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional; limites; epistemologia.

Abstract/Resumen/Résumé

This paper deals with the nature of the validity of knowledge concerning the possible limits of Constitutional Jurisdiction. Starting from the idea that Judicial Review is legitimate and valid in a given institutional arrangement in which converge Democracy (material and formal) and Constitutionalism, the study inquires its limitations from a logical-gnosiologic paradigm. At first there is a restriction on logical- mathematical sense, i.e., euclidean. In parallel there are causal and finalistic limitations amongst the ideals of constitutionalism and democracy, as previously asserted. The study discusses that the decisions of this community are contingently appointed by a majority, and its limits are indicated that should condition dialogical ways of how Majority should decide. The study will therefore examine the tension between the constitutional jurisdictional democratic ideals and its epistemological limitations thereof, logical, finalistic and discursive aspects. In this democratic game, the work tries to answer if the participation of moral, majority, minority and auctoritas in the Constitutional Jurisdiction's dream team is possible.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional jurisdiction; limits; epistemology.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Escalação do time: limites lógicos *a priori* diante do Trilema de Münchhausen – 3. Esquema tático revisitado em Kelsen e Schmitt: limites etiológicos – 4. Jogadores problemáticos: o lugar da Moral e da Maioria no discurso das Cortes - Limites Dialógicos – 5. Considerações Finais – 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Partindo do pressuposto de que a Jurisdição Constitucional é legítima em determinado arranjo democrático, importa saber quais são seus limites. A limitação ora proposta se dá em epistemologias concorrentes entre si em uma concepção holística, de forma a ter maior abrangência argumentativa. Primeiramente trata-se de uma limitação em sentido lógico-matemático, ou seja último ponto existente em um ente, ou seja, no caso estudado, o primeiro ponto além do qual não mais há Jurisdição Constitucional, e aquém do qual estão todas as suas partes, de tal forma que possui uma grandeza tal que a diferença entre esta e os elementos que a precedem é inferior a qualquer grandeza atribuível (JØRGENSEN, 1962: 87). Por conseguinte o conceito de “Limite” tratará necessariamente tanto do *terminus ad quem* quando do *terminus a quo*. Ademais, trata-se de delimitar a essência substancial do Judicial Review, sendo, portanto em sentido aristotélico, a condição do conhecimento.

Para além das delimitações lógico-euclidianas, há os balizamentos entre o ideal do constitucionalismo e o ideal democrático, conforme já asseverado. Enquanto neste as decisões da coletividade são contingencialmente apontadas por uma maioria, os limites serão encontrados naquele, que há de obrigatória e necessariamente excluir determinadas questões do âmbito coletivo e condicionar, em tese dialogicamente, o modo como aquela maioria deve decidir. Esta tensão entre os referidos ideais há de afetar os contornos da Jurisdição Constitucional. Em tese, a lógica básica deste exercício constituinte jaz na ideia de que maioria simples, por si só, não constitui o melhor procedimento para decidir sobre determinadas questões sensíveis ao Direito (ELSTER, 1998: 169) - soberania popular e a vontade majoritária consagradas por uma ideia primeva de democracia, em detrimento do constitucionalismo, que delimita o poder (inclusive popular) e vaticina o respeito aos direitos

fundamentais (inclusive da minoria, a despeito da maioria). Todavia, a segunda assertiva não pode *ipso facto* frustrar a primeira, e tal limitação há de ser problematizada.

Das duas macro-limitações avançadas, há três possibilidades epistemológicas: a) limitação lógica *a priori*, que há de tratar das *conditio sine qua non* formalmente lógicas à jurisdição constitucional enquanto ente da realidade democrática; b) limitação etiológica, que poderia ser considerada derivada da primeira espécie, sendo demarcação das possibilidades existenciais e procedimentais que impedem a inviabilização primeira da própria democracia; e c) limitação dialógica e discursiva, que trata da continência, restrição e balizamento da prática procedimental do discurso e do diálogo no *locus* da Jurisdição Constitucional face aos ideais democráticos primeiros.

2. Escalação do time: limites lógicos *a priori* diante do Trilema de Münchhausen

Partindo do pressuposto de que o Constitucionalismo surgiu em paralelo e em resposta às “vertigens do fato democrático” (GOYARD-FABRE, 2003: 197-199), tomamos a Democracia, por hora, como posta, sendo as questões Constitucionais as balizas à Verdade político-discursiva do mundo dos homens. Este Averroísmo¹ à Democracia funciona meramente como mecanismo discursivo-dialógico com o fito de problematizar as demarcações do Constitucionalismo em sede procedimental, ou seja, onde começa e acaba de forma a ainda ser parte condicional e condicionante a uma Democracia transcendental e existencialmente premente.

Posta a base retórica da presente limitação lógica, tem-se que o primeiro (e talvez mais problemático) obstáculo epistemológico seja o fato de que o que *pode* ser mostrado não

¹ Analogicamente à doutrina de Ibn-Rosch Averroes (KENT, 1995: 41), concernente à Criação e à Alma, presume-se a eternidade e premência existencial da Democracia, havendo necessária separação do intelecto ativo e passivo da alma humana e sua havendo uma única espécie de imagem do intelecto. Desta dupla natureza gnosiológica, a Democracia, enquanto verdade Una, diversa do postulado por teorias democráticas concorrentes, pretende-se, com fito meramente retórico, questionar suas balizas procedimentais, ou seja, a fôrma logicamente necessária à Jurisdição Constitucional.

pode ser dito², as proposições ora elencadas não interpretam o fato democrático-constitucionalista, nem tampouco o explicam, somente 'mostram' suas limitações.

O fato democrático-constitucionalista se baseia em grande medida na separação de poderes como limitação ao próprio Poder Estatal em relação ao indivíduo e sua subjetividade. Todavia, tal separação não se mostra de maneira analítica *a priori*, mas sintética e *a posteriori* a cada experimento democrático:

Western institutional theorists have concerned themselves with the problem of ensuring that the exercise of governmental power, which is essential to the realization of the values of their societies, should be controlled in order that it should not itself be destructive of the values it was intended to promote. The great theme of the advocates of constitutionalism, in contrast either to theorists of utopianism, or of absolutism, of the right or of the left, has been the frank acknowledgment of the role of government in society, linked with the determination to bring that government under control and to place limits on the exercise of its power. Of the theories of government which have attempted to provide a solution to this dilemma, the doctrine of the separation of powers has, in modern times, been the most significant, both intellectually and in terms of its influence upon institutional structures. It stands alongside that other great pillar of Western political thought-the concept of representative government-as the major support for systems of government which are labelled "constitutional." For even at a time when the doctrine of the separation of powers as a guide to the proper organization of government is rejected by a great body of opinion, it remains, in some form or other, the most useful tool for the analysis of Western systems of government, and the most effective embodiment of the spirit which lies behind those systems. Such a claim, of course, requires qualification as well as justification. The "doctrine of the separation of powers" is by no means a simple and immediately recognizable, unambiguous set of concepts. On the contrary it represents an area of political thought in which there has been an extraordinary confusion in the definition and use of terms. Furthermore, much of the specific content of the writings of earlier centuries is quite inappropriate to the problems of the mid twentieth century. The doctrine of the separation of powers, standing alone as a theory of government, has, as will be demonstrated later, uniformly failed to provide an adequate basis for an effective, stable political system. It has therefore been combined with other political ideas, the theory of mixed government, the idea of balance, the concept of checks and balances, to form the

² No original, "Was gezeigt werden kann, kann nicht gesagt werden". (WITTGENSTEIN, 2010: 180), indicando a problemática analítica da seção que segue.

complex constitutional theories that provided the basis of modern Western political systems (VILE, 1998: 2).

Se o sistema político (ou regime, para ser mais específico) no qual se insere (*ab origine et propter*) a Jurisdição Constitucional é a Democracia Moderna, munida necessariamente de tripartição de poderes, esta há de delimitar lógica e formalmente aquela. Assim é que se afirma a premência de que as propriedades formais da Jurisdição Constitucional sejam necessária e obrigatoriamente congruentes à própria substância da Democracia.

Essas propriedades formais constituem as relações internas significantes da Jurisdição Constitucional, ou seja, suas relações estruturantes as quais não podem ser asseridas por proposições (WITTGENSTEIN, 2010: 181), isto é, estado de coisas, mas demonstráveis existentes materialmente. Tais propriedades internas estruturantes da Jurisdição Constitucional, inseridas em relações estruturantes causais da mesma na ideia de Democracia, são necessárias, sendo impensável sua asserção sem estas. São apriorísticos, pois, eventualmente subtraídos quaisquer uma destas limitações à dita Jurisdição Constitucional, esta passa a ser qualquer outra coisa, menos o que sua verdade tipográfica alega ser.

Tal entrincheiramento teórico jaz não só no *logos* da Jurisdição Constitucional, mas também em sua formação teórica, em Montesquieu e nos Artigos Federalistas de Madison *et alia*.

Although not expressly mentioned, the legal entrenchment is implied from the exclusive and separate vesting of the legislative, executive, and judicial power in the President, Congress and the Supreme Court respectively. This reflected in particular the influence of Montesquieu's De L'Esprit Des Lois, which advocated the separation of the three main branches of government, including the judicial. Such views found expansive articulation in The Federalist Papers, a major recurrent theme of which was the precise means by which this outcome was to be achieved. Madison referred to this 'most difficult task . . . to provide some practical security for each [of the three branches of government] or each against the invasion of the others. What this security ought to be is the great problem to be solved'. Of particular concern was the protection of the judicial power from legislative encroachment. Significantly, Madison recognised the

potential for legislative encroachments to occur under the guise of otherwise properly enacted legislation (GERANGELOS, 2003: 10).

É desta forma que se apresentam como limites lógicos à Jurisdição Constitucional, porquanto delimitadores de sua própria essência e estruturantes de seu significado interno e função significativa à democracia: a) limitação do poder (seja popular ou de autoridade política, ideológica, econômica ou religiosa); b) garantia de existência e afirmação de minorias (o que pode ser interpretado como limitação ao poder da maioria; c) garantia (ao menos hipotética) da existência do diálogo como consequência da premência da impossibilidade de epistemologias absolutizantes, conforme asseverou Kelsen (2000: 161).

Poder-se-ia trazer à colação a crítica de acadêmicos ligados ao *Critical Legal Studies*, em especial Mangabeira Unger e seu séquito, no que concerne a uma “fetichização” do Judiciário, ou até mesmo da Tripartição de Poderes:

(...) o fetichismo estrutural nega a possibilidade de mudar a qualidade dos contextos formadores. Aqui a qualidade de um contexto formador se caracteriza pelo grau de abertura à revisão. O fetichismo estrutural continua comprometido com a tese falsa de que “uma estrutura é uma estrutura”. Um fetichista estrutural pode ser um relativista cético que sacrifica padrões universais de valor e discernimento. Ou um niilista, cuja única preocupação é desconstruir tudo. Entretanto, as duas posições teóricas são pseudo-radicais, porque acabam por aceitar a visão de que, uma vez que tudo é contextual, só nos resta escolher um contexto social e jogar de acordo com suas regras, ao invés de mudar a qualidade de suas defesas. (...) Se a crítica do “fetichismo estrutural” ataca por um lado o destino que nossas instituições nos atribuíram, a crítica do “fetichismo institucional” ataca este destino por outra direção. Para Unger, fetichismo institucional é a identificação imaginada de dispositivos institucionais altamente detalhados e em grande parte acidentais a conceitos institucionais abstratos tais como democracia representativa, economia de mercado ou sociedade civil livre. O fetichista institucional pode ser o liberal clássico que identifica a democracia representativa e a economia de mercado como um conjunto de dispositivos governamentais e econômicos que, por acaso, triunfaram durante o curso da Europa moderna. Ou pode ser o marxista inflexível que trata os mesmos dispositivos como um estágio indispensável na caminhada em direção a uma futura ordem regenerada cujo

conteúdo ele considera estabelecido e resistente à descrição aceitável. Pode também ser o cientista social positivista ou administrador político ou econômico pragmático que aceita sem discussões as práticas correntes como uma estrutura destinada ao equilíbrio de interesses ou solução de problemas (CUI, 2001: 13).

Todavia, o presente estudo, conforme demonstrado, assevera não se tratar de fetiche, mas de condições lógicas apriorísticas – não é fruto psicologismo, mas de estrita lógica³. Por outro lado, a lógica estrita da qual parte a presente seção deste trabalho não se coaduna necessariamente a uma racionalidade estrita. A crítica do fetichismo (e a senda do psicologismo) partiriam da falsa e impossível assunção de que a razão possa volitar sobre a própria existência de forma a dizer o que e como de fato existe. Como tal apriorismo platônico é impossível, há de se precipitar ao “Trilema de Münchhausen”⁴ – como não é possível de fato conhecer algo, há de recorrer a uma das falácias: i) argumentação circular (e regresso ao infinito), o que incide em tautologia e não permitirá qualquer conhecimento além do experimentado; ii) argumento axiomático, que há de consistir em mera escolha arbitrária, na qual incidiria o mesmo trilema, ou seja, *petitio principii*, como o exemplo de Kelsen do pai que manda o filho à escola (KELSEN, 2003: 219); iii) “*argumentum magister dixit*”, ou seja, recorrer a autoridade intelectual de outrem. Em qualquer dessas falácias posta pela racionalidade estrita e pura, o conhecimento se torna de fato impossível. Com os predecessores de tal trilema encontra-se a saída – ceticismo, o que leva a uma temporária suspensão da razão, para, o fim perseguir o conhecimento - em particular neste caso, da limitação da Jurisdição Constitucional.

According to the mode deriving from dispute, we find that undecidable dissension about the matter proposed has come about both in ordinary

³ O presente estudo já havia anteriormente tomado partido quanto à orientação epistemológica, a saber, coaduna (neokantianamente) o transcendentalismo racional (também presente na Fenomenologia de Husserl) à filosofia analítica de Wittgenstein. Assim, limita-se o que pode ser disputável à Ciência do Direito, delimitando o que é pensável (WITTGENSTEIN, 2010: 179), sendo a “psicologização” de estruturas e de relações entre entes alheia à presente discussão.

⁴ Pela impossibilidade de se provar qualquer verdade ou conhecimento de algo pela Racionalidade Pura, i. e., juízos analíticos a priori, recorrer-se-á a argumentos falaciosos, tal qual a história do herói e (folclórico mentiroso) Barão de Münchhausen que escapou da areia movediça ao se puxar pelo próprio cabelo. A expressão foi cunhada pelo filósofo popperiano Hans Albert, mas o argumento em si aparece nas obras de céticos clássicos, como Agripa e Diógenes Laércio (ALBERT, 1991: 15).

life and among philosophers. Because of this we are not able to choose or to rule out anything, and we end up with suspension of judgment. In the mode deriving from infinite regress, we say that what is brought forward as a source of conviction for the matter proposed itself needs another such source, which itself needs another, and so ad infinitum, so that we have no point from which to begin to establish anything, and suspension of judgment follows. In the mode deriving from relativity, as we said above, the existing object appears to be such-and-such relative to the subject judging and to the things observed together with it, but we suspend judgment on what it is like in its nature. We have the mode from hypothesis when the Dogmatists, being thrown back ad infinitum, begin from something which they do not establish but claim to assume simply and without proof in virtue of a concession. The reciprocal mode occurs when what ought to be confirmatory of the object under investigation needs to be made convincing by the object under investigation; then, being unable to take either in order to establish the other, we suspend judgment about both (EMPIRICUS, 2000: 77).

Pelos *tropos* apontados pela tradição cética, de maneira a permitir *algum* conhecimento acerca da Jurisdição Constitucional, porquanto, delimitá-la, é preciso recorrer à uma assunção hipotética, qual seja, de que a mesma existe *na* democracia circunscrita por uma limitação triádica dos Poderes (por isso o Averroísmo anteriormente avençado).

Assim, o Judiciário, sob a égide da tripartição de Poderes, deixa de sê-lo materialmente quando adere a argumentos “schmittianos” como: a) reificar a autoridade política pela lógica da rousseuniana de “*Volonté générale*”; b) suprimir a manifestação ou existência de qualquer minoria sob o argumento da homogeneidade político-social; c) circunscrever todo e qualquer diálogo na impossibilidade epistemológica da Modernidade e sua pluralidade de mundos e subjetividades.

Limita-se, portanto, aprioristicamente a Jurisdição Constitucional não pelas suas proposições argumentativas, mas pelo que de fato é materialmente, e, outrossim, pelo seu negativo, o qual desvia sua função primeva e invalida sua própria existência material.

3. Esquema tático revisitado em Kelsen e Schmitt: limites etiológicos

Outra forma de delimitar a Jurisdição Constitucional, onde e quando se iniciam e terminam suas possibilidades, é analisar suas causas primeiras, id est, o porquê de existir em determinado fenômeno político. É claro que utilizar a retórica do “porquê” é perigoso, na medida em que nos inclina a saltar sobre uma infinita espiral de questionamentos em escalada. Então, ao questionar retoricamente porquê existe a Jurisdição Constitucional, pretende-se meramente apontar seus demiurgos, e não causas metafísicas primeiras.

A etiologia profunda, isto é, a análise das causas primeiras, a arqueologia do próprio conceito, é feita por M. J. C. Vile, ao qual o presente trabalho faz remissão (sem repetir exaustivamente o que foi então exarado). Segundo o referido autor, desde Atenas a Tripartição de Poderes, e a denotação em especial ao poder de julgar, jaz na busca pela Constituição (em sentido de Politéia) perfeita:

In fact the guiding principle of the Athenian Constitution, the direct participation of all citizens in all functions of government," was directly opposed to any such doctrine. Thus Aristotle asserted that "Whether these functions-war, justice and deliberation - belong to separate groups, or to a single group, is a matter which makes no difference to the argument. It often falls to the same persons both to serve in the army and to till the fields"; and more specifically, "The same persons, for example, may serve as soldiers, farmers and craftsmen; the same persons again, may act both as a deliberative council and a judicial court/" Thus the major concern of ancient theorists of constitutionalism was to attain a balance between the various classes of society and so to emphasize that the different interests in the community, reflected in the organs of the government, should each have a part to play in the exercise of the deliberative, magisterial, and judicial functions alike. The characteristic theory of Greece and Rome was that of mixed government, not the separation of powers? (VILE, 1998: 25)

Assim, a causa (argumentativa) primeira para a separação de poderes, e, por conseguinte a Jurisdição Constitucional seria o equilíbrio de poderes, ou, de maneira mais estrita, do *Auctoritas*⁵. Todavia, o Constitucionalismo, e como seu epifenômeno a Guarda da

⁵ Na História das Ideias, a autoridade política (*Auctoritas*), o poder de um homem sobre outro homem, é justificada pela natureza, pelo homem, entendido em coletividade, ou pela Divindade. A primeira hipótese aparece, por exemplo, no livro VI de “A República” de Platão, e a terceira pode ser exemplificada pela Epístola de Paulo aos Romanos, cuja temática geral (*Deus Ex Machina*) é retomada por Hegel em sua “Fenomenologia do Espírito”. Por conseguinte, a mais recente das justificativas, a segunda, entende que o homem justifica o

Carta Magna, surgem *por causa* da Democracia, de maneira mais estrita, em função da *Auctoritas* emanada da maioria.

Antes mesmo que Rousseau ensaiasse proferir algo referente à “vontade da maioria”, Spinoza já atentava aos igualmente mensuráveis possibilidades e perigos da multidão (SPINOZA, 2004: 203). A potência da coletividade em Spinoza é fundadora do poder ao qual ela se submete mas também constitui (GOYARD-FABRE, 2003: 148). Em outras palavras, a multidão é base ontológica da democracia *se e somente se* não frustrar sua própria potência, consubstanciada na autodeterminação, autonomia e liberdade do *indivíduo* e da *coletividade*, em concomitância, ou seja, quando este não anula aquele.

Tal resgate da crítica spinoziana mostra que, ainda que a Jurisdição Constitucional seja eventual contra-exemplo institucional à regra da maioria e possa limitar a soberania popular, quando serve a garantir a subsistência e a tutela de cada indivíduo desta coletividade, se torna ela mesma causa e condição da democracia.

A *causa* da guarda da Constituição é a própria resposta às aporias de Rousseau, ou seja, o conjunto de propostas “constitucionalizantes” de Sieyès, que, de maneira geral, sustenta a legitimidade do Terceiro Estado (o povo) em um Poder (*lato sensu*) anterior e superior, qual seja a Constituição. De maneira geral, para Sieyès, o Povo é o elemento principal do Estado, mas precisa ser guiado, ou se autofagocitará⁶. Desta forma, descarta-se a ideia de democracia bruta rousseauiana, e, conforme faz Kelsen no século XX, para moldar tal experimento político Sieyès propõe inclusive a criação de um Júri Constitucional, que zele pela Lei Maior (GOYARD-FABRE, 2003: 181).

Tal recepção crítica do ideário rousseauiano aparece em Kelsen, não só pela sua leitura de Tocqueville (no que concerne ao respeito às minorias), mas também pela retomada da temática de Sieyès. Ou seja, se a minoria deve ser respeitada, em oposição à eventual tirania da maioria, tal tutela há de ser realizada por um instituto havido no seio da Democracia, mas ainda assim, contra-majoritário, pois de outra maneira não poderia perseguir sua própria finalidade. O governo do povo pelo povo em Kelsen, justificado em Tocqueville e

potencial poder sobre ele exercido. O presente trabalho estuda a limitação de um poder humano por outro poder humano, porquanto, ao mencionar *Auctoritas* a referência que faz é a esta segunda e mais recente justificativa epistemológica.

⁶ “Qu'est-ce que le Tiers-État ? Le plan de cet Écrit est assez simple. Nous avons trois questions à nous poser : 1° Qu'est-ce que le Tiers-État ? Tout. 2° Qu'a-t-il été jusqu'à présent dans l'ordre politique ? Rien. 3° Que demande-t-il ? À y devenir quelque chose” (SIEYÈS, 2002: 1)

Sieyès, só se dá quando identificam-se objeto e sujeito da Democracia, porquanto, quando ela mesma é, por um procedimentalismo próprio, inacessível ao ponto de ser subvertida, por conseguinte, protegida contra usurpadores – eis a causa da Jurisdição Constitucional. Para Kelsen, a soberania popular como substância primeira da democracia só corresponde a tal quando está é apreendida enquanto ideal-limite (GOYARD-FABRE, 2003: 306)., o qual tem a sua autofrustração impedida por uma instância contra-majoritária.

Por esta arqueologia epistemológica que retrocede até os debates do verão de 1789, nota-se que, em esteio em Kelsen, limita-se a Jurisdição Constitucional pelos motivos de sua existência em um regime democrático. Neste sentido, assevera-se que deve agir a Corte Constitucional até onde (ou quando) não frustrar os motivos que insuflaram (ainda que em abstrato sua formação), quais sejam, tutelar procedimentalmente a democracia face às suas próprias aporias – evitar a tirania da maioria, proteger as minorias. Em outras palavras, canalizar a potência de liberdade e autonomia da multidão para que não se volte contra ela mesma, para que seja perene, e não seja conclamado o povo de maneira a frustrar seus próprios hodiernos ou eventuais desideratos.

Por outro lado, em oposição a Hans Kelsen, a contribuição de Carl Schmitt em uma problematização dos Limites Etiológicos da Jurisdição Constitucional é em si problemática pois: a) o referido autor não admite que o procedimentalismo liberal oponha-se aos cesarismos do executivo, e b) critica-se uma específica compreensão de Direito. A primeira colocação de Schmitt não há de ser discutida por hora, visto que tem em si uma valoração absoluta do Poder Executivo e da própria concepção de democracia, conforme visto anteriormente. A segunda asserção de Schmitt, contudo, é aproveitável a problemática desta seção, visto que, admitida a Jurisdição Constitucional, haveria outra limitação a ela.

Partindo do pressuposto Schmittiano que a existência política escapa necessariamente às estruturas predeterminadas da normatividade, na qual é ausente qualquer fundamento transcendental (MARDER, 2010: 79), uma instância jurídica no *locus* político seria um contrassenso. Uma vez que o indivíduo para Schmitt recebe a sua potência enquanto sujeito político irreduzível (MARDER, 2010: 115), o enclausuramento deste por uma Corte que há de ter a *palavra final* é a decretação de morte da política.

Antes de se aproveitar o argumento de Schmitt, há de ser feita breve crítica à sua genealogia filosófica. Assim como Kelsen é tributário dos teóricos revolucionários (ou, de

maneira mais específica, tributário de críticas propositivas e reflexivas da Revolução), Schmitt é alegadamente sucessor dos contra-revolucionários⁷ (SCHMITT, 1996: 121), como Bonald, De Maistre e, em especial, Donoso Cortés (SCHMITT, 2002: 80-86). Todavia, seu argumento em favor do decisionismo de um líder ungido pelas massas evoca naturalmente às interpretações jacobinas dos escritos de Rousseau. O paralaxe da argumentação schmittiana é incontornável – defesa contra-revolucionária se valendo do “pai” de todos os revolucionários.

Todavia, poder-se-ia conjecturar um decisionismo embebido em populismo rousseuniano⁸ em sede jurisdicional, *id est*, uma Corte Constitucional ungida pelas massas, à moda schmittiana. Todavia, o “decidir” em Schmitt não comporta qualquer normatividade, sendo o Judiciário a quintessência do normativismo (mais ou menos positivista, mas ainda assim guiado por um conjunto de “dever-ser”).

Desta ideia [*a crise da filosofia concernente à existência humana ocidental*] evidencia-se o fundo não-normativista do decisionismo, tanto na sua orientação heideggeriana como schmittiana: a decisão deve ser tomada *ex nihilo* - sem considerar valores paradigmáticos dominantes culturalmente e que possam colocar uma vez mais a decisão autêntica na condição de ilegalidade, ou na ausência de autenticidade. (WOLIN, 1990: 59).

⁷ “O que a filosofia do Estado contra-revolucionária mais destaca é a consciência de que a época exigia uma decisão; com uma energia levada ao extremo entre as duas revoluções de 1789 e 1848, o conceito de decisão passou a ocupar o centro de seus pensamentos. Em todos os lugares em que a filosofia católica do século XIX se expressou... ela expressou o pensamento da imposição de uma nova alternativa, que não admitia mediações...” (SCHMITT, 1996: 121).

⁸ Importante fazer rápida digressão à recente Ação Penal 470 (originada em Minas Gerais no inquérito 200538000249294) apelidado pela mídia como “Processo do Mensalão”. No julgamento de embargos infringentes, salta os olhos a discussão havida entre os excelentíssimos ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio de Mello (de um lado) e o recém empossado Luís Roberto Barroso (em oposição). Tendo em vista as demandas populares (precipitadas por hebdomadários tendenciosos e jornalismo de baixa qualidade, o que gerou uma opinião publicada, em detrimento de uma real opinião pública) tentava-se dar uma finalização épica e climática ao julgamento, em resposta ao “anseios populares”. Em discussão, asseverou o Ministro Luís Roberto Barroso: “Não estou almejando ser manchete favorável. Sou um juiz constitucional, me pauto pelo que acho certo ou correto. O que vai sair no jornal no dia seguinte, não me preocupa (...) Eu cumprio o meu dever. Se a decisão for contra a opinião pública é porque este é o papel de uma Corte constitucional. Opinião pública é muito importante numa democracia”, mas não deve pautar os votos dos ministros. (...) A multidão quer o fim deste julgamento. E devo dizer que eu também. Mas nós não julgamos para a multidão. Nós julgamos pessoas. Eu não estou aqui subordinado à multidão, estou subordinado à Constituição.” – Disponível em <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/09/12/durante-voto-de-marco-aurelio-barroso-diz-que-nao-se-deve-votar-pela-multidao.htm> - Acessado em 10 de fevereiro de 2014.

Um decisionismo no Judiciário automaticamente desproveria o mesmo de qualquer autoridade, pois não poderia se fundar na Constituição nem em qualquer outra normas, as quais autorizam e legitimam o referido poder. Ou seja, o mecanismo “contra-revolucionário mas ainda assim muito revolucionário” de Schmitt haveria de soçobrar o ordenamento jurídico sobre si próprio.

Como revisitação à teoria de Schmitt podemos citar Ernst-Wolfgang Böckenförde, que retoma a temática do problema da representatividade face às limitações apriorísticas do Direito. Por outro lado, Böckenförde critica uma eventual perda de autonomia do próprio legislador face aos mandamentos de otimização dos direitos fundamentais, dos quais haveria sempre um limite último a ser definido, o que subtrairia o arbítrio do legislador para elaborar normas, e por conseguinte, do magistrado para decidir além das normas (BÖCKENFÖRDE : 1991: 576).

Outro legatário de Schmitt, porém à esquerda, que também problematiza a questão do Constitucionalismo é Antonio Negri, que especificamente retoma a dicotomia entre Poder Constituinte e Poder Constituído, o que pode plasticizar os limites de uma Corte Constitucional (NEGRI, 1999: 3-8).

Antonio Negri is the prominent contemporary exponent of the view that denies the distinction between normal and constitutional politics. While Negri and Schmitt epitomize diametrically opposed political positions, their constitutional theories bear an alarming affinity. For Schmitt, we have seen, the validity of the constitutional structure depends at any moment on the implicit assent of a present, embodied sovereign and can be at any moment retracted by sovereign decision. In Negri's words, Schmitt dissolves the distinction between constituent and constituted power, because the latter never breaks free from the former. For Negri, too, constituted power is an immediate expression of constituent power and is never durably independent. It forms part of the 'total matrix' of interactions and situations Negri identifies with constituent power. Only when constituted institutional formations become petrified and repressive do they enter into collision with constituent power. Such a conflict between state and society, between constituted and constituent power, is hardly envisaged by Schmitt. Negri is far more hostile to the state than Schmitt and far more doubtful of its capacity to manifest constituent power. But in many respects Negri's account of constituent power remains close to Schmitt's. Indeed, Negri affirms the permanent presence of constituent power more explicitly than Schmitt ever did. In Negri's distinctive

terminology, constituent power is born of the marriage of 'multitude' and 'strength'. This encounter produces a power that is unlimited and independent of any existing institutional frameworks, revealing itself through fluid and changing media. Constituent power is a dynamic totality that casts itself constantly toward an unknown future, dissolving on its way distinctions between time and space and between the social and the political. Negri defines constituent power as 'love of time' and celebration of temporality, and as an endorsement and affirmation of the 'crisis' inherent in a genuine experience of time. Constituent power is the lack of a clear constituted framework or purpose, a permanent revolution gushing toward an open future.⁹⁹ As we saw, anthropologists refer to such an experience of temporality as 'mythical time' (BARSHACK, 2006: 218-219).

Negri denuncia qualquer conceito de externalidade a esfera social e a ideia concomitante de uma Constituição. Para o autor, o poder constituinte deve ser uma presença permanente de resistência democrática popular ao Poder posto e seus procedimentalismos, pelos quais constituição tenta privar o povo de seus poderes (NEGRI, 1999: 28).

Democracy means the omnilateral expression of the multitude, the radical immanence of strength, and the exclusion of any sign of external definition, either transcendent or transcendental and in any case external to this radical, absolute terrain of immanence. This democracy is the opposite of constitutionalism. Or better, it is the negation itself of constitutionalism as constituent power – a power made impermeable to singular modalities of space and time, and a machine predisposed not so much to exercising strength, but, rather, to controlling its dynamics, its unchangeable dispositions of force. Constitutionalism is transcendence, but above all constitutionalism is the police that transcendence establishes over the wholeness of bodies in order to impose on them order and hierarchy. Constitutionalism is an apparatus that denies constituent power and democracy (NEGRI, 1999: 322).

De maneira geral, a crítica de Negri retoma a Teologia Política de Schmitt, mas a desloca à esquerda, dando mais ênfase a Rousseau do que aos Contra-Revolucionários. Todavia, aponta-se novamente o exposto no presente trabalho no que concerne à lógica inerente à Jurisdição Constitucional – se a crítica schmittiana de Negri não garante as limitações apriorísticas tanto ao Poder Judiciário quanto à Soberania Popular, não se aplica a uma Corte Constitucional, mas a outro (e desconhecido) instituto, talvez a Constituição meramente formal, da qual não trata o presente esforço teórico.

Contudo, resta a crítica de Schmitt acerca da sinédoque (operada pelo Direito) da Política. Tal argumento, incontornável, há de servir aos esforços constitucionalistas não como uma negação, mas um desafio – a Jurisdição Constitucional não pode ter efeito deletério sobre a Política e desconstruir o dialogismo democrático, ou seja, não pode expor argumentos ou proposições que inviabilizem a própria Democracia que é sua fonte e causa primeira. É neste sentido que se mostra uma limitação discursiva à Corte Constitucional.

4. Jogadores problemáticos: o lugar da Moral e da Maioria no discurso das Cortes - Limites Dialógicos

A continência da prática procedimental da Jurisdição Constitucional jaz em suas potencialidades de discurso e do diálogo face aos ideais democráticos primeiros. Tal limitação se opera na própria existência prática da Corte Constitucional cotejada às suas outras limitações, ou seja, os discursos proferidos pela Jurisdição não podem frustrar nem sua significação lógica nem sua razão existencial. De maneira mais estrita, suas decisões não podem subverter o Estado Democrático de Direito ao frustrarem a possibilidade de diálogo, fundada no próprio *Tropo* da *Diaphónia* Moderno (LESSA, 2003: 19), tão criticado por Schmitt. Tal frustração se dá de duas maneiras: i) discurso moralista alheio à própria norma e ii) replicação irreflexiva do discurso da maioria. Ambas as maneiras reificam a própria absolutização axiológica e epistemológica em detrimento de uma dialogia fundada no relativismo enquanto fundamento da democracia, conforme defendem Kelsen (2000: 178-182) e Habermas (1997: 242).

A relação entre Direito e Moral é sempre descrita de maneira problemática, desde as escaramuças entre kantianos e wolffianos. O próprio Kant via o Direito como espécie da Moral, todavia, mirando no móbil⁹ do sujeito, que seria o mesmo – a liberdade e a razão reflexiva e não mera relação causal da natureza (KANT, 1996: 354). Todavia, a Moral *stricto sensu* é dotada de autonomia e interioridade, enquanto que o Direito Positivo, ele mesmo fruto do arbítrio humano, é caracterizado pela heteronomia e exterioridade (BOBBIO, 1984: 63). Assim é que, no caso concreto, a partir de Kant, haverá sim diferenciação entre Moral (pura) e

⁹ “*Triebfeder*”, no original, que poderia ser traduzido literalmente como “motivo ou causa principal”, e, com conotação mecânica, “mola mestra”.

Direito (positivo), uma vez que há diferenciação (no vocabulário kantiano) entre *permissibilidade* moral e *obligatoriedade* moral (BOBBIO, 1984: 64), havendo, por conseguinte, a clivagem entre *Tugendlehre* (doutrina de virtude moral) e *Rechtlehre* (e doutrina do Direito).

A distinção entre autonomia e heteronomia pode ser aplicada à distinção entre moral e direito? Uma vez reconhecido que a moral é a esfera da autonomia, é possível derivar a consequência que o direito é a esfera da heteronomia? Kant não elaborou essa conclusão de maneira explícita. Mas nós estamos já suficientemente informados sobre a natureza do direito, segundo Kant, para buscar alguma ilação. Que se considere o direito seja como legalidade, seja como liberdade externa, acreditamos que a vontade jurídica possa ser considerada somente como vontade heterônoma. Enquanto legalidade, a vontade jurídica se diferencia da vontade moral pelo fato de poder ser determinada por impulsos diversos do respeito à lei: e esta é a própria definição da heteronomia. Enquanto liberdade externa, a vontade jurídica se diferencia da vontade moral, porque provoca nos outros titulares de igual liberdade externa o poder de me obrigar e portanto é perfeitamente compatível com a coação: mas uma vontade determinada pela coação é uma vontade heterônoma, uma vez que é bem claro que também a ação mais honesta, quando cumprida por medo da punição, não é mais uma ação moral.” (BOBBIO, 1984: 63).

Partindo, portanto desta clivagem entre direito e Moral, pergunta-se: qual o problema de o magistrado optar pela Moral em detrimento do Direito, e qual o efeito disso na Jurisdição Constitucional?

A Jurisdição Constitucional, necessariamente epifenômeno da Democracia, conforme visto, parte de uma pressuposição axiológica e epistemológica de relativismo de valores e crenças – ora, se não houvesse um relativismo transcendente a norma jurídica, a atividade jurisdicional seria dispensável. Por conta de múltiplas *Weltanschauungen* existentes em sociedades complexas (portanto díspares da homogeneidade defendida por Schmitt), a norma jurídica é factualmente o principal (se não único paradigma) comportamental. A Moral, por outro lado, reproduz a multiplicidade, sendo sua aplicação mero arbítrio fruto do íntimo normativo de um indivíduo.

Ainda, a Moral apresenta dois problemas enquanto discurso: a) parte de uma pretensa homogeneidade de *ethos* entre os concernidos; b) não é crítica de si mesma enquanto,

enxergando-se como neutra. No primeiro problema, conforme anteriormente asseverado, a maioria momentaneamente dominante não há de captar a adesão de múltiplas vontades vencidas, todavia estes não podem ser oprimidos por aqueles. Neste sentido, se reafirma que, hodiernamente, a pluralidade (inclusive de moralidades) é um dos principais signos da Democracia, reificado pela pauta de Direitos Fundamentais. (CAPPELLETTI, 1993: 44). Uma única moral, ainda que majoritária e não convertida em norma positivada (porquanto, apreciada à aquiescência popular e institucional) se utilizada em detrimento de regras jurídicas, terá o condão de oprimir aqueles que dela não compartilham. O outro problema da Moral é que, geralmente, aquele que ultrapassa seus limites descritivos e alcança sua fraca (eventualmente forte) normatividade social não vê seu arcabouço de moralidade como um dentre tantos outros existentes. Isto ocorre tanto com crenças de valores absolutos, por conseguinte, metafísicos, como a religião, bem como grupos organizados de crítica ao *establishment*, como organizações feministas ou homoafetivas. Neste último caso, é comum a crítica (muito correta e premente) a Moral Judaico-Cristã Ocidental, que, em tese, castra a humanidade e subjuga as mulheres – todavia, ao apresentar a crítica, na verdade, em geral, não percebe-se que, muito justamente pela política e discussão pública, tenta-se apresentar uma moral diversa da ora questionada, não conduzir a sociedade a um pretensão *locus* amoral. Contudo, não há ação humana que não seja dotada de moralidade, negativa ou positivamente (JANKÉLÉVITCH 2008: 27). No mesmo sentido, não há neutralidade em qualquer Moral, pois há de se contrapor a outra, necessariamente (JANKÉLÉVITCH 2008: 84, 88) De forma diversa, grupos majoritários tendem a crer que, seja por miopia social, ou provincianismo, que sua Moral, por ser majoritariamente compartilhada, é única, portanto paradigma comportamental, como se Lei fosse. Uma vez que ambos os polos não se enxergam como detentores de sistemas morais legítimos, ainda que opostos entre si, tanto um, como o outro incorrem no erro de pretensa homogeneização. Esta falta de compreensão da alteridade leva, inexoravelmente, a prosopolepsia social (JANKÉLÉVITCH 2008: 44-45), diferentemente do paradigma da norma jurídica, necessariamente heterônoma, bilateral e dinamogênica.

O outro problema discursivo da Corte Constitucional é o recurso à Maioria. Fundamentar decisões ao largo da normatividade jurídica mirando aquiescência popular, frustra o próprio objeto da Jurisdição Constitucional. Ao proferir discursos amparados pela própria Maioria, ao invés de guardar a Constituição, o Judiciário a entrega à turba. Todavia, povo e Judiciário “fazem perguntas” distintas à Carta Magna – este, em sede kelseneana, pergunta “*Quid Juris?*”, aquele, de forma retórica, pois a resposta já sabe, questiona “*Quid*

Jus?”. O questionamento jurídico, diferentemente do popular, é fruto de uma racionalidade reflexiva que busca princípios unitários *a priori* (GOYARD-FABRE, 2006: 235), e não contingências sócio-políticas. Ademais, esta razão reflexiva do Direito é direcionada especificamente à Constituição, portanto, rompe com qualquer primário jusnaturalismo iluminista (GOYARD-FABRE, 2002: 131), sendo papel do legislador negativo defender que este mesmo diploma jurídico não seja subvertido nem por normas infra-constitucionais, nem por desmandos políticos, não cabendo, todavia, “se assenhorar” da Constituição.

Em ambas as limitações discursivas, recurso à Maioria e Moralismo, as suas transgressões abrem caminho para resultados mais nefastos, nos quais cabe a crítica schmittiana. Uma vez que, em dado caso concreto, o Judiciário decide pela Moral e/ou pela vontade popular, “mata-se” um pouco da política e, por conseguinte, das possibilidades dialógicas. Decidir pela Moralidade majoritariamente compartilhada, ou pela Moral dita crítica do *establishment*, ou simplesmente atender às demandas populares, é ultrapassar os limites do Direito, é simplesmente agir de maneira unilateral em matéria de conteúdo de normas, e não de sua validade. A análise de conteúdo é sim deveras importante, todavia, direcionada a e pelo Poder Legislativo. Em um *hipotético* caso, *exempli gratia*, de desvio de conduta de parlamentar (desvio este considerado imoral, porém não ilegal), o Judiciário ao agir com base na Moral e/ou na vontade da turba de prender (ou linchar) os “culpados”, imediatamente silencia a atividade política na qual se discutiriam as normas (ou anomias) que permitiram tal comportamento de referido congressista. A saída fácil, moralização via Judiciário, tem efeito deletério na atividade dialógica, a qual é característica essencial a democracia. Por conseguinte, o Judiciário subverte a ordem democrática, criando as condições para sua própria aniquilação enquanto instituição.

5. Considerações Finais

Para que se conceba uma Jurisdição Constitucional, tentou-se abordar o seu perfil e descrever seus limites. A limitação traçada no presente estudo trata de epistemologias concorrentes entre si havendo um sentido necessariamente lógico-matemático, e uma outra limitação que dê balizas às aporias havidas entre o ideal do constitucionalismo e o ideal democrático. De maneira geral a lógica básica desta limitação dialética é fruto da ideia de que

uma maioria, *per se*, não há de constitui o melhor procedimento concernente à questões sensíveis ao Direito (ELSTER, 1998: 169).

Dentre estas duas macro-limitações apontadas, insurgem-se três possibilidades epistemológicas: i) Limitação Lógica *a priori*, ii) Limitação Etiológica, e iii) Limitação Dialógica, que trata de restrições à prática procedimental do discurso.

A Limitação Lógica que há de tratar das *conditio sine qua non* formalmente lógicas à jurisdição constitucional enquanto ente da realidade democrática. Delimitam-se a própria essência e estrutura do significado interno e função significante da Jurisdição Constitucional à Democracia, a saber: i) limitação do poder (seja oriundo de autoridade política, ideológica, econômica ou religiosa); b) garantia de existência e afirmação de minorias (sendo uma espécie de limitação ao poder, especificamente, da maioria; c) garantia premente da possibilidade do diálogo como consequência direta do afastamento de epistemologias absolutas (KELSEN, 2000: 161).

A Limitação Etiológica pode ser entendida como derivada da primeira espécie, consubstanciando-se em demarcação das possibilidades existenciais e procedimentais às próprias razões da democracia, tendo em vista a Tripartição de Poderes como o mecanismo por excelência de limitação ao poder. Em tese, a primeira causa argumentativa para a separação de poderes, e, por conseguinte a Jurisdição Constitucional seria a limitação do *Auctoritas*, sendo que o próprio Constitucionalismo, e a Guarda da Carta Magna, surgem *por causa* da Democracia e em função da *Auctoritas* emanada da maioria. Retoma, neste ponto, as asseverações de Spinoza (retomadas por Tocqueville e Kelsen) às possibilidades e perigos da Multidão (SPINOZA, 2004: 203). Uma vez que a potência da coletividade é fundadora do Poder ao qual ela se submete, pela mesma é constituído, sendo, por conseguinte, base ontológica da Democracia *se e somente se* não frustrar sua própria potência, havida na autodeterminação, autonomia e liberdade do *indivíduo* e da *coletividade*, o que justifica uma instância contra-majoritária – a Corte Constitucional.

Todavia, conforme o argumento de Schmitt, esta guarda por operar uma sinédoque da Política pelo Direito, neutralizando qualquer verdadeira argumentação, usurpando a potência da soberania popular. Tal questão se presta como desafio a Jurisdição Constitucional - não deve haver efeito deletério sobre a Política e desconstruir o dialogismo democrático, isto

é, sua atividade discursiva não pode inviabilizar a própria Democracia que é sua fonte e causa primeira. Mostra-se premente, portanto, limitação discursiva à Corte Constitucional.

As decisões de uma Suprema Corte não podem subverter o Estado Democrático de Direito ao frustrarem a possibilidade de diálogo, a qual jaz no próprio *Tropo* da *Diaphónia* Moderno (LESSA, 2003: 19), avesso à epistemologia “democrática” de Schmitt. A subversão da dialogia democrática pode se dar de duas maneiras: a) discurso com recurso à Moral, porquanto, alheio à própria norma e b) irreflexiva aplicação repetida de recurso à maioria. Em ambos os casos verifica-se a absolutização epistemológica e axiológica, o que soçobra qualquer dialogia fundada no relativismo enquanto premente fundamento da Democracia, conforme asseveram Kelsen (2000: 178-182) e Habermas (1997: 242).

Como o presente estudo tratou de eventos hodiernos, experiências presentes e típicas de nosso *zeitgeist*, não pode asseverar conclusões definitivas. Contudo, apontam-se algumas saídas para que um monstruoso híbrido de Schmitt e Kelsen não usurpe nossas conquistas democráticas – o verdadeiro inimigo do Direito, adversário dos povos livres, não está no positivismo kelseneano nem no decisionismo schmittiano, mas em decisões arbitrárias travestidas de legalismo, o juiz que diz o que é a norma, o tirano de toga que subverte a própria causa de sua investidura. A não observação das balizas da Jurisdição Constitucional e o recurso à teses de Schmitt (em um locus de legalidade e legitimidade kelseneanas) só podem gerar monstros jurídicos anteriormente vistos nos piores momentos da humanidade – Promotor Geral Andrey Vyshinsky (na União Soviética sob Stalin), e o Magistrado Presidente do Volksgerichtshof Roland Freisler (no III Reich). Este, o mais infame juiz nazista, fazia valer os desideratos do partido com um verniz de legalidade (KOCH, 1997:27). Aquele, o mais feroz promotor do regime estalinista, deu juridicidade aos expurgos de Stalin (VAKSBERG: 1990). Ambos os casos servem para ilustrar o real perigo – o argumento da legalidade para neutralizar as críticas aos desmandos de um judiciário impulsionado pelas piores crenças políticas possíveis. Se for preciso escolher, em uma senda democrática, entre Kelsen e Schmitt, há de se optar pelo mestre de Viena, mas sempre de maneira crítica à Corte Constitucional, se valendo de Schmitt para salvaguardar o espaço do político, e apontando as limitações da Jurisdição Suprema para que não frustrate a sua própria causa – a Democracia.

Chegamos, então, à seguinte síntese: permitir que a “maioria” comande o espetáculo no campo das Cortes Constitucionais é de certo modo perigoso e temerário. O exercício da jurisdição constitucional ocorre em uma instância que pela sua própria natureza é contra-

majoritária. Isto não garante, no entanto, a escalção automática da minoria. Esta só entra em campo quando houver fundamento constitucional para a sua proteção. Já a moral é um jogador que não convém escalar no time da Jurisdição Constitucional. Uma única moral, ainda que majoritária e não convertida em norma positivada se utilizada em detrimento de regras jurídicas, terá o condão de oprimir aqueles que dela não compartilham. Partindo do pressuposto Schmittiano que a existência política escapa necessariamente às estruturas predeterminadas da normatividade, na qual é ausente qualquer fundamento transcendental (MARDER, 2010: 79), uma instância jurídica no *locus* político seria um contrassenso. Incontrolável e imprevisível seria a Jurisdição Constitucional orientada pela política. Por derradeiro, a noção de *auctoritas* é devesas importante no exercício da Jurisdição Constitucional, pois através dela é que o homem justifica o potencial poder sobre ele exercido e talvez aí a ideia de uma instância capaz de dar a última palavra sobre o que diz a Constituição faça algum sentido. E enquanto acreditarmos que há sentido, não se deve mexer neste time.

6. Referências Bibliográficas

- ALBERT, Hans. “Traktat über Kritische Vernunft”. Tübingen: Mohr Verlag. 1991.
- BARSHACK, Lior. “Constituent Power As Body: Outline Of A Constitutional Theology”. In. : *University of Toronto Law Journal* N.56. Toronto: University Press. 2006.
- BOBBIO, Norberto. “Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant”. Brasília: UnB. 1984.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. "Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik". In.: *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro. “Juizes legisladores?” Porto Alegre: Sergio A. Fabris, Editor, 1993.
- CUI, Zhiyuan “Introdução”. In.: *Política – Os Textos Centrais*. UNGER, Roberto Mangabeira. Santa Catarina: Editora Argos. 2001.

- ELSTER, Jon. “Régimen de mayorías e derechos individuales”. In.: *SHUTE, Stephen e HURLEY, Susan [Org.] De los derechos humanos..* Madrid: Editora Trotta. 1998.
- ELSTER, Jon. “Régimen de mayorías e derechos individuales”. In.: *SHUTE, Stephen e HURLEY, Susan [Org.] De los derechos humanos..* Madrid: Editora Trotta. 1998.
- EMPIRICUS, Sextus. “Pyrrhōneioi hypotypōseis”. In. *Outlines of Scepticism.* ANNAS, Julia [Org.]. Nova Iorque: Cambridge University Press. 2000.
- GERANGELOS, Peter A. “The Separation of Powers and Legislative Interference in Judicial Process Constitutional Principles and Limitations”. Portland: Hart Publishing. 2003.
- GOYARD-FABRE, Simone. “Filosofia Crítica e Razão Jurídica”. São Paulo: WMF Martins Fontes Editora. 2006.
- GOYARD-FABRE, Simone. “O Que é Democracia?” São Paulo: Editora Martins Fontes. 2003.
- GOYARD-FABRE, Simone. “Os Fundamentos da Ordem Jurídica” São Paulo: Editora Martins Fontes. 2002.
- HABERMAS, Jürgen. “Direito e Democracia: entre facticidade e validade. v. 2”. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- JANKÉLEVITCH, Vladimir. “O Paradoxo da Moral”. São Paulo: WMF Martins Fontes Editora. 2008.
- JØRGENSEN, Jørgen. “A Treatise of Formal Logic: Its Evolution and Main Branches with Its Relations to Mathematics and Philosophy”. Londres: Russel and Russel. 1962.
- KANT, Immanuel. “The Metaphysics of Morals”. In.: *Practical Philosophy.* Cambridge: Cambridge University Press. 1996.
- KELSEN, Hans. “A Democracia”. 2ª ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. “Teoria Pura do Direito”. São Paulo: Martins Fontes. 2003.
- KENT, Bonnie Dorrick. “Virtues of the will: the transformation of ethics in the late thirteenth century”. Nova Iorque: Catholic University of America Press. 1995.
- KOCH, H. W. “In the Name of the Volk: Political Justice in Hitler's Germany”. Nova

Iorque: Barnes & Noble. 1997.

LESSA, Renato. “Agonia, Aposta e Ceticismo: Ensaios de Filosofia Política” Belo Horizonte: Editora da Universidade Federal de Minas Gerais. 2003.

MARDER, Michael. “Groundless Existence: The Political Ontology of Carl Schmitt”. Londres / Nova Iorque: Continuum International Publishing Group. 2010.

NEGRI, Antonio. “Insurgencies: Constituent Power and the Modern State”. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999.

SCHMITT, Carl. “Teologia política”. In.: *SCHMITT, Carl. A crise da democracia Parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHMITT, Carl. “The Unknown Donos Cortés” In. *Telos*. N. 125. Telos Press. 2002.

SPINOZA, Benedictus de. “Tractatus Theologico-politicus – vol. III” Leiden: Gebhardt Edition. 2004.

VAKSBERG, Arkady. “Stalin's Prosecutor: The Life of Andrei Vyshinsky”. Nova Iorque: Grove Weidenfeld. 1990.

VILE, M. J. C. “Constitutionalism and the Separation of Powers”. Indianapolis: Liberty Fund. 1998.

WITTGENSTEIN, Ludwig. “Tractatus Logico-Philosophicus”. São Paulo: EdUSP. 2010.

WOLIN, Richard. “Carl Schmitt: l’existencialisme politique et l’État Total”. In. *Revue Les Temps Modernes* N. 523. Paris: Gallimard. 1990.