

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PUC-SP

Hugo Thomas de Araujo Albuquerque

A tensão entre a regra da maioria e a proteção de minorias na democracia
brasileira contemporânea

Mestrado em Direito

São Paulo
2016

Hugo Thomas de Araujo Albuquerque

A tensão entre a regra da maioria e a proteção de minorias na democracia
brasileira contemporânea

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como
exigência parcial para obtenção do título de MESTRE
em Direito sob a orientação do Professor Doutor Pedro
Estevam Alves Pinto Serrano.

São Paulo

2016

Banca Examinadora:

Aos meus queridos pais

O presente trabalho foi desenvolvido com o apoio bolsa de estudos do Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Nível Superior) do Ministério da Educação (modalidade “taxa flexível”) entre o primeiro semestre de 2014 e o segundo 2015.

RESUMO

O problema abordado em *A Tensão Entre a Regra Da Maioria e a Proteção das Minorias na Democracia Brasileira Contemporânea* se trata de um item caro ao Direito Constitucional pátrio, muito embora a Lei Maior de 1988 estabeleça um salutar sistema de direitos e garantias fundamentais voltado, inclusive, à proteção das minorias, mas ao mesmo tempo possui uma ordem política fundada no princípio majoritário. Tal paradoxo revela uma clivagem no interior do sistema constitucional, o que suscita várias questões: como um sistema político constitucional fundado em tal princípio pode ao mesmo tempo realizar os direitos das minorias? Ou, mais precisamente, o que são maiorias e minorias? Como podem se relacionar no seio de um regime democrático? O que seria uma democracia? Qual o papel do poder soberano? Levantar tais questões e suscitar possíveis caminhos de entendimento é objetivo da presente dissertação.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Maiorias e Minorias; Democracia; Poder Soberano; Diferença.

ABSTRACT

The problem addressed in the tension between majority rule and the protection of minorities in Brazilian Democracy Contemporary it is an very important issue for the brazilian Constitutional Law, even though the 1998 Brazilian Fundamental Law establishes a salutary rights system and warrants, including , protection of minorities, but, at the same time, it has a political order based on majority vote. This paradox reveals a cleavage within the constitutional system, which raises several questions: as a constitutional political system based on this principle can both realize the rights of minorities? Or, more accurately, what they are majorities and minorities? How can relate within a democratic regime? What would a democracy? What is the role of sovereign power? Raising such issues and raise possible ways of understanding is objective of this dissertation.

Keywords: Constitutional law; Majorities and Minorities; Democracy; Sovereign power; Difference.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
 CAPÍTULO 1 – O DIREITO ENQUANTO PALAVRA E O PROBLEMA DOS EVENTOS COMPLEXOS E ABSTRATOS.....	 15
1.1 O Direito enquanto Palavra e o Problema dos Eventos Complexos e Abstratos.....	16
1.2 Os Índices: Complexidade e Abstração, Simplicidade e Concretude.....	18
1.3 O Direito no Léxico.....	24
 CAPÍTULO 2 – CONCEITO DE DIREITO E DE CIÊNCIA DO DIREITO.....	 28
2.1 Direito e Normatividade.....	29
2.2 Direito e Subjetividade.....	30
2.3 Direito e Performatividade.....	36
2.4 Direito e Antagonismo.....	38
2.5 Direito e Binaridade.....	42
2.6 Conceito de Direito: Aspectos Gerais.....	43
 CAPÍTULO 3 – A CONSTITUIÇÃO, O DIREITO CONSTITUCIONAL E SUA CIÊNCIA.....	 45
3.1 O Estatuto de Possibilidade da Ciência do Direito.....	45
3.2 Conceito de Constituição.....	48
3.3 A Ciência do Direito Constitucional.....	56
 CAPÍTULO 4 – A DEMOCRACIA, AS MINORIAS E AS BASES CONSTITUCIONAIS DO PROBLEMA.....	 59
4.1 O Enigma da Democracia.....	60
4.2 O Estatuto Ontológico Jurídico das Minorias.....	64
 CAPÍTULO 5 – CONCEITO DE POVO E SOBERANIA POPULAR.....	 74
5.1 O Conceito Jurídico de Povo.....	75
5.2 Conceito Jurídico de Soberania.....	81

CAPÍTULO 6 – A PROTEÇÃO ÀS MINORIAS ENTRE A DEMOCRACIA E A SOBERANIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988.....	95
6.1 A Constituição de 1988 e Seu Contexto.....	97
6.2 Soberania, Democracia Direta e Representação na Constituição de 1988.....	103
6.3 Exercício Direto da Soberania.....	105
6.4 Soberania e Representação.....	113
6.5 O Poder Judiciário e a Soberania.....	120
CONCLUSÃO.....	125
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	130

INTRODUÇÃO

Estado de Direito, constitucionalismo e democracia se tornaram verdadeiros consensos na era global. Em apertada síntese, as noções de que os Estados devem existir em função das sociedades que os fundam e lhes dão sustentação, de que cabe às Constituições ordenar permanentemente tal função realizando direitos, em uma permanente atualização, e de que, por fim, a democracia, muito mais do que uma dada forma de governo, é a qualidade inerente à virtude no plano político são verdadeiros dogmas.

Tais certezas, contudo, esbarram na própria crise de legitimidade atual, a qual se manifestou antes da Grande Guerra e atualmente retorna na forma de variados sintomas, como asseveram com razão pensadores do porte de Giorgio Agamben (2004), Jacques Rancière (2014) e Antonio Negri (2005).

O esvaziamento dessa certeza e a forma como velhos sintomas aparecem suscitam certamente uma verdade incômoda: o fantasma do século XX é menos um episódio acidental e mais um defeito estrutural no projeto político da modernidade autorizada. A democracia, praticamente reduzida às noções de “soberania popular”, do instituto do sufrágio e como mera peça fixada nas normas formais da Constituição e das leis, parece fazer cada vez menos sentido.

Se a instância democrática é o universal da política, entretanto, ocorre uma insuficiência dessa possibilidade diante das demandas de maiorias e minorias, o que não implica na reivindicação de direitos no sentido estrito, mas nas próprias relações jurídicas que estruturam o exercício de poder e, consequentemente, o processo de construção da decisão política – o que é, evidentemente, uma questão constitucional.

A partir daí, é preciso colocar o problema: como enfrentar tal questão no plano constitucional brasileiro? Não é fácil, uma vez que a crise que percorre as democracias

globais, os regimes nos quais há “eleições livres”, chega ao Brasil em um momento no qual a própria democracia, sob tais critérios, ainda é muito nova e calcada em uma luta inclemente contra a Ditadura Militar (1964-1985).

No campo prático, é certo que a Constituição da República Federativa do Brasil, considerada uma Lei Fundamental de bem-estar tardia, apresenta de forma analítica e complexa tal pretensão comum às democracias existentes. Com disposições que compreendem direitos individuais, direitos sociais e os chamados direitos de terceira geração ou dimensão, a Constituição Brasileira é um bom objeto para travar a presente discussão.

O fato, contudo, é que a crise se apresenta no seio dessa Constituição: é preciso ir para além da explicação formal e recorrente que aponta, de maneira simplória, para o fato de que o problema não estaria na Constituição, mas sim na sua (falta de ou má) aplicação, uma vez que é preciso entender como as instituições dispostas por essa mesma Constituição não estão sendo, ironicamente, capazes de dar conta da aplicação dos direitos que ela mesma prevê – sobretudo do ponto de vista do jogo de maiorias e minorias, o qual não é menos misterioso: se a democracia está assentada no sufrágio e nas maiorias parlamentares (e mesmo colegiais, como ocorre na maior parte dos órgãos judiciários), qual seria o papel das minorias, se é que ele existe?

Um juízo igualmente fácil levaria a crer que na democracia não há espaço para o minoritário, justamente porque, do ponto de vista político, a comunidade é una e igual, o que implica em levar em conta a maioria, mas nada que não seja flexionado quando muitas vezes, nós mesmos nos confrontamos com uma situação em que estamos sob o poder, em desvantagem numérica.

De tal sorte, a aparente perfeição de tal juízo esbarra em um problema óbvio: uma vez que a vontade da maioria prepondera, o que fazer com aqueles que são minoritários, mas não têm – e nunca tiveram – poder, voz ou representação (sobretudo quando são, ou podem ser, nós mesmos)? Aqueles desviantes que jamais foram

beneficiados pela clemência plebeia? Quem protegeria os ciganos, os judeus, os escravos, os índios ou as mulheres do juízo oriundo do consenso dos “muitos” corporificados na vontade estatal expressa pela decisão.

E como não pensar, a partir daí, que, se há minorias, e isto é relevante do ponto de vista do Direito Constitucional, a questão da multiplicidade no coletivo está posta e incide sobre as nossas múltiplas facetas: o gênero, a cor da pele, a etnia, a orientação sexual, a idade, a classe social etc. Raramente algum de nós o é, em seus múltiplos aspectos e inconstâncias, completamente o padrão. E ser desvio do padrão implica em necessidades e desejos igualmente singulares e legítimos.

O paradoxo em questão torna o jogo mais complexo, o que exige um estudo cuidadoso das variáveis, passo a passo. Assim sendo, a presente dissertação, no “Capítulo 1 – O Direito Enquanto Palavra e o Problema dos Eventos Complexos e Abstratos”, trata do próprio significado da palavra “Direito”, não pelo viés do encontro de uma essência cristalizada e perfeita, mas da certeza de que há na própria incerteza do termo, em suas muitas acepções e apreensões – e o que o Direito designa como evento, como aparição efetiva, e sua relação de implicação com o termo.

No “Capítulo 2 – Conceito de Direito e de Ciência do Direito”, estabelecemos o sentido próprio de Direito empregado na dissertação, assentando suas principais propriedades; por meio de uma explanação complexa, abordando os principais aspectos teóricos e práticos do fenômeno, o que tem implicações objetivas nos capítulos seguintes: se toda imaginação é imaginação do real – e real enquanto imaginação – como nos ensina Espinosa (2008), o equívoco está, na verdade, em confundir [a essência objetiva de] uma imagem com o real, o que determina não fazer uma teoria binária entre o real e o imaginário, mas, ao contrário, uma teoria que permita saber o estatuto e o lugar de ambos, inclusive de produção do real pela imaginação e da imaginação pelo real. Isto é, entender tal fenômeno não como efeito social, econômico ou político da norma jurídica constitucional, mas como realidade dinâmica interna e inerente à norma no contexto – o

que exige uma derradeira missão epistemológica para determinar a possibilidade de uma Ciência do Direito e qual a sua função.

No “Capítulo 3 – A Constituição, o Direito Constitucional e sua Ciência” abordamos precisamente a singularidade, especificidade e autonomia do Direito Constitucional como ramo do saber na modernidade; como se encadeiam os aspectos mais gerais do conceito de Direito no campo constitucional e no que, do ponto de vista da Constituição, isso implica. O que significa o fato dos textos constitucionais contemporâneos, por força da dinâmica do processo histórico desencadeado a partir da Revolução Francesa, terem sido conduzidos à centralidade no entendimento e realização do Direito? Além de serem o elemento supremo dos sistemas jurídicos, também são a parte indispensável no projeto arquitetônico dos sistemas normativos – bastante complexos, por sinal – na forma do qual o fenômeno jurídico tem se apresentado. Ainda, o que explicaria as dinâmicas constitucionais de mutação constitucional e o próprio processo de sucessão de ordens constitucionais no tempo? Se algo que é feito para ser eterno, tem justamente por característica a mudança, o que poderia explicar tal paradoxo? Uma Ciência do Direito Constitucional, sob esse aspecto, é o próprio entendimento das funções entre as normas jurídicas constituintes, portanto, fazê-la é se questionar sobre o que implica a própria arquitetura jurídica.

No “Capítulo 4 – A Democracia, As Minorias e As Bases Constitucionais do Problema”, partimos para o estudo do enigma democrático e no que isso implica, não por um viés meramente formal, mas tendo em vista o devir que acarreta; assim é possível encontrar o lugar ontológico jurídico das minorias no campo Constitucional. A realidade da democracia como projeto inacabado, e em constante aperfeiçoamento, suscita, pois, o choque a que fizemos referência inicialmente: o assombro de que ela pode ser uma quimera. Se a democracia inclui grupos excluídos, mas essa inclusão não cessa, e o processo é sempre marcado por acidentes, sobre o qual incidem forças de ação e reação, então o que isso nos diria do ponto de vista normativo? Serviria, então, a Constituição –

na sua acepção moderna, que toma a forma de contrato – para conter a democracia, ao passo que se vale da potência que empresta aos processos políticos? Para ir além das variadas acepções de maiorias e minorias estabelecidas, é preciso apresentar as problematizações que a filosofia contemporânea traz para essa discussão: a minoria como singularidade feita de singularidades em certa perspectiva; um elemento de contraponto à normalidade socioeconômica e cultural, entendimento para o qual a obra de Deleuze e Guattari nos é cara e fundamental; em outras palavras, qual a diferença intensiva – a diferença por ela mesma, sem hierarquizações – que nos permite definir um grupo como minoritário?

No “Capítulo 5–O Conceito de Povo e Soberania Popular”, passamos pelo polo oposto ao discutido no capítulo anterior, qual seja da própria maneira que a Constituição organiza as estruturas políticas de Estado e como isso, por seu turno, se relaciona com o examinado no capítulo imediatamente anterior. Em ambos os casos, desse capítulo como no do anterior, fazemos uso tanto do método genealógico¹ (NIETZSCHE, 2009), isto é, literalmente, a “ciência das sementes”, não equivale a uma técnica de descoberta e interpretação da essência das coisas – uma hermenêutica –, mas sim consiste em um exame da potência originária dos elementos.

Já o “Capítulo 6 – A Proteção às Minorias entre a Democracia e a Soberania na Ordem Constitucional de 1988” consiste, não por acaso, no mais longo dos capítulos, pois ele passa justamente pela questão do contraste entre os dois polos, os dois motores distintos e ao mesmo tempo pareados na forma da Constituição escrita. É preciso entender como tais polos se ajustam e se conflitam no plano constitucional.

Tudo isso, inclusive o encadeamento crescente entre os capítulos, serve para

¹ O que nos leva a contornar certos equívocos, como as variadas formas de essencialismo e de historicismo, as quais conduzem, por diferentes veredas, à mesma ilusão de ótica: a indiferenciação entre o que é próprio e o que é accidental, a ignorância das causas de mutação e transformação e, por conseguinte, a incapacidade de analisar para onde aponta ou pode apontar cada projeto. É como se os referidos enganos nos induzissem a pensar uma semente que trouxesse, desde já, a ideia de planta crescida já pronta, inscrita em sua essência, a despeito dos fatores que viessem a incidir sobre seu crescimento – ou pior, sementes destinadas a gerar os galhos da planta exatamente como vieram a ser.

gerar o clímax dessa disputa e mostrar como isso, muito longe de ser um mero acidente, seja do Brasil ou da democracia contemporânea, se constitui em um traço indelével da modernidade, que precisa não só ser entendido como demonstrado.

CAPÍTULO 1 – O DIREITO ENQUANTO PALAVRA E O PROBLEMA DOS EVENTOS COMPLEXOS E ABSTRATOS

A definição precisa do termo “Direito” é alvo de inúmeras polêmicas, discussões e até confusões. Contudo, tal incerteza, paradoxalmente, mais revela do que esconde – do mesmo modo que o dia nublado revela, por sua obscuridade, a condição climática. Em outras palavras, a ausência de um consenso corrente em torno do termo “Direito” ocorre porque, *a priori*, são muitas as impressões, opiniões e razões a respeito do seu sentido. Não poderia ser diferente: como asseveram Bobbio e Matteucci ainda na introdução do clássico *Dicionário de Política* (1998), “a linguagem política é notoriamente ambígua”, mas isto se deve menos à falta de rigor da Ciência Política existente, como acreditam aqueles autores, e mais à natureza conflituosa da pólis na qual o Direito não deixa de estar envolto, embora se pretenda (e até seja) uma das soluções para ela. A palavra, “instrumento político por excelência” (VERNANT, 2002, p. 53), desde a Grécia antiga, mora, nasce e subsiste no conflito na praça pública ou em esferas correlatas ao longo do tempo, sendo os termos que lhe são próprios condenados a uma plurivocidade radical.

Portanto, a multiplicidade de verdades a respeito do Direito, contudo, não o joga em um vazio de indeterminação, mas, ao contrário, expressa sua verdade múltipla, pois múltiplas são as pretensões que incidem na sua criação, entendimento e efetuação, o que dá pistas sobre seu sentido conceitual. Estabelecer um sentido razoável para o emprego do termo, portanto, é tarefa basilar para fixar parâmetros para a consecução de um conceito coeso e, assim, possibilitar qualquer investigação jurídica sólida.

Tais constatações a respeito de sua obscuridade inicial nos dão pistas sobre como chegar ao que interessa, que não é uma revelação mística e incontornável de um significado essencial, mas o fruto de um processo de investigação da natureza física e material da construção e subsistência da palavra: uma vez que “o conceito diz o acontecimento, não a essência ou a coisa” (DELEUZE; GUATTARI, 2010-b, p. 29). Como sustenta Maria Helena Diniz, ainda que achar o conceito de Direito seja um “suposto da ciência do direito”, pertencendo à seara da ontologia jurídica, é preciso desenvolvê-lo, pois, sem um conceito de Direito satisfatório, qualquer tentativa de se fazer uma Ciência do Direito – aqui, do Direito Constitucional – restará fracassada (2008, p. 3-9); a ciência ficará entre a falta de coesão terminológica.

Porém, antes de chegarmos ao conceito de Direito, que é da ordem do pensamento, é preciso determinar o Direito enquanto *palavra* (escrita ou falada), o que é da ordem da linguagem e inerente às contingências históricas e políticas. Cada palavra é uma tentativa de expressar um evento ou acontecimento,² sendo que este resulta de uma *apreensão corpórea* (isto é, sensível e intelectual) por parte de um sujeito real e corpóreo em relação com outrem (ESPINOSA, 2010, p.161); seja direta ou indiretamente, o evento ou acontecimento afeta o corpo do sujeito, sendo a palavra um esforço realizado no campo da linguagem para enunciá-lo, consistindo em um efeito determinado e determinante de tal processo. Tal sujeito, é necessário sublinhar, vive na História, e não isolado na realidade.

1.1 O Direito enquanto Palavra e o Problema dos Eventos Complexos e Abstratos

Palavras são produtos da *imaginação* – no sentido que Espinosa as usa – dessas relações (ESPINOSA, 2010, p. 181).³ Elas decorrem de eventos concretos e os sobredeterminam. Não há, a rigor, um problema em reconhecer que as palavras possuam limites, muito pelo contrário, tampouco isso consiste em uma imperfeição – ou melhor, a ideia de imperfeição de um termo decorre da falsa expectativa de que elas poderiam ser absolutas na descrição dos eventos: as palavras só poderiam ser imperfeitas se pudessem expressar absolutamente a realidade, o que é um equívoco – a escolha deste ou daquele termo, portanto, varia conforme os graus de certeza em um dado contexto, não por qualquer expectativa de perfeição enquanto absoluto (ESPINOSA, 2004, p. 79).⁴ Mesmo

2 “Evento” e “acontecimento” são sinônimos neste sentido, uma vez que são a tradução portuguesa do francês “*événement*” na filosofia contemporânea.

3 Espinosa, que era polidor de lentes por ofício depois de sofrer o *herem* (anátema) do Conselho da Sinagoga, dá particular valor à teoria das imagens, coisa que absorve de Averróis: e não é uma teoria das imagens aritmética ou meramente ótica, ao contrário, a imagem é justamente como o homem apreende a realidade objetiva e a explica, sendo, portanto, fenômeno ontológico. É, pois, fenômeno da mente que está em unidade com o corpo. A imaginação nos permite conhecer e explicar, conhecer suas regras e princípios, nos permite conhecer e entender o conhecimento devidamente, ao contrário de acreditar em uma razão pura e transcendente. A realidade chega e é reproduzida em graus. A forma que se dá a imaginação aumenta e diminui a potência de agir, e mesmo que se refira a uma ilusão, tem efeitos objetivos (preposição 13 da Terceira Parte da *Ética*).

4 No *Tratado da Correção do Intelecto*, Espinosa chega a esta conclusão ao analisar as Escrituras Sagradas: “Enfim, se se encontram outras coisas nas Santas Escrituras que suscitem embaraços, este não é o lugar para explicá-los (...) pois a verdade não contraria a verdade, e as Escrituras não podem ensinar tolices como aquelas que o vulgo imagina”. Trata-se de outro averroísmo presente no sistema espinosano, semelhante àquele que o pensador árabe chega ao *Tratado da Filosofia e da Teologia* (AVERRÓIS, 2015 [1921]), no

a má palavra – ou a má narração –, seja por deficiência técnica, seja por intenção – em ser mentirosa ou ficcional –, nos ajuda a conhecer, sobretudo quando estabelecemos quais são suas regras e princípios e até onde vão seus limites.

A palavra falada antagoniza a palavra escrita, uma vez que a segunda sistematiza e cristaliza a primeira – ou pelo menos o pretende –, enquanto a primeira está em constante fluência: de sotaque, de tom, de cadência, de gírias e falares regionais (e, portanto, particulares) que se tornam logo mais a própria generalidade ou pura transformação. Ocorre entre as duas formas de palavra um bailado no qual ambas se implicam mutuamente (ESPINOSA, 2004, p. 50);⁵ não fosse assim, não haveria o surgimento de novas línguas – como as muitas derivações do latim, dentre as quais esta língua – ou a necessidade de constantes reformas ortográficas ou gramaticais que se realizam, periodicamente, pela necessidade imposta pelos fatos.

Não há palavra sem evento – embora o contrário seja perfeitamente possível, uma vez que é possível a mudez ou a incompreensão –, sendo que os eventos decorrem do encontro dos corpos. A relação na qual pode ser expresso o evento, portanto, é entre os corpos que se afetam imediatamente ou não. A palavra, logo, é produto produzido, mas é, também, produto produtor, uma vez que intervém na realidade.

As palavras – sobretudo aquelas que nomeiam – são fruto de sujeitos que, na imanência e sob a ação de outros corpos sobre seu (e de seu corpo sobre outros): por isso é possível dizer que algo é bem ou mal definido, que as coisas possuem um núcleo objetivo, uma vez que o grau de perfeição entre a projeção e o projetado nos permite

qual prega a não contradição entre verdades filosóficas e teológicas, pois cada uma é construída em um regime próprio. Isto quer dizer que uma palavra ou narrativa, sejam da natureza que forem, ensinam ou podem ensinar de algum modo. Não existe perfeição absoluta na linguagem – no sentido de haver coincidência ontológica entre palavra e ser –, nem imperfeição que impeça o conhecimento em absoluto. 5 Novamente recorremos ao *Tratado da Correção do Intelecto*: “Mas como é o vulgo que encontra primeiro as palavras que os filósofos empregam depois, cabe àquele que procura a significação primeira de uma palavra perguntar o que esta significou primeiro para o vulgo, sobretudo na ausência de outras causas que poderiam ser tiradas da própria natureza da linguagem para fazer tal investigação” – em outras palavras, o filósofo, ou mesmo o cientista ou o técnico, emprega a palavra e lhe dá sentidos mais próprios e precisos, muito embora sejam as pessoas comuns que deem vida à linguagem na experiência e, também, lhe promovam mudanças. Os variados sábios e intelectuais, contudo, estão em função das pessoas comuns e sua prática, não havendo uma hierarquia de notáveis. O avanço das línguas neolatinas sobre o que era, ou deveria ser, o latim é um fenômeno dos mais ilustrativos.

alterar e intervir na realidade com mais ou menos eficiência; o fato de se dizer que, ao nível do mar, a água ferve a 100° C é parte disso. A linguagem, portanto, se faz em um contexto físico, e os termos abstratos são instrumentos para gerar condutas e ordenar a vida; sua criação, expressão e formas de efetivação são uma esfera particularmente esplendorosa, misteriosa e, ao mesmo tempo, assombrosa.

A ciência da palavra permite aos humanos entender não apenas o sentido das coisas, mas os acidentes que as produziram – o que serve de índice para a determinação do seu conceito. Por seu turno, a palavra “Direito” se apresenta como um item enormemente difícil de delimitar; portanto, procederemos no exame dos índices pelos quais optamos para examinar fenômenos enunciados – ou enunciáveis – em palavras. Esmiuçar isto nos permite chegar com mais precisão ao conceito que buscamos.

Qualquer palavra se encontra aparentemente submetida à ordem da ambivalência, da equivocidade e da vagueza, mas é certo que (i) existem parâmetros mínimos que, ao menos, balizam o seu significado – dentro de certas coordenadas e (ii) é também igualmente correto que *a polissemia aumenta à medida que seja mais complexo e abstrato o evento* – em si mesmo e no contexto da relação na qual eles apareçam; nenhuma palavra – quando busca enunciar um evento – detém um grau zero de expressão sobre o que busca expressar, mas tampouco existe uma palavra totalmente fiel ao que expressa – senão a palavra seria o próprio acontecimento. O elemento que nos permite aferir isto é o *conceito*, o qual é da ordem do pensamento e não da linguagem.

1.2 Os Índices: Complexidade e Abstração, Simplicidade e Concretude

Complexidade e abstração – bem como seus antônimos, simplicidade e concretude – são índices que remetem, respectivamente, à **quantidade** de efeitos que um ser expressa de tal forma e à **qualidade** de sua apresentação. Diz-se que algo é complexo quando múltiplos são os efeitos que dele resultam, em escala sensorial e inteligível, sendo abstrato quando a manifestação dos mesmos efeitos não é direta, uma vez que não é corpóreo – isto é, não incide enquanto ele mesmo sobre certo corpo como, por exemplo, as horas, os algarismos ou as normas de qualquer ordem, inclusive jurídicas.

Complexidade e simplicidade remetem a uma relação sensível e inteligível, apresentando uma variação quantitativa, portanto, da ordem da extensão e às coordenadas

dos efeitos de certo evento. Concretude e abstração, por seu turno, se relacionam à maneira de apresentação *física* do evento que dá causa a uma palavra, logo, tem caráter intensivo no que diz respeito à enunciação na forma de uma palavra, sendo a concretude aquilo que existe a partir do mundo para os nossos corpos, enquanto o segundo vai da nossa mente (que está em unidade com a nossa mente) para o mundo – ideias, conceitos, noções, símbolos etc.

A propósito, quando suscitamos a existência de efeitos é porque, antes, o evento do qual derivou certa palavra é dotado de *potência de afetar*⁶ – e nada, por certo, afeta em abstrato, mas sempre em concreto, sendo que a diferença entre o concreto e o abstrato é que o primeiro afeta por si, enquanto o segundo, pelas relações causais que desencadeia; as horas, por exemplo, não existem de forma concreta, mas ensejam determinados comportamentos humanos que se dão em função delas – e as normas jurídicas, a nosso ver, são tipos da mesma espécie.

E eis a questão da *potência de afetar*: é a própria capacidade de um corpo inscrever diferença em outro. É fato, contudo, que quanto mais próximo, mais um corpo nos afeta, não porque mude sua potência de afetar em si, mas porque à medida que se afasta mais perca a capacidade de nos afetar, isto é, em relação, o que pode ser determinado em graus – as estrelas no céu, muitas delas mais luminosas e quentes do que o Sol, só nos afetam pela emissão luz de forma muito tênue, somente perceptível à noite, o que não quer dizer que tenham em si menos potência de afetar do que o Sol, mas porque naquele contexto sim; é no contexto, entretanto, que determinado acontecimento será enunciado e poderá ser pensado.

A potência de afetar, portanto, no plano da sua efetivação, varia conforme a distância que o corpo afetante está do corpo afetado. Isto modula o quanto e como, não como ele se efetua, mas o quanto e como ele se efetiva, quer dizer, gera efeitos. O *afeto*

6 Como postula Espinosa nas “Definições” da Parte III da *Ética* (A Origem e a Natureza dos Afetos): “Por afeto compreendo as afecções do corpo, pelas quais sua potência de agir é aumentada ou diminuída, estimulada ou refreada, e, ao mesmo tempo, as ideias dessas afecções. Explicação. Assim, quando podemos ser a causa adequada dessas afecções, por afeto compreendo, então, uma ação; em caso contrário, uma paixão” (2010, p. 163).

é a *geração de diferença* no encontro (de um corpo sobre o outro), enquanto o *efeito* é a *diferença gerada* nesta relação (ESPINOSA, 2010).

Desse modo, se vê que as coisas da natureza, como o ar, a água, o chão, as pedras, o céu, o Sol, a Lua, a chuva, a nuvem, a árvore ou, até mesmo, os objetos técnicos mais recorrentes, como a casa, a roupa, os pratos, os talheres, os copos, são facilmente explicáveis e há pouco equívocos sobre eles, possuindo pouquíssimas divergências quanto ao seu significado, pois sua existência – ou sua própria criação e utilização – se dá em relação ao homem de uma maneira simples e concreta.

Ainda que o Sol esteja distante dos nossos corpos, e seja uma máquina extremamente complexa, sua grandeza e potência nos afetam de maneira recorrente e inequívoca por meio, anote-se, de uma simples e concreto processo de irradiação de luz e calor– sentimos, e o resultado se perfaz pela experiência, gerando efeitos simples como “aquecer”, “iluminar” ou, eventualmente, “tostar”. Esta “simplicidade” corresponde à reduzida faixa de variação, quer dizer, os efeitos principais pelos quais o corpo solar os afeta (esquenta, ilumina etc.); a concretude, pela maneira imediatamente física como isto ocorre, quer dizer, a incidência direta que faz com que não necessitamos de um maior esforço de imaginação – seja no sentido de fabular ou conjecturar racionalmente – para entendê-la.

A distância do Sol até nós é, por seu turno, compensada pela grandiosidade de sua potência, o que é o oposto à existência de um pequeno ácaro, que mesmo a centímetros de distância de qualquer um de nós é menos explicável do que o Sol, dado que sua *potência de afetar* é reduzida a ponto de não nos fazer diferença alguma. Tampouco se trata de uma simples relação quantitativa entre a potência magnânima do Sol e a insignificância do ácaro, mas da intensidade do evento entre nosso corpo e ambos pela maneira como cada um destes corpos nos afeta. O evento, pois, é corpóreo, empírico e intensivo.

Mas também é certo que nem tudo aquilo que se diz simples é concreto. Um número, mais especificamente, um *algarismo*, é algo muito simples e puramente abstrato. Um algarismo romano é mais complexo do que um algarismo indo-arábico, talvez por isso o segundo prevaleceu sobre o primeiro com larga vantagem. A existência de algo como um *algarismo* gerou uma revolução no entendimento humano: uma vez que é mais simples do que a linguagem escrita, ele é mais facilmente compreensível e reproduzível,

enquanto seu alto grau de abstração permite que se relacione e ordene conjuntos vastos e complexos.

Tampouco o concreto é, necessariamente, simples: vide os fatos sociais, por exemplo. Um ônibus lotado ou a fome fazem mais sentido para os pobres, pois a proximidade de tais fenômenos lhes permite defini-los de forma mais clara e distinta do que um *rico* – que, ou jamais os viu, ou os testemunhou de forma mediada, ou não recorrente – ou um *burocrata*, que os reduz a dados estatísticos por formação. Ônibus lotado e fome têm, portanto, um significado mais preciso para um pobre do que para um rico, seja em virtude da experimentação ou do testemunho. Para alguns, embora falemos de fenômenos concretos, a distância deles de alguns de nós produz *ilusões* como a que faz, pela experiência prática, pensarmos que o Sol é mais potente do que qualquer estrela – uma ilusão que afeta o plano da formação da palavra, mas sua entonação, seu significado: o sentimento de uma pessoa que já passou fome, ao pronunciar esta palavra, é diferente daquele que sente quem só esteve em risco, de quem só ocasionalmente foi vítima disso ou de quem nunca experimentou tal condição.

Mesmo os fatos que em si são concretos – o ônibus lotado, a fome etc. – podem ser abstratos para aqueles que não tiveram tal experiência. Não é que a concretude de um ente só se dê na experiência, mas como aquilo que nos interessa são as relações, muitas vezes a apreensão sensível – e a partir dela, racional – do sujeito em relação a um objeto concreto pode ser de modo abstrato – pois a natureza do segundo é apreendida como abstrata, em graus variados. Há, contudo, uma diferença enormíssima entre o ente concreto que se apresenta abstratamente e o ente abstrato, pois o primeiro detém a potência de se relacionar concretamente, enquanto o ente abstrato jamais o terá: a fome ou o ônibus lotado podem terminar por se apresentar concretamente ao sujeito que os desconhece, seja por experiência pura ou testemunho, mas as horas jamais serão concretas, exigindo sempre esforço intelectual e teórico – embora os efeitos de qualquer relação sejam sempre concretos, estejamos falando de algo concreto ou abstrato (inclusive de delírios, quimeras etc.).

Assim, efetuando a delimitação suscitada, a simplicidade/complexidade equivale à quantidade dos efeitos produzidos por um corpo sobre outro, enquanto a concretude/abstração é da ordem da qualidade destes, isto é, sob qual condição física se encontram? O Sol certamente é uma máquina mais intrincada do que a bolsa de valores,

mas seu impacto sobre nossas vidas é mais direto e objetivo do que se houver uma queda de mil pontos no próximo pregão. Retornando, a simplicidade/complexidade ou concretude/abstração está *na relação* e não nos entes envolvidos, muito embora a complexidade de cada um possa gerar relações mais complexas, mas não necessariamente.

O evento complexo e abstrato é aquilo que (i) incide ou resulta de maneiras múltiplas – até mesmo com diferentes efeitos individuais, o que confrontado com um entendimento produzido de forma comum gera uma zona de dúvida e (ii) o faz mediante exercício imaginário, muitas vezes como ensejador de condutas voluntárias, sujeitando deliberadamente – as horas, as cifras da bolsa de valores, o valor monetário etc. não existem “em si”, mas operam efeitos mentais que levam a comportamentos heterônomos bastante concretos.

A combinação entre o que é, ao mesmo tempo, complexo e abstrato é o mistério em questão, pois equivale à combinação perfeita que nos leva a pensar muitas coisas, uma vez que são muitos os efeitos, e estes ocorrem em dobro – o efeito que nos obriga a imaginar é aquele que não só não se realiza de imediato no tempo como, ainda, tem um efeito de entrada, como é apreendido, e o que ele faz fazer.

Por todo o exposto, percebe-se que o Direito corresponde a um fenômeno complexo – pois seus efeitos percebidos são múltiplos, multidimensionais e variados – e abstratos – uma vez que se trata de um fenômeno incorpóreo, cuja origem remete ao gênio humano, e os efeitos de sua prática são indiretos, isto é, ensinam a coordenação de condutas outras que o realizam. Daí, a palavra “Direito” possuir tamanha *faixa de variação semântica*.

O termo “Direito” é equívoco – no sentido de seu significado variar em uma faixa ampla – em primeiro lugar, porque sua enunciação por si só não pressupõe apenas alguns efeitos – iluminar, aquecer etc. –, mas uma série de outras questões: libertar, prender, obrigar, permitir, facultar, eventualmente condenar à morte, assegurar etc. Muitos verbos podem estar associados a este sujeito, isto é, isto pode fazer muitas coisas. Quais coisas? O Direito não é tátil, não podemos agarrá-lo, assim como não podemos agarrar as horas, os sonhos; sua incorporeidade, entretanto, não impede que ele não inscreva marcas nos nossos corpos – interna e externamente.

Lidar com esse problema é como pensar em uma divindade, cujas propriedades são enormes e variadas, mas ela não esteja associada a algo da natureza, uma aparência, uma face, embora certos símbolos permitam dar pistas de sua presença misteriosa. O Direito é essa presença misteriosa, que se manifesta em certos ritos, palavras, vestes, uma certa mímica etc. Portanto, é natural que os homens divirjam a respeito dele, por entendimento ou variadas pretensões – ou pretensões variadas justamente por serem tantos os entendimentos a respeito de sua natureza –, mas retornemos à questão inicial sobre o Direito: *a multiplicidade de verdades é sempre a verdade múltipla*.

O Direito não é, contudo, fruto de uma operação mental realizada por um sujeito transcendente, isolado *a priori*, que a partir do acesso – que teria por qualquer motivo – à reta razão o decifra e o realiza; tampouco o Direito é fruto da linguagem como item transcendente e alheio à física dos corpos: muito pelo contrário, o mistério do Direito está no fato dele ser incorpóreo, sem forma ou matéria própria, paradoxalmente manifestado por práticas rituais formais, o qual se manifesta justamente pela possibilidade dos maus encontros entre os corpos humanos em coletividade; o homem, às voltas com o paradoxo entre suas necessidades gregárias e de a se realizar enquanto singularidade, diante da necessidade de bons encontros e a contingência dos maus encontros, elabora o Direito.

Não há como pensar o Direito *a priori* no campo da razão – pura ou instrumental – ou da linguagem – como instância superior ou transcendente – à concretude das relações coletivas: no lugar de uma lógica ou uma ética, o Direito deriva e se desdobra da *física dos corpos humanos na práxis coletiva*. Se Platão cria a Filosofia como, dentre outras coisas, uma esfera de saber que permite aos seres humanos selecionarem as pretensões corretas no campo da pólis – que é de disputa permanente –, o Direito surge e se impõe como algo possível para se efetivar tais necessidades.

A produção e efetivação do Direito se dão não só em virtude da comunidade humana ser uma esfera conflitiva, mas também se fazem de maneira igualmente conflitiva. A partir daí o problema de sua definição – ou fixação do seu campo de variância semântica – é duplo, pois, além de todas as questões que envolvem termos complexos e abstratos, sua particular natureza, forma de elaboração e efetivação criam um campo de interferência e confusão sobre si mesmo: se o Direito se perfaz em disputa de pretensões políticas (que expressam o puramente político, mas também o interesse social, econômico, cultural etc.).

O problema do Direito permanece. Mas vamos tecer uma classificação possível. A partir de seus equívocos (i) próprios e (ii) impróprios e, também, das suas acepções históricas.

1.3 O Direito no Léxico

Há confusões impróprias acerca do termo “Direito”, isto é, mal-entendidos quenada têm a ver com a sua complexidade própria, mas com usos equívocos de sentidos seus, o que pode ser demonstrado por uma rápida análise de dicionário:⁷

direito1

di.rei.to1

adj (latdirectu) 1 Que segue ou se estende em linha reta; reto; direito: **Caminho direito**. 2 Que não é curvo: **Pau direito**. 3 Plano, liso, desempenado: **Tábua direita**. 4 Vertical, apumado: **A Torre de Pisa não é direita**. 5 Diz-se do lado do corpo humano no qual, normalmente, os músculos são mais ágeis e os membros mais destros; da parte simétrica de um órgão duplo, que se acha nesse lado; da parte do coração, que compreende a aurícula e o ventrículo direitos: **O fígado está no lado direito do corpo humano**. **Rim direito**. **Coração direito**. 6 Correto, justo, honrado, íntegro: **Homem direito**. 7 Justo, razoável, legítimo.

direito2

di.rei.to2

sm1 O que é justo e conforme com a lei e a justiça. 2 Faculdade legal de praticar ou não praticar um ato. 3 **Dir** Ciência das normas obrigatórias que disciplinam as relações dos homens numa sociedade; jurisprudência. Possui inúmeras ramificações. 4 Prerrogativa, privilégio. 5 Taxa, imposto, tributo: **Direitos alfandegários**. 6 O lado principal, ou mais perfeito de um tecido, por oposição ao avesso. 7 Murro ou golpe do braço direito no boxe. **adv1** Em linha reta, sem desvio: **Este caminho vai direito à fonte**. 2 Acertadamente: **Não pensou direito**. **D. adjetivo:** a) conjunto das leis que estabelecem a forma pela qual se deve fazer valer os direitos; b) conjunto das leis reguladoras dos atos judiciais, também chamado **direito judiciário**, **direito processual**. **D. administrativo:** parte do direito que fixa a organização e determina a competência das autoridades encarregadas de executar a lei, e que indica aos indivíduos os remédios para a defesa de seus direitos contra essas autoridades. **D. aéreo:** conjunto de normas e preceitos, de caráter internacional, que regulam a navegação e transporte aéreos. **D. a um lugar ao sol:** alegação de quem espera ou

7 Conteúdo disponível no *Dicionário de Língua Portuguesa Michaelis/Melhoramentos* em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

pleiteia algo que a outros é facultado. **D. autoral:** “direito exclusivo que tem o autor de obra literária, científica ou artística, de a reproduzir e explorar economicamente enquanto viver, transmitindo-o a seus herdeiros e sucessores, com o prazo de sessenta anos, a contar da data de seu falecimento” (Pedro Nunes). **D. canônico:** a) conjunto de decisões ou cânones emanados dos concílios para o governo da Igreja Católica; b) conjunto das leis eclesiásticas para o governo de uma igreja cristã. **D. civil:** ramo do direito privado que regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações. Subdivide-se em **direito de família**, **direito das coisas**, **direito das obrigações** e **direito das sucessões**. **D. comercial:** complexo de normas que determinam os direitos e deveres referentes às transações comerciais. **D. constitucional:** ramo do direito público interno, que trata da organização política do Estado, da sua forma de governo, dos poderes que o constituem, suas funções e atribuições, bem como dos direitos e deveres essenciais do cidadão. **D. criminal:** parte do direito que define as infrações, quer do direito privado, quer do público, e estabelece as sanções correspondentes a cada uma delas. **D. das coisas:** “complexo de normas que regulam as relações jurídicas existentes entre as pessoas e os bens corpóreos e imateriais, que podem ser objeto de apropriação ou utilização pelo homem” (Pedro Nunes). **D. das gentes:** conjunto de normas que definem os direitos das nações em suas relações entre si e dos indivíduos em suas relações com Estados estrangeiros ou entre si quando se trata de questões internacionais; também chamado **direito internacional**. **D. das obrigações:** “conjunto das relações de direito patrimonial que estabelecem os vínculos de uma pessoa a outra, pelo dever jurídico de dar, fazer ou não fazer qualquer coisa” (Pedro Nunes). **D. das sucessões:** “complexo de normas que regulam a transmissão do patrimônio da pessoa falecida àquelas a que este deve ser legitimamente atribuído, a qualquer título” (Pedro Nunes). **D. de acesso, Inform:** permissão para um usuário específico acessar um arquivo ou dado particular. **D. de família:** “complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela” (Clóvis Beviláqua). **D. de propriedade:** faculdade que o homem tem, por direito, de aplicar à conservação da sua existência e ao melhoramento de sua condição tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu e de que pode portanto dispor livremente. **D. internacional:** o mesmo que **direito das gentes**. **D. privado:** parte do direito que regula as relações dos indivíduos entre si. **D. público:** parte do direito que regula as relações entre o Estado e os indivíduos. **D. público externo:** “o que é compreendido pelo conjunto do direito internacional privado” (Pedro Nunes). **D. público interno:** “ramo do direito público que regula as relações recíprocas do Estado com seus nacionais, ou com as pessoas particulares, naturais ou jurídicas, localizadas no seu território” (Pedro Nunes). **D. romano:** sistema legal que regulava as relações jurídicas do povo na Roma antiga. Tem servido de fonte ao direito civil da maioria dos países civilizados. **D. substantivo:** o que define as relações das pessoas em sociedade, e as submete à sua ação. **De direito:** com justiça, em virtude da lei, legitimamente. **Em direito, em bom direito:** conforme

as regras do direito, da equidade ou da justiça.

Direito, pois, aparece ao mesmo tempo em uma acepção comum, na qual ele é adjetivo derivado do que é reto e seus múltiplos significados, equivalendo a justo, íntegro, oposto ao lado esquerdo – na divisão dos lados tendo como base o corpo humano, simétrico etc. Todos esses significados guardam relação com um princípio ideal de retidão – e da retidão como paradigma cósmico do bom e do belo.

A escolha do “direito” – ou melhor, da “direita” – para designar certo lado do corpo – justamente aquele no qual “os músculos são mais ágeis” – e assim criar um referencial de coordenadas no mundo físico: a escolha do lado, usualmente, mais forte e hábil do corpo humano para ser o “direito” suscita o ideal que funda a palavra e seus múltiplos significados, divididos no ramo comum e técnico.

Direito enquanto forma de organização humana, que é o que nos interessa aqui, se funda na mesma noção: aquilo que é próprio do que é reto como propriedade do caminho do bem e da virtude. Agamben, ao citar a ética de Diógenes Laércio e a noção *dekathêkon*, nos lembra que:

(...) no vocabulário filosófico teria sido Zenão, que o define deste modo: uma ação que possui uma razão plausível [*eulogon* [...] *apologismon*], como o ser consequente na vida, que se aplica também às plantas e aos animais; os *kathêkonta* concernem de fato também a tais seres. Os estoicos distinguiram do *kathêkon* o que chamavam *katorthôma*, a ação realizada de maneira reta (isto é, segundo o bem) (AGAMBEN, 2013, 75-76).

Katorthôma, palavra formada pela aglutinação de *kata* (segundo a, próprio a) e *orthôma* (reto) é aquela da qual se forma a moderna palavra “direito” e seus equivalentes latinos – enquanto o romano *jus* e o grego *dikaíon* faziam, ambos, direta referência à justiça (respectivamente *justitia* e *dikê*). Tal termo funda tanto o sentido usual – geralmente adjetivo – e o sentido “jurídico” – isto é, normativo e público, geralmente substantivo. O reto aparece de todo modo como a metáfora para o bem.

Portanto, a título de uma compreensão da palavra “Direito” em um sentido lexical, procedamos pelo seguinte método: (i) supressão do seu sentido usual, no qual Direito é adjetivo próprio daquilo que é correto ou justo; (ii) separação do Direito da Ciência do Direito (muito embora haja a confusão, por elipse, de se confundir a ciência

com seu objeto, é preciso saber do que estamos falando); (iii) diferenciação do Direito em sentido maior do Direito como oposto a dever e dos ramos do Direito ou da Ciência do Direito –ou mesmo este usado como forma de expressão em algum sentido jurídico.

Isto é, quando buscamos o conceito de Direito aqui, por óbvio, não estamos falando do Direito no sentido de complexo – o qual, segundo teorias, é sistema ou ordenamento – de normas que servem de estatuto para certa comunidade política. Há uma dificuldade enorme em explicar as normas jurídicas enquanto complexo em praticamente todas as línguas, seja no inglês, no qual se usa *Law* – ao pé da letra, “lei” em sentido amplo, diferenciando-se das leis usuais – ou mesmo do russo *Prava* – que também alude ao lado direito e tem um sentido lato e escrito. Daí nossa opção por defini-lo com letra maiúscula para diferenciá-lo e, ao menos, mitigar confusões.

De tal forma, compreendemos que o Direito ao qual nos referimos aqui é o que se pode dizer, em termo estrito, como “direito objetivo” (DINIZ, 2008, p. 10) **e não** (i) o direito enquanto simétrico ao dever, isto é, a possibilidade jurídica de pedir, exigir ou poder fazer algo, o chamado “direito subjetivo”; (ii) o “direito” em sentido lato, vulgar ou comum; (iii) a Ciência do Direito e seus ramos.

CAPÍTULO 2 – CONCEITO DE DIREITO E DE CIÊNCIA DO DIREITO

Conceito, por óbvio, remete ao parto e ao nascimento. Não é uma metáfora estranha ao pensamento, pois o próprio filósofo Sócrates era nada menos do que filho de uma parteira: e o método socrático chama-se, por sinal, *maiêutica* em referência à Maia, a plêiade que representa o princípio criador que estava por sua própria natureza associada às parteiras. Sócrates – ou pelo menos o Sócrates que chegou até nós por meio dos diálogos platônicos – elabora e ordena o esforço do pensamento sob o paradigma do trabalho do parto (a concepção) e o seu produto ao concebido ou conceito; algo singelo, poético e potente.

Platão elaborará, na trilha de seu mestre, o conceito de ideia (e a ideia enquanto conceito). Sem a noção de que o esforço do pensamento concebe não chegaria a tanto; e a ideia como estrutura do pensamento permite aos humanos uma revolução ímpar em sua existência, algo só comparável à invenção dos algarismos. Aquilo que o homem pensa se aperfeiçoa como o concebido, mas o concebido pode sê-lo na forma de ideia, ou seja, estar sob regras e princípios que lhe dão coerência abstrata (dentro da própria abstração) para reprodução, verificação e refutabilidade (parcial ou total) (DELEUZE, 2009).

A ideia é um recorte, capaz de recortar e dar forma, do fluxo de pensamento livre. Uma âncora contra o caos. Ao chegar ao conceito de ideia, Platão conseguiu chegar à ideia de conceito, possibilitando, assim, o conhecimento do ciclo do sistema do pensamento; é a partir desse aspecto puramente abstrato, e seu exame das disputas na pólis, do qual decorre o que podemos chamar específica e propriamente de Filosofia.

A importância de chegar ao conceito é estipular – ou tentar fazê-lo – e estabelecer um índice mínimo, um plano de consistência e uma imagem mínima da frequência de um dado fenômeno à luz do pensamento. A partir daí, temos um chão a partir do qual podemos fazer criações e recriações, compreender mudanças e acidentes no caminho; se as coisas mudam perenemente, se reinventando – no caso do Direito, profundamente – e o mesmo se pode falar das próprias línguas que as enunciam: há uma dialética nos dois processos, mas também entre eles; as práticas se reinventam dessa maneira, e seus modos de enunciação, igualmente – desde expressões, até as próprias línguas que o fazem –, mas as práticas mudam as enunciações na sua dinâmica, e a recíproca é igualmente verdadeira.

De tal sorte, como inicialmente dissemos, o elemento do pensamento por trás dessas operações permanece, ou melhor, se transforma sob outro regime, o que nos permite entender os *acidentes* no plano da experiência.

Ao assumirmos o Direito como um ente de certa forma existente e pensável, o temos como, *a priori*, concebível e, a partir de uma análise de suas linhas e modos, um conceito. O conceito de Direito corresponde a algo imaterial, uma imagem contingente dos vários lineamentos e variações radicais que o atravessam; não é o Direito como ideal – isto é, o que deveria ser o Direito ou que queremos que fosse –, mas tampouco é o Direito enquanto experiência pura e simples. É preciso, pois, esboçar os *aspectos essenciais* – as linhas, os modos, os tons que envolvem o Direito enquanto evento concebível – para chegar ao seu conceito.

2.1 Direito e Normatividade

O *primeiro aspecto* que nos interessa salientar a respeito do conceito de Direito é, pois, sua *normatividade*. O que significaria isto, afinal? O fenômeno jurídico se apresenta na forma de normas, isto é, de proposições que impõem certo padrão de comportamento, as quais se manifestam como uma faixa de variação. Como explanaremos mais adiante, a norma jurídica possui características singulares que nos permitem diferenciá-la das demais. E a própria etimologia do termo “norma”, por si só, já alude a uma dimensão material: norma, do grego antigo “*nomos*”, tem uma evidente designação geográfica, guardando a mesma raiz da palavra “nômade” – tanto que em grego moderno “*nomos*” designa uma antiga unidade de divisão geográfica daquele país, a qual equivalia ao “município” no direito brasileiro.

Segundo a hipótese de la Roche, lembrada por Deleuze e Guattari:

O *nomos* acabou designando a lei, mas porque inicialmente era distribuição, modo de distribuição. Ora, é uma distribuição muito especial, sem partilha, num espaço sem fronteiras, não cercado. O *nomos* é a consistência de um conjunto fluido: é nesse sentido que ele se opõe à lei, ou à polis, como o interior, um flanco de montanha ou a extensão vaga em torno de uma cidade ("ou bem *nomos*, ou bem polis") (DELEUZE;GUATTARI, 2009, p. 54).

Em outras palavras, a norma surge como fundadora das Leis e do Direito, e da Cidade, uma vez que essa o é concretamente: foram em certos pontos dos caminhos estabelecidos pelos fluxos de deslocamentos dos pastores nômades que, originalmente, habitavam a península grega e que tinham um padrão regular de deslocamento, em virtude das estações do ano, que se formaram as primeiras cidades. A partir daí, *nomos* é uma zona de consistência anterior – e causadora – do fenômeno das *polei*, mas também possui sentido figurativo de designar a fundação da cidade e, mais tarde, passa a designar em boa parte das línguas latinas, inclusive o português, um sentido conceitual que designa proposições lógicas de regularidade, que funcionam como tópicos mandamentais em certos sistemas discursivos – sua raiz, contudo, guarda uma incontornável relação com o sentido do movimento em regularidade.

Portanto, é possível falar em um caráter único das normas jurídicas, uma vez que enunciam sempre uma nova realidade sob termos projetivos. Em outras palavras, a norma jurídica acaba, por vias outras, tendo a natureza *contraditória* que Deleuze e Guattari supõem que a norma em sentido geral – ou seu substrato, o *nomos* – possua em verdade. As normas jurídicas não são, pois, normas objetivas – como as econômicas, sociais ou políticas – ou subjetivas – como as de comportamento individual ou morais –, mas, sim, normas projetivas com propriedades subjetivantes, uma vez que ensejam a realização de um ideal, o que, para tanto, dependem da internalização pelos seus destinatários realizadores.

2.2 Direito e Subjetividade

Chegamos, pois, a um *segundo aspecto*, o qual nos permite entender a peculiaridade da norma jurídica: o Direito está conectado imediatamente à noção de *servidão voluntária*, ou seja, do agir em função de um comando exterior, que é, no entanto, internalizada pelo destinatário da norma, que se torna, assim, sujeito – isto é, apto. A temática geral da servidão voluntária aparece em La Boétie em sua célebre obra, *o Discurso da Servidão Voluntária* (2009), datada de 1549, a qual fundamentou a reflexão de pensadores do escopo de Espinosa, Nietzsche e Reich ou, mais recentemente, Deleuze e Guattari – a propósito dos dois últimos, é necessário lembrar de uma das passagens centrais de *o Anti-Édipo*: “Eis porque o problema fundamental da Filosofia Política é ainda

aquele que Espinosa soube levantar (e que Reich redescobriu): ‘Por que os homens combatem por sua servidão como se se tratasse da sua salvação?’”(2010, p 46).

A reflexão de Deleuze e Guattari, embora seja genérica sobre a opressão, remete a uma discussão iniciada, não à toa, na modernidade sobre essa peculiar forma de exercício do poder: embora tanto La Boétie quanto Espinosa recorram a exemplos da antiguidade clássica, eles, na verdade, tratam de um modo de comando que, a bem da verdade, se torna hegemônico apenas na modernidade: só a partir daí é desenvolvida plenamente uma certa noção de poder, cuja forma de exercício se dá de maneira indireta e sem recorrer à simples e direta brutalidade física, a qual se torna a forma preponderante e universal de realização da política.

Como se sabe, o Direito não é uma invenção moderna, mas a organização coletiva da modernidade lhe ressignifica e amplia seu papel, tanto que lhe promove um uso e, por conseguinte, um desenvolvimento ímpar; nascido da laicização dos ritos comuns aos povos arianos do mediterrâneo – a periferia do Império Persa, afinal –, sobretudo em Atenas e, depois, em Roma, o Direito corresponde ao primeiro esforço fora das esferas sagrada e militar para ordenar o comportamento dos grupos humanos.

Quando a modernidade, em virtude de suas dinâmicas econômicas e políticas, recorre ao discurso jurídico repetidamente, o faz porque necessita de formas de controle que sejam ao mesmo tempo suficientemente resilientes, ágeis e que, sobretudo, dispendam pouca energia da comunidade política – e sua estrutura de comando, seja ela de que tipo for –, o que não corresponde obviamente à brutalidade das máquinas bárbaras ou selvagens.

Em outras palavras, os pensadores modernos – sobretudo os supracitados – realizaram o que se poderia chamar de uma arqueologia da servidão voluntária, buscando seus elementos no mundo antigo: o senhor só o é pois alguém se comporta como seu servo, escravo ou súdito, mas essas relações voluntárias, que aparecem na antiguidade em lugar da lei do mais forte, se tornam gradualmente preponderantes apenas na modernidade – que no mundo antigo coexistiam com o regime da força pura, muito embora fossem muitas já se afiguravam como *tendência real* (NEGRI;HARDT, 2005, p. 189-201).

As variadas formas e as causas disso, contudo, merecem um exame mais apurado em outras ocasiões e áreas do saber. O que nos interessa aqui é entender como o Direito é das mais remotas formas de servidão voluntária e, afinal de contas, o que isto significa

– isto é, a servidão voluntária é menos uma situação anômica ou de exceção, muitas vezes ela se realiza não apenas normalmente, mas, como no presente caso, por meio de normas. Fazer referência à servidão voluntária é enunciar que certo fenômeno está assentado na constituição de subjetividade, quer dizer, na realização de dada relação na qual um dos polos está intrinsecamente sob certo regime.

De tal sorte, o fenômeno jurídico se trata de um instrumento conceitualmente ideal – ser um conceito ideal é exatamente o oposto de idealizar seu conceito – e formalmente linguístico, possuir a característica de fazer o sujeito realizar voluntariamente, como se estivesse diante de uma ordem externa, condutas que interessam à ordem coletiva estabelecida, renunciando ao que seria óbvio e elementar do seu interesse. Mesmo pensadores da tradição, como Kant, não esconderam de forma alguma que o Direito funciona internamente, graças a uma “lei interior”, basta ler a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*:⁸

De resto, entendo aqui por dever perfeito aquele que não permite exceção alguma em favor da inclinação, e então não tenho apenas deveres perfeitos exteriores, *mas também interiores*, o que vai de encontro à terminologia adoptada nas escolas; mas não tenciono dar agora qualquer justificação, pois que, para o meu propósito, é indiferente que se aceite ou não (KANT, 2007, p. 59).

Assim, verifica-se, quanto ao segundo aspecto do conceito do Direito: trata-se de um fenômeno que nada tem a ver em si com a violência ou a força, muitíssimo pelo contrário, pois consiste em um instrumento que permite às ordens políticas não dependerem da coerção física permanente; as pessoas agem – de tal e qual forma – ou deixam de agir em virtude da expectativa, da construção de uma fantasia, de um plano geral hipotético no qual não apenas elas serão punidas em concreto, mas que esta punição é correta e devida, isto é, a possibilidade de receber tal retaliação deixa de ser física e se torna lógica. Não é que haja sempre um policial, um juiz ou uma cadeia, mas que deve haver, o que significa que estas passam a existir como realidade do pensamento – isto é, são reais enquanto imagem, o que significa que o *Direito produz subjetividade*.

⁸Ainda assim, na referida obra, Kant insiste na dimensão heterônoma do Direito em oposição à autonomia própria das regras da Moral – a ideia da lei interior, contudo, é um ponto de contato possível com a linha que este trabalho desenvolve (e, por seu turno, as normas jurídicas e morais se diferenciam porque as primeiras são projetivas e as segundas são subjetivas).

Nesse sentido, as normas jurídicas não surgem no momento de sua eventual incidência, mas antes dela, pois criam identidades subjetivas: cria-se, pois, o comprador, o devedor, o criminoso, os nubentes, os cidadãos, os estrangeiros etc. Quando se exerce qualquer um destes papéis, a capacidade de agir já está previamente delimitada, os eventuais direitos e deveres ocorrem conforme qualquer combinação disto com as ditas circunstâncias fáticas. Se alguém é qualificado como cidadão e juridicamente capaz, no gozo de suas plenas capacidades físicas e mentais – o que é aferido clinicamente, mas só tem repercussão no mundo jurídico pela sua descrição em linguagem jurídica, nos termos que o Direito lhe reserva – e realiza uma conduta descrita como crime, ele se torna um criminoso.

O que o Direito faz é produzir essas séries de identidades (cidadão, juridicamente capaz) e na combinação destas, por uma fórmula, com certas hipóteses de conduta juridicamente consideradas (furar, pagar a dívida etc.) gerar, por síntese, uma nova identidade dessa vez específica: o absolvido, o condenado, o devedor etc.⁹ Mas se o Direito faz sujeitos para obedecer e, também, produz os que devem comandar, isto é, as autoridades, o sujeito que obedece não o faz na obediência ocasional, mas porque seu estatuto genérico – cidadão, estrangeiro etc. – já delimita sua potência de agir, o que, em contraste com seu estatuto específico – devedor, homicida – produz consequências possíveis, desde que enunciada pela autoridade competente, o qual é sujeito de comando segundo o discurso jurídico – em uma esfera de significação dada pelo próprio discurso jurídico consensual, o qual, caso derogado, gera a própria abolição de tal ou qual posição de comando, como, por exemplo, no caso da perda de significado das autoridades de uma ordem derrubada por uma revolução.

Tanto é verdade que a sanção está prevista na própria Lei, como nos lembra Kelsen (2009, p. 124), pois “o ilícito (delito) não é negação, mas pressuposto do Direito”.

9 O Direito, nesse sentido, opera seguindo um padrão nada incomum para as formas teológicas, isto é, ele primeiro cria rótulos e identidades subjetivas – “nomes” –, que impõe certo estatuto ontológico normativo a coisas até então livres, conforme trabalho da nossa lavra (ALBUQUERQUE, 2012). A partir daí, as normas aplicadas são consequências do estatuto prévio que o sujeito de direito tem por sua condição de existência enquanto tal – ou pela própria perda desse estatuto por qualquer motivo como na questão do *homo sacer* na Roma antiga, o qual, de acordo com o que se pode depreender da belíssima pesquisa de Giorgio Agamben (2004, 2011), perdia sua identidade jurídica, tornando-se um nada matável.

De tal forma, o fenômeno jurídico convive com seu próprio *descumprimento* – o qual subsumido sobretudo a certas normas, como as penais, as quais preveem as sanções para tanto – e a eventual *transgressão* – que só existe porque há norma; não há conduta transgredida sem conduta normal que lhe sirva de referencial, exatamente como disse Jacques Derrida (1967, p. 372-377), com extrema argúcia, ao analisar o *tabu do incesto*: só depois de haver a família, e a regra que a institui, que poderia haver a possibilidade do incesto; é a família que cria o tabu do incesto, não o contrário. Obviamente, o pensador francês se referia a uma norma antropológica, mas o mesmo se aplica perfeitamente ao Direito: só é possível falar em crimes como incesto ou o parricídio porque a norma jurídica reconhece a família e, por conseguinte, suas relações internas de parentesco – o que tem desdobramentos, também, cíveis, previdenciários etc., mas todos só podem existir em virtude do reconhecimento pelas normas jurídicas da família.

Nesse sentido, a noção positivista de que a sanção é essencial à norma jurídica nos parece desarrazoada: não fazemos ou deixamos de fazer, *a priori*, porque a norma nos ameaça, mas porque ela oferece um parâmetro de conduta segura na vida coletiva como demonstramos; a sanção serve apenas como um reforço de obediência para certas normas, na medida em que não ocorra seu cumprimento aprioristicamente voluntário.

É fundamental salientar que o cumprimento de uma conduta pelo temor de uma *sanção jurídica* – a qual é uma consequência aplicável pelo descumprimento de uma norma jurídica, caracterizando-se pela “predeterminação e organização” (REALE, 2002, p. 74) –, ainda assim, é voluntário (ainda que de forma *a posteriori*) e que ainda (i) a sanção só é aplicada quando certa conduta projetada por uma norma jurídica que não foi cumprida, portanto, não servirá para gerar a conduta que inicialmente pretendia no caso ao qual se refere – assim, sua utilidade será a de dar exemplo para outros membros da coletividade sob certa jurisdição, o que só reforça o seu aspecto simbólico e ensejador de condutas voluntárias, como se heterônomas fossem, em outros casos semelhantes; (ii) a aplicação da sanção, paradoxalmente, depende (a) do comportamento voluntário de aplicadores da pena no sentido de fazê-la valer e (b) do mesmo em relação ao próprio sancionado, uma vez que se este não se submeter e realizar a performance que implica na sua punição, esta será frustrada; é o que se vê, por exemplo, nos casos em que o condenado à morte comete suicídio na cela, o prisioneiro foge ou o infrator de trânsito não paga a

multa: qualquer um destes tipos frustra a sanção, justamente por não ter voluntariamente se submetido à sua aplicação.

A ideia do protagonismo da sanção para caracterizar a norma jurídica, a nosso ver, gera o debate bizantino a respeito da natureza do *Direito Internacional*: como via de regra só há sanção quando os Estados resolvem aceitar certas condenações – ou quando se submetem a uma corte internacional a qual antes, voluntariamente, se submeteram à jurisdição –, isto é, além de não descaracterizar tal ramo de forma alguma, ainda nos mostra esta verdade profunda e secreta do Direito, qual seja, a necessidade de comportamento voluntário – obviamente, o funcionamento dos Estados explicita a voluntariedade das normas jurídicas, no caso, internacionais, mas uma vez que tal adesão é realizada, o resultado é um funcionamento semelhante ao que acontece com o funcionamento dos sistemas jurídicos internamente.

Portanto, a *sanção jurídica* é um artifício para inspirar condutas autônomas como se heterônomas fossem. Em último grau, a norma jurídica depende do ato voluntário dos seus sujeitos de aplicá-la. Aquilo que Bobbio (2010, p. 154-158) chamava de “adesão espontânea” não nos parece, ao contrário do que pensa o mestre italiano, secundário, mas, sim, o próprio ser do Direito. A hipertrofia sancionatória do direito moderno, cujo grande exemplo é a construção de intrincados sistemas penais, está conectada com a crise de legitimidade¹⁰ das próprias comunidades políticas, o que demanda uma série de medidas do tipo para estancar as variadas formas de subversão, negação e revolução testemunhadas – e se o descumprimento está previsto na norma jurídica, por outro lado, sua perda absoluta de efetividade, contudo, leva à erosão da ordem posta. De tal sorte, a sanção jurídica é ancilar à norma jurídica, ao contrário do que advogam os positivistas, tanto que o abuso de sua existência tem limites para o aumento da efetividade jurídica – sendo o limite mais extremo a geração do efeito exatamente inverso ao da otimização da efetividade.

10 Giorgio Agamben (2013), em artigo sobre a renúncia do Papa Bento XVI, distingue com precisão as noções de legalidade e legitimidade:

“Por que essa decisão nos parece exemplar hoje? Porque ela chama novamente com força a atenção para a distinção entre dois princípios essenciais da nossa tradição ético-política, dos quais as nossas sociedades parecem ter perdido toda consciência: a legitimidade e a legalidade. Se a crise que a nossa sociedade está passando é tão profunda e grave é porque ela não põe em questão apenas a legalidade das instituições, mas também a sua legitimidade; não apenas, como se repete frequentemente, as regras e as modalidades do exercício do poder, mas também o princípio mesmo que o fundamenta e legitima.

A “adesão espontânea” ou servibilidade voluntária é aspecto essencial ao conceito de Direito. Mesmo que comumente aquele que sanciona seja sancionado por fazê-lo quando não deve, ou da forma indevida, ou por não fazê-lo quando deve, em último grau, existe uma conduta primeira, projetada por norma jurídica, que não possui sanção em caso de descumprimento – e precisará ser cumprida por si.

Uma pessoa de direito, isto é, uma *persona*, é sujeita pela enunciação de uma norma jurídica e, por meio de limitações abstratas, passa a ter sua real capacidade de agir diminuída – ou eventualmente ampliada. Significa, portanto, assumir um papel, como no teatro, mas de maneira absolutamente internalizada:¹¹ não apenas vestir máscaras, mas internalizá-las como verdades concretas, subjetivando-as e (só assim) se tornando sujeito de direito. A partir dessa derradeira constatação podemos passar ao item posterior.

2.3 Direito e Performatividade¹²

O *terceiro aspecto* do conceito de Direito é sua *virtualidade*. É preciso que o sujeito tome como verdade material – e não hipótese abstrata – a efetuação da norma jurídica, o que, no limite, exige que esta se afigure como necessária, seja na realização e no propósito, isto é, passar a ter para si a obrigação de certas condutas que são ditadas externamente, concorde-se ou não com elas – e acatar as consequências derivadas, decorrentes, pois, da bipartição que o Direito causa, isto é, a repartir o sujeito em sua existência fática (que pode ser política, social, cultural etc.) e jurídica.

Assim, mais do que a punição em si, e o simples temor que esta se concretize, existe um plano abstrato de ideias, sistemático, que pesa em impedir ou fazer com que

11 Eros Grau (2006, p. 82), na esteira de Carlos Maximiliano (1957), salienta esse aspecto no que toca à interpretação jurídica: teria esta natureza alográfica como teatro, pois “existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator” (1957, p. 83.), isto é, existe a necessidade não apenas a compreensão mas de reprodução, para que a norma jurídica tome vida, a exemplo do que ocorre com o teatro. Concordamos em termos com essa premissa, mas nossa proposta, contudo, vai além: (i) o processo não passa por mera intelecção somada a encenação, mas na internalização da norma como verdade – como efeitos psicológicos desejantes além dos intelectivos – e sua efetivação se dá como realização de padrão de modo de vida e (ii) a mesma relação se estende a todos os integrantes de uma comunidade, isto é, tanto sobre os “intérpretes autênticos” quanto os “não autênticos” no dizer de Kelsen (2009, p. 387), quer dizer, entre autoridades e também por toda a comunidade de jurisdicionados.

12 Estamos cientes da profundidade de tal termo para a filosofia contemporânea – seja, por exemplo, em Austin (1990, p. 21-29) ou Buttler (1988) e, portanto, na enorme polêmica entre a escola analítica e a fenomenológica –, mas seu uso aqui, contudo, é simplicíssimo: o Direito tem por propriedade a performance dos seus sujeitos, ele se faz na ação; ao produzir os sujeitos de Direito, estes precisam realizar os padrões de comportamento enunciados, do contrário, certo sistema jurídico é inexistente.

esta ou aquela conduta seja realizada: a ordem jurídica, que condensa um conjunto de prescrições sistematizadas, regulares e complexas, afeta o imaginário coletivo de forma intensa, ao contrário do mero temor pontual causado por uma eventual, ocasional e simples ameaça de coerção a ser feita, por exemplo, pela guarda a serviço de uma máquina bárbara; o efeito que o Direito produz não é mero temor de coerção realizada fisicamente, a qual é sempre externa ao corpo que visa comandar, mas, sim, introjetar a imagem de que os mesmos guardas devem estar guardando as muralhas, pois é necessário – e se não estão, nem por isso se deve ultrapassá-las, pois ali eles deviam estar.

Nós paramos diante do sinal vermelho haja ou não pedestres atravessando a rua, carros cruzando à nossa frente ou guardas e câmeras nos fiscalizando, pois fazer diferente não contradiz o plano abstrato antagônico à realidade fática.

Não à toa, Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, em seu clássico *Dos Delitos e das Penas*, pontua que deve haver uma proporcionalidade entre delitos e penas, além de uma correta distribuição das últimas, pois do contrário o Direito não seria eficaz (2005, p. 50-52): uma vez que o plano jurídico é abstrato, gerador de subjetividade e depende da performance dos jurisdicionados, tanto mais fácil se as condutas que este determina sejam viáveis. Justamente por isso, a tradição Iluminista, da qual deriva Beccaria, busca racionalizar as punições e adequá-las a um plano finalístico de consecução do bem comum, sem relativizar a pena – ou qualquer sanção – como um fim em si mesmo: assim, os resquícios bárbaros que ainda persistiam no direito medieval vão sendo varridos.

De tal sorte, a própria ideia de uma repressão física direta, por mais implacável que possa ser, é sempre limitada pelas contingências próprias ao acaso – isto é, os guardas podem estar ou não montando guarda, as muralhas podem ter um buraco ou seus portões podem estar abertos, a normativa por trás disso é meramente objetiva, uma vez superada não há desobediência.

Ao contrário de supor que a modernidade jurídica, por tal motivo, seja mais fraca, como se apresenta *a priori*, é justamente por seu caráter singelo e sublime que passa a ser mais capaz de ordenar comportamentos: as normas jurídicas passam a produzir uma imagem complexa de padronização, regularidade e previsibilidade sistemática dos atos determinados na esfera política; a ausência de policiamento nas ruas, em dada área, é vista como anormalidade, pois há um plano que determina a presença ostensiva ali, naquela hora, e, justamente por isso, agir mal sem a presença das autoridades não é escusa

aceitável, gerando consequências posteriores. O funcionamento do Direito deixa de depender do fato puro (haver ou não guardas, policiais ou barreiras físicas) para existir como um *script* capaz de interferir na realidade, pois é capaz de interferir, por bem ou por mal, no desejo da comunidade política.

Sob o império do Direito, não há guardas ou muralhas que se possa ultrapassar para estar em plena situação de liberdade, uma vez que os comandos estão internalizados no sujeito, impactando sobre o seu desejo – o que possui consequências físicas objetivas nos corpos dos sujeitos e na maneira como se movimentam. Uma ordem não jurídica, ao contrário, é externa ao sujeito e não gera efeitos psíquicos apriorísticos.

2.4 Direito e Antagonismo¹³

Existe uma *quarta propriedade* no que diz respeito ao conceito de Direito, qual seja, sua natureza antagonista: maior e mais perturbadora do que as anteriores é a sua natureza antitética, algo que só é possível apreender na detida análise de seu plano de efetividade.

Até Kelsen (2009, p. 232) reconhecia que a norma jurídica precisa de um grau mínimo de efetividade para existir, por outro lado, uma conduta que sempre fosse cumprida dispensaria a existência de norma jurídica que a determinasse, pois o conteúdo dela se confundiria com o fato da vida.

Portanto, a norma jurídica está ontologicamente em uma zona intermediária entre: (i) *um grau mínimo de efetividade* que se expressa em (a) realização da conduta por obediência ao comando jurídico e (b) a possibilidade da realização da dita conduta como padrão regular, seja nas esferas cultural, social, econômica ou política, o que legitima e

13 “Antagonismo” vem do grego *ἀνταγωνιστής* (*antagonistes*), termo que junta o prefixo “anti” (contra) à “*agonistés*” (fala, dizer, do radical “*agón*”), isto é, aquilo ou aquele que se contrapõe à fala do protagonista (aquele que faz a fala inicial), se colocando contra o discurso posto *a priori*; se situa no contexto do teatro e, de maneira mais geral, foi aproveitado como conceito filosófico – sobretudo na tradição baseada na ideia de que a realidade é constituída pelo movimento decorrente da fricção entre os opostos, ou seja, na chamada dialética, como veremos com mais detalhes a seguir. No campo do Direito, também se faz uso da noção de antagonismo de maneira comum, contudo, o fazemos mediante uma palavra que decorre, na verdade, de sua forma latinizada: o contraditório. Para evitar confusões entre o instituto do contraditório e o sentido do conceito de antagonismo, optamos por usar o segundo termo.

significa a conduta perante a coletividade – a impossibilidade de adoção da conduta ordenada, por seu turno, gera o efeito reverso de descumprimento; (ii) *um grau de efetividade não total*, uma vez que, se intencionalmente, uma conduta é sempre realizada, não é necessário algo que a obrigue – muito embora esta hipótese seja sempre difícil, uma vez que uma conduta.

Logicamente, o Direito existe para criar condutas sem que haja a necessidade de, *a priori*, mobilizar os instrumentos de repressão sobre certa coletividade humana ou indivíduo que lhe integre, pois faz com que estes *emulem* tal comportamento nos termos que este afeto é causado (ESPINOSA, 2010, p. 195,253); a conduta pretendida pela norma jurídica, de natureza projetiva, habita uma zona de contingência na qual ela não é (i) a conduta padrão usual, mas (ii) pode ser praticada de maneira genérica (iii) sem ser naturalizada como conduta padrão usual (o que levaria ao esvaecimento da norma jurídica por desnecessidade). A norma jurídica é imagem e, portanto, está entre o infinito e o zero.

Tal projetividade faz o sujeito de direito estar em função de uma ordem maior, a qual se desdobra nos direitos e deveres que este atribui, no procedimento de efetivação destes que ela prevê e no órgão competente – ou órgãos, conforme for. Como dissemos, a conduta projetada precisa ser conduta efetivada em função da norma jurídica, não conduta efetivada regularmente sem necessidade de tal norma; tal hipótese de grau pleno de cumprimento, contudo, corresponde *grosso modo* às condutas realizadas em *estado de necessidade biológico*, como, por exemplo, respirar, comer, se reproduzir, as quais prescindem de norma jurídica para que ocorram – muito embora certas condutas no plano da cultura possam ser tão repetidas até se naturalizarem, como no caso de costumes,¹⁴ no entanto, não resta dúvidas de que é mais usual imaginar o inverso, isto é, normas jurídicas proibitivas em relação a condutas fáticas possíveis, mas não praticadas em certo tempo ou espaço. Ainda assim, a incidência de normas jurídicas proibitivas sobre condutas

14O que significa dizer que um costume cristalizado dispensa norma jurídica para que seja cumprido. A eventual normatividade jurídica conferida a um costume só ocorre, paradoxalmente, quando este passa a ser confrontado com outros padrões de conduta que lhes são opostos ou alheios. Só a partir daí, dentro de sistemas jurídicos que reconheçam o costume como padrão ou que tenham normas jurídicas que autorizem sua aplicação em certos, um determinado costume passa ser reconhecido como norma jurídica. Em outras palavras, o costume, para ser norma jurídica, precisa que haja (i) formalmente norma jurídica anterior que o reconheça como parte do sistema – e como isto se dará; (ii) materialmente, novos costumes, práticas ou condutas que ponham certo costume cristalizado em contraste.

raramente descumpridas é sabidamente menos comum do que sobre condutas mais descumpridas.

Seja como for, as normas jurídicas implicam no *dever* de instituir, transformar ou manter condutas que estão em processo de conservação ou mudança pela dinâmica histórica: a norma jurídica é, pois, antagônica à dinâmica social posta, seja ela de manutenção ou mudança em relação ao seu *status quo*. Em outras palavras, o Direito se constitui como interferência sistemática no padrão de condutas usual de uma coletividade, mas, paradoxalmente, necessita gerar no seio daquela condutas, por servidão voluntária, que contradigam seu ritmo habitual. As regras de comportamento usuais, inclusive as morais, operam na corrente da normalidade da vida coletiva, como se nadassem conforme a corrente: enquanto isso, as normas jurídicas, ao contrário, operam na contracorrente, pois são, paradoxalmente, instituidoras de direção nova aos fatos.

Nesse sentido, o paradoxo jurídico equivale à *coexistência de normas* que, por natureza, sempre contradizem a dinâmica dos fatos – mudando o que se conserva ou conservando o que muda – com a necessidade de uma aceitação mínima disso – isto é, de disposição de fazer por e para si algo inverso ou até estranho ao habitual: é o antagonismo aos fatos convivendo com o fato do antagonismo. O Direito é gerado a partir de fatos sociais politicamente qualificados, resultando em normas que confrontam a dinâmica histórica posta – e, por síntese, produz uma nova realidade fática que ressignifica e põe problema na própria forma como a norma é compreendida e aplicada.

Exatamente como Marx suscita em *O Capital* ao comentar, de forma irônica, que a “cura para o câncer anticapitalista das colônias” – na verdade, das ex-colônias de habitação, como os Estados Unidos e a Austrália –passaria precisamente pela interferência legal para alterar as relações econômicas vigentes, sobretudo no que diz respeito à facilidade de aquisição da terra:

O governo deve conferir à terra virgem, por decreto, um preço artificial, independente da lei da oferta e da demanda, que obrigue o imigrante a trabalhar como assalariado por um tempo maior antes que este possa ganhar dinheiro suficiente para comprar sua terra (MARX, 2013, p. 842).

O fenômeno jurídico é, pois, da ordem do *movimento*, já que (i) sua existência conceitual como ideia muda a realidade a partir da qual é idealizado – atualizando-se

permanentemente em seu sentido abstrato e na forma de produzir efeitos – e, também, porque (ii) sua existência social e política, externa aos sujeitos, na forma de projeções políticas, depende de uma interiorização para gerar os efeitos exteriores inicialmente pretendidos. Uma norma jurídica, portanto, sempre incide de uma forma absolutamente atualizante e própria: como uma tempestade, depois dela, nada é como antes, nem mesmo ela própria.

Tal movimento possui, portanto, natureza dialética, no sentido em que Marx o pontuou: sendo o Direito o elemento antagonista, e os fatos, a realidade posta, formando uma unidade imanente de opostos que está em uma dinâmica permanente:

Meu método dialético, em seus fundamentos, não é apenas diferente do método hegeliano, mas exatamente o seu oposto. Para Hegel, o processo do pensamento, que ele, sob o nome de Ideia, chega mesmo a transformar num sujeito autônomo, é o demiurgo do processo efetivo, o qual constitui apenas a manifestação externa do primeiro. Para mim, ao contrário, o ideal não é mais do que o material, transposto e traduzido na cabeça do homem (...) A mistificação que a dialética sofre nas mãos de Hegel não impede em absoluto que ele tenha sido o primeiro a expor, de um modo amplo e consciente, suas formas gerais do movimento. Nele, ela se encontra de cabeça para baixo. É preciso desvirá-la¹⁵, a fim descobrir o cerne racional dentro do invólucro místico (MARX, 2013, p. 90-91).¹⁶

Assim sendo, o Direito enquanto antagonista abstrato em contradição permanente aos fatos forma uma unidade na polaridade que é imanente. Mas resta uma última questão, que é precisamente sobre sua gramática própria, isto é, a forma como o Direito é efetivamente enunciado.

15Acerca da questão da “inversão da dialética”, observam Guterman e Lefebvre:

“A metafísica inverte a ordem prática, real, das coisas e imerge a verdade no escândalo e no mistério. Reverter esta operação significa simplesmente reencontrar a sucessão efetiva, a produção das coisas e das ideias sem nada perder das descobertas que foram feitas graças ao orgulhoso estratagema dos metafísicos” (2011, p.14).

16A dialética, do grego “*διαλεκτική*” (*dialektiké*), isto é, “através das palavras”, consiste no método de extração da verdade mediante o confronto de discursos, baseando-se no pressuposto de que o movimento e a constante mudança das coisas é a chave para a compreensão da realidade, de inspiração heraclitiana (GRAHAM, 2015). Ao longo do tempo, a história do pensamento registrou variadas acepções e propostas para o termo, mas a que se faz referência é aquela tradição iniciada por Hegel (1995), isto é, a dialética na qual a contradição está no próprio conceito (DELEUZE, 2009), mas que em Marx ganha profundidade material, no entanto não é o abstrato alheio à realidade que a transforma, e sim o ideal ou o abstrato são instâncias inerentes da realidade material com a qual interagem. Independentemente das polêmicas acerca do debate sobre o cabimento de uma perspectiva dialética (neste sentido), o que propomos aqui é que pelo menos o Direito se manifesta exatamente como tal: elemento antagônico e antitético de um processo dialético nesse sentido.

2.5 Direito e Binaridade

A *quinta propriedade* do conceito de Direito dá conta de sua estrutura dupla e duplicante. Não apenas sua forma de apresentação – como realidade antagônica à realidade propriamente dita –, mas também na maneira como o Direito se perfaz enquanto relação. O Direito aparece sempre numa relação binária: se falamos que um sujeito tem direito é porque algum outro sujeito (ou outros, estejamos falando de pessoas de direito ou pessoas jurídicas, inclusive de direito público) tem dever. E todo dever implica em um direito reciprocamente. Direito (subjeto) e dever são como o crédito e débito, e exatamente como na contabilidade a realidade se duplica.

A remissão a Nietzsche e a estrutura das relações contratuais primeiras é inevitável: A inscrição e a prática dessa gramática não dependem de um processo intelectual, mas, como já exposto, da sua internalização e subjetivação, processo em que Nietzsche vê o mecanismo da *culpa* como essência para a funcionalização de tal aspecto (2009, p. 49-62).

Nesse sentido é possível falar em uma gramática do Direito que seja binária, imaginária e mutuamente implicante. Pensando nos modais deônticos usuais, a proibição, a obrigação e a permissão, temos: uma proibição é um dever de não fazer, mas cria um direito para outrem (que pode ser meramente assecuratório de outro já existente ou novo). Uma obrigação é o dever de fazer. Uma permissão cria o direito a poder exercitar algo. Em todos os casos a relação dos demais sujeitos de Direito a incidência de uma norma implica em lhe conferir direitos e deveres variados – nem que seja o dever de permitir.

A gramática das normas jurídicas é um permanente em aberto, que permite várias conjugações, independentemente de quantos sujeitos estejam envolvidos ou se relacionem com dada relação jurídica. Portanto, se o Direito como conceito é complexo e abstrato, sua gramática paradoxalmente é simplicíssima, pois implica em ter direito ou dever de fazer algo, seja qual for a relação ou complexo de relações que se desdobrem. É A ou B e A que implica recíproca e simultaneamente em B e vice-versa, o que dá abertura a formas e montagens variadas e muito complexas.

A própria gramática jurídica permite suscitar sua natureza dependente da produção: não é o caso de o Direito ser uma forma vazia e ancilar à economia, mas que a própria lógica econômica e pré-econômica, da produção e da própria reprodução da espécie gira em torno de elementos faltantes e as relações de escambo e promessas de casamento entre as aldeias: na estruturação da filiação, as sociedades primitivas já operavam em um sistema de trocas binários, no qual cada fluxo que era deslocado implicava em um deslocamento adicional, porém abstrato, a ser realizado – nem sempre sincronicamente como o mecanismo do dote – conforme observam Deleuze & Guattari ao analisar a máquina territorial primitiva (2010, p. 194-200).

A forma própria como o Direito é inscrito gira em torno desse jogo de elementos binários (direito e dever) a partir do qual é possível montar toda sorte de relações – ao mesmo tempo, a análise dessa forma de escrita suscita o lugar de sua função nas sociedades humanas, decorrente das relações materiais de produção, mas ao mesmo tempo capaz de interferir nestas.

Esta derradeira propriedade do Direito é o fecho da sua realização: o enigma de seu significado – e a aparente impenetrabilidade de seu conceito – se desfazem diante de sua simplicidade – e até intuitividade – de seu funcionamento para as sociedades humanas.

2.6 Conceito de Direito: Aspectos Gerais

Um esboço possível do conceito de Direito, portanto, se baseia nas seis propriedades aqui propostas, que nos permitem dizer que ele se trata, em conclusão, de um fenômeno (i) *normativo*; (ii) *subjektivante*; (iii) *performativo*; (iv) *antagônico* e (v) *binário*. O Direito é, pois, uma forma de expressão que se perfaz em normas, cuja estruturação é binária – estruturada no par débito-crédito –, produtora de subjetividade, performativa e, ainda, antagônica ao estado de coisas vigente – social, moral, econômico etc. Eis que ele não apenas se aplica a sujeitos como, antes de tudo, cria os próprios sujeitos, como um *script* que não é encenado ou reproduzido, mas executado como se verdade fosse – mesmo quando o Direito conserva, o faz com o que está, faticamente, mudando, o que o torna sempre transformador. O Direito se reportará sempre a problemas, mas ele nunca estará afastado deles, uma vez que sua estrutura é, por natureza,

problematizante. Eis o assombro e maravilha do fenômeno jurídico. Ultrapassado este ponto, sigamos adiante.

CAPÍTULO 3 – A CONSTITUIÇÃO, O DIREITO CONSTITUCIONAL E SUA CIÊNCIA

O que se entende por Ciência do Direito? Há divergências importantes sobre isso na história do pensamento jurídico. Dúvidas comuns como se seria possível realizar uma Ciência do Direito – que é fruto em grande parte do estatuto ontológico da própria Ciência – ou, ainda que se admita isto como possível, restaria responder o que seria o seu objeto de estudo.

A respeito do primeiro problema, como nos lembra Tércio Sampaio Ferraz Jr:

(...) a expressão ciência não é unívoca; não obstante de com ela se pretender designar um tipo específico de conhecimento, não há um critério único e uniforme que determine sua extensão, natureza e caracteres, devido ao fato de que os vários critérios têm fundamentos filosóficos que extravasam a prática científica (FERRAZ JÚNIOR, 1973, p. 159-170).

Dependendo de como se compreende a Ciência, falar em Ciência do Direito seria supor (i) a percepção do próprio Direito enquanto Ciência, o que significaria investigar os possíveis elementos de validade universal que permitiriam afirmar isto, o que pode implicar na sua (ii) eventual resolução enquanto a regras matemáticas e a exigência de sua validação.

Ao longo da maior parte da história do pensamento jurídico, o Direito se considerou uma prudência, isto é, um saber prático, e foi apreendido na forma da experiência. As reflexões sobre suas implicações maiores se davam no campo da Filosofia e, sem sombra de dúvida, a questão da cientificidade do Direito se tornou pertinente apenas a partir da modernidade.

3.1 O Estatuto de Possibilidade da Ciência do Direito

Hans Kelsen erigiu o mais relevante edifício epistemológico do Direito até hoje visto, alvo de inúmeras polêmicas, mas que certamente não pode ser desprezado, a Teoria Pura do Direito (2009). Lá, ele defende não apenas a possibilidade de uma Ciência do

Direito como, ainda, que seu objeto é a norma. A Ciência do Direito kelseniana não designa como deve ser o Direito, mas descreve uma estrutura que é prescritiva, sendo o parâmetro pelo qual se pode realizar um juízo crítico do Direito tal e qual se pratica – e não o juízo crítico em si, o que seria uma operação da política do Direito, o que visa à construção de uma “teoria pura” e, por conseguinte, não ideológica do Direito.

O isolamento de um objeto – qual seja a norma – permitiria a um só tempo determinar um elemento universal e, a partir de sua peculiaridade ontológica, contornar o problema de subsunção do Direito às regras das ciências naturais. A busca pela norma, a desvinculação da ideia de Direito e justiça e a separação de ética e moral são uma tentativa de Kelsen de encontrar a categoria do Direito em um sentido kantiano: aquele que transcende ao tempo e ao espaço. Mas Kelsen realiza outra operação, que é, precisamente, separar a Ciência do Direito das demais ciências naturais, uma vez que a primeira estaria vinculada ao princípio da imputação e as segundas, ao princípio da causalidade natural – neste sentido, o esforço epistemológico de Kelsen afirma a possibilidade de uma Ciência do Direito pela separação conceitual entre o que seria uma ciência de normas de uma ciência natural, o que contradiz a vulgata positivista.

Norberto Bobbio (2010), na esteira de Kelsen, situa como objeto da Ciência do Direito o sistema normativo, isto é, o complexo de normas jurídicas vigentes em um dado país, uma vez que posiciona a sanção como elemento central do Direito: como nem todas as normas teriam sanção em seu conteúdo, elas dependeriam de outras normas – por sua vez, sancionatórias – presentes no Ordenamento para se realizarem. O Direito, portanto, seria sistema.

Ainda assim, tal assertiva recai em um problema posto: ela precisa se assentar na premissa de uma bipartição entre realidade social e natural (KELSEN, 2010, p. 84-101), de modo que a norma precisaria ser compreendida só, e somente só, como ideia desvinculada da realidade fática para que o Direito pudesse ter validade universal e, em um segundo momento, pudesse contornar a exigência de se fixar às regras das ciências naturais. De tal forma, a existência da norma nessas condições, absolutamente alheias à realidade fática, para atender a determinado enquadramento epistemológico tornaria impossível pensar a própria problemática da existência real da norma: que só se produz e se realiza em contexto, por sinal, em constante mutação por força de sua própria existência, como apontado no capítulo anterior. Fenômenos como a mutação

constitucional, por exemplo, se tornariam impossíveis de ser compreendidos e, por outro lado, o sistema jamais daria conta da questão da aplicação e da efetividade: e é o próprio Kelsen, como pontuamos, que fala da necessidade de mínima efetividade como condição de existência – e não há verificação possível de efetividade sem a consideração de fatos e normas.

Portanto, um primeiro corte precisa ser realizado: como lembrado, Direito e Ciência do Direito são coisas diferentes. Falar em Ciência do Direito não quer dizer que o Direito seja em si uma ciência, mas que pode ser conhecido enquanto tal. A Ciência é o meio, uma forma de conhecimento e entendimento da realidade, portanto, pressupostos de validade universal e reprodutibilidade se voltam ao método empregado, não ao objeto de estudo, pois assim não seria possível o estudo de fenômenos variáveis ou caóticos. O Direito não precisa, em si, possuir uma estrutura objetiva, mas, apenas, ser inteligível para ser objeto de uma ciência qualquer.

A autonomia de uma Ciência do Direito, portanto, residiria apenas na questão de se o Direito, por si, é capaz de alterar a realidade ou se sua existência é meramente ancilar ao funcionamento de qualquer instância da realidade. E nesse diapasão, este fenômeno não apenas o faz como existe precisamente para produzir alterações. Nem Marx, para quem a construção da realidade se baseia na estrutura de produção (2011, p. 39-44), nega que as leis, em sentido inverso, alteram as próprias relações de produção nas quais foram engendradas, como expusemos no capítulo anterior.

A questão fundamental deste problema, portanto, corresponde a uma importante polêmica epistemológica, se a ciência é, necessariamente, tão tributária de uma linguagem aritmética – no seu sentido mais profundo, antigo e etimológico,¹⁷ reduzindo o conhecimento de algo que, por exemplo, é fluído às regras da mera aritmética (AGAMBEN, 2012, p. 155-162).¹⁸ Em outras palavras, uma vez que não se trata de um

17 Deleuze e Guattari, em *O Que é a Filosofia?* (2010), produziram uma belíssima obra acerca dos pressupostos elementares da Filosofia – e também sobre a Ciência e a Arte –, apresentando uma inovadora, potente e sofisticada leitura a respeito desses temas, em relação à qual esta dissertação é, em grande parte tributária, muito embora aqui se faça uma tentativa um tanto quanto ousada: propor uma relação mais intrínseca entre Filosofia e Ciência, ponderando suas diferenças e seus propósitos, para estabelecer um trabalho de Ciência do Direito Constitucional mais consistente, à altura da complexidade que o tema suscita. 18 Como explica Agamben na referida passagem, isso remonta à polêmica de Aristóteles com Antífone e os Pitagóricos: enquanto os segundos utilizavam a ciência da aritmética de maneira extrema e repetida para explicar a realidade, eles desconsideravam a fluidez e o movimento, o que levou o pensador macedônico a lhes opor o conceito de rítmica; em português a oposição entre rítmica e aritmética se conserva inclusive na linguagem, muito embora raramente pensemos a respeito disso, o que é, na verdade, sintomático. Ritmo

fenômeno redutível à realidade aritmética, não seria o caso de fazer o Direito contornar ou não as exigências do cientificismo formal, mas traçar o método de investigação, compreensão e exposição deste fenômeno na forma que seja mais pertinente.

Nesse sentido, mesmo considerando as várias questões, assertivas e ponderações sobre tal problema – o qual, até pela extensão, não é o escopo destes escritos –, optamos por outro sentido de ciência possível, isto é, ciência enquanto construção sistemática do saber humano, responsável pela tentativa de construção de um entendimento das suas funções constituintes e práticas. Assim, a ciência busca entender o que rege o fenômeno ao qual, eventualmente, se reporta, não a lhe impor regras e princípios próprios.

Como abordado inicialmente, é óbvio que a própria maneira como o fenômeno jurídico é expresso já é, em si, problemática, uma vez que se trata de um fenômeno complexo e abstrato, cujos aspectos conceituais fundamentais são variados e, em grande medida, perturbadores. Fazer uma ciência do Direito não implica, pois, em impor determinados fundamentos críticos e (ou) linguísticos ao fenômeno jurídico – sejam eles “exatos” ou não –, mas, ao contrário, sistematizar a compreensão de seu modo de funcionamento – o que implica na tarefa inversa, qual seja, apreender a linguagem própria ao Direito, e não o contrário.

Não é a ciência que impõe uma linguagem sobre o seu objeto eventual, ao contrário, ela serve justamente para compreender a linguagem própria deste. A “exatidão” ou “objetividade” do Direito reside em verificar o que significa sua abstração e complexidade bem como observar os múltiplos aspectos do seu conceito. A Ciência do Direito destina-se a esta tarefa: não é sintetizar uma coisa rítmica em uma linguagem aritmética, mas expressar esse conhecimento, sua linguagem, modo de funcionamento e pretensões com o intuito de entendimento do que é – e não do que o Direito deveria ou poderia ser; o método deve perseguir o objeto, e não o último se adequar ao primeiro.

3.2 Conceito de Constituição

deriva de “reo” – “rio” em grego antigo, de onde, por óbvio, vem a palavra portuguesa –, aquilo que flui e que se movimenta, sendo a rítmica a arte própria do movimento fluído. A aritmética, portanto, é seu inverso e negação. A ciência moderna, formalista, objetivista e pretensamente exata repete a exacerbação do método aritmético, o que se vê pelo *status* destacado dado à matemática. Não é esta ciência que pretendemos fazer aqui.

Uma Constituição, na acepção atual, consiste na Lei Fundamental de um determinado Estado-Nação, isto é, a norma jurídica que expressa o plano político fundante de certa organização política estabelecida. Ela o faz estabelecendo diretrizes de produção, interpretação e aplicação para as demais normas jurídicas, designando, ainda, quais são os órgãos fundamentais do Estado – e qual a sua forma –, seu sistema de governo.

Uma noção normativa e legal de Constituição, se estabelecendo como um grande pacto fundamental que designa a estrutura do sistema legal de um certo Estado – atribuindo-lhe, na verdade, estrutura jurídica –, é uma criação da modernidade, mais precisamente, uma decorrência do movimento contratualista e seu impacto sobre as revoluções burguesas, sobretudo a americana e a francesa, que plasmaram a nova ordem estabelecida nos termos de uma Constituição (NEGRI, 2002).

Contudo, o que se diz “Constituição” em termos normativo-jurídicos tem sua tradição no Direito Romano Imperial, sendo um gênero de norma jurídica dividida em quatro espécies, pelas quais se exercia a *edicta*, *mandata*, *decreta* e *rescripta*, isto é, funções que, respectivamente, implicavam na (i) nomeação do Imperador; (ii) nas normas administrativas enviadas aos funcionários; (iii) na tomada de decisão do Imperador, na qualidade de juiz supremo, em relação a controvérsias; (iv) nos pareceres formulados como respostas a questões feitas por magistrados. (FOIGNET, 2015; BERGER, 1968, p. 410).

Não é à toa que o Direito Canônico guarda do Direito Romano Imperial tal acepção de *constitutio*: as chamadas *Constituições Apostólicas* são normas de forma jurídica pelas quais o Supremo Pontífice¹⁹ estabelece concílios, cria dioceses ou institui códigos – como o próprio Código Canônico – além de também estabelecer dogmas. Não há, contudo, para a Igreja Católica uma única Constituição, mas a Constituição como uma espécie de decreto de primeira hierarquia.

O próprio sentido de Constituição tal como está expresso na *Constituição dos Atenienses* (*Ἀθηναίων πολιτεία* – *AthenaionPoliteia*), que é atribuída a Aristóteles

19 Como pode ser visto no *site* do Vaticano, na pesquisa pelo nome do Santo Padre, por exemplo, no que diz respeito ao Papa Francisco: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/apost_constitutions.index.html>, último acesso em 23 ago.2015.

(2015), não é outra coisa senão o de estrutura política, histórica e, também, jurídica de Atenas, segundo a obra de seus principais legisladores, sobretudo Drácone Sólon. A “politeia” em questão embora suscite um sentido aproximada à “Constituição” em sua dimensão material, não significa em momento algum “Constituição” na acepção técnico formal vigente; tanto que a tradução latina para o termo é *De Atheniensium Republica* – e não *constitutio*, portanto, o significado do texto aristotélico, ou pseudoaristotélico, dá conta das estruturas materiais (isto é, políticas) que dão forma à cidade, dos nexos conjuntivos não apenas normativos.

Politeia, por sinal, não designa “Constituição” no grego moderno, mas, sim, **Σύνταγμα** (*Syntagma*), uma palavra formada pela aglutinação de *syn* (mesmo) e *tagma* (que é sinônimo tanto de ordem [monástica ou honorífica]²⁰ quanto da unidade militar comandada por um major [*Ταγματάρχης* – *Tagmatárchis*]).²¹ *Syntagma*, portanto, seria, ao pé da letra, “ordem geral” – embora haja acepções do termo, em grego bizantino, como doutrina jurídica ou manual jurídico).

Em outras palavras, ainda que seja um tipo comum de anacronismo, nem sempre a repetição de um engano se reitera como verdade: a Constituição, tal como a concebemos, é fruto da modernidade. Das ditas “politeias” a Constituição contemporânea herdou, enquanto norma jurídica, o sentido de ser uma ordenação e disposição das funções da organização política; das constituições do Império Romano – como se vê pelas *Constituições Apostólicas* – o sentido de ser uma norma jurídica especial que funda ou dá início a dadas situações.

Mas é na tradição do contrato, ou melhor, na linguagem do contrato, que o constitucionalismo moderno será erguido. Não é nenhum segredo o peso que o pensamento contratualista (ALBUQUERQUE, 2014), a começar por Hobbes (2015),

20 O que suscita uma conexão do termo com o grego antigo “*taxéin*”, sendo que em grego contemporâneo, “*taxé*” significa “classe”.

21 Tal unidade militar significa, ao pé da letra, “regimento”, muito embora para efeitos da divisão de unidades militares vigente no Brasil estaríamos falando de um “batalhão”. A confusão, contudo, decorre da diferença entre as divisões do exército brasileiro e a vigente para os exércitos da Organização do Tratado do Atlântico Norte (Otan), nos quais a brigada já se divide imediatamente em batalhões; em outras palavras, batalhão é chamado de regimento na Grécia, consistindo numa forma imprópria de falso cognato, mas sem dúvidas estamos a falar em “regimento” – uma noção simultaneamente jurídica e militar tanto em português quanto em grego moderno.

para: é neste momento que a noção de “sociedade” deixa de ser genericamente privada – via de regra mercantil – para ser transformada em uma categoria de direito público, o que só é possível por meio da noção de um contrato que não está no campo privado, mas igualmente no público – ou antes dele, em uma posição abstratamente fundante da ordem.

A metáfora de um contrato social é ela própria derivada da óbvia ascensão da burguesia, uma vez que a forma contrato é justamente o meio pelo qual tal classe organizava seus acordos e punha fim às incertezas. Não sem razão, Antonio Negri (2015) lembra que a origem do constitucionalismo moderno se dá como função antirrevolucionária por natureza, isto é, ela é instituída para pôr fim ao fluxo de mudanças das revoluções e anunciar “uma nova ordem” – ou melhor, ela marca a passagem da ordem ordenante para a ordem ordenada.

Tal derivação da Constituição, de norma fundante e especial (o *constitutio* romano imperial) voltada à disposição das funções da organização política (*apoliteia* grega antiga) na forma de um contrato, corresponde à operação de totalização e unificação das normas jurídicas e, ao mesmo tempo, expressa, ainda que pelo vício de uma classe, a natureza eminentemente pactual e voluntária do Direito. A nova ordem, impessoal e sistemática, exige uma única norma jurídica que condense a organização das funções e ao mesmo tempo – mesmo que não intencionalmente – esta se revela com um grande, geral e absoluto pacto – expressando e assumindo a realidade voluntária do Direito até então velada.

A voluntariedade do contrato, contudo, é engenhosamente desenhada como um acordo entre iguais representado em um corpo popular ou nacional, *a priori*, homogêneo.

Obviamente, apenas a laicização dos conceitos teológicos poderiam permitir tamanha operação de totalização das normas jurídicas: e este processo tem como um de seus grandes feitos a edificação do conceito contemporâneo de Constituição é dos principais efeitos. Mas também uma mudança é essencial para possibilitar, logicamente, a passagem da multiplicidade de normas jurídicas esparsas para uma ordem coerente, hierárquica e, cada vez mais, sistemática: a noção de que as relações coletivas humanas não se ordenam por um bloco de dívidas finitas e móveis, mas, sim, por uma grande dívida infinita.

A organização das funções dos membros da pólis, a qual era um conceito nomeadamente político, torna-se, pois, jurídico. E a norma que dispõe sobre isto é única

– daí até o desenvolvimento da teoria da supremacia constitucional, no século XIX, é um salto quase previsível. A própria noção da Constituição como uma antítese e pretensão de término do processo revolucionário – como faz Negri (2015, p. 2) ao citar ninguém mais, ninguém menos do que Napoleão Bonaparte – revela o sentido de Constituição como norma jurídica: ao buscar, em caso, manter o que se transforma. A norma constitucional busca, como era de se supor, a *normalização*, mas esta não significa conformação ou neutralização: se com efeito o poder constituinte não cessa, pois “as constituições são coisa viva” (NEGRI, 2015, p. 181) e o poder constituído está sempre problematizado por esta constatação, por outro lado, o próprio complexo de normas que serve de estatuto ao poder constituído, por mais restritivo que eventualmente possa ser, leva a uma transformação da realidade que força sua mudança.

Uma vez que as instituições do Estado buscam, como se fosse possível, tomar o lugar por meio da representação do clamor multitudinário, ao fazê-lo terminam obrigados a realizar sua potência: o Estado liberal e burguês, insuficiente para realizar as demandas da plebe operária, é forçado, mesmo assim, a dar tais respostas. A metafísica hobbesiana (2015) e contratualista de um modo geral não se frustra apenas, como observa com acerto Negri, pela afirmação da imanência da multidão fundadora da comunidade política,²² mas pelo alto preço de sua pretensão de uma transcendência real: se o Estado termina por se pretender a versão terrena de uma entidade absolutamente transcendente (HOBBS, 2015, p. 61), a qual pode consertar tudo, então ele não poderia deixar de consertar nada, mesmo que seja aquilo que não tenha pretendido.

É a partir de tal assertiva que o constitucionalismo sofreu modificações profundas ao longo dos séculos que se sucederam às revoluções americana e francesa. As ordens constituídas absorvem e respondem às demandas sociais – sobretudo aquilo levantado pela luta dos trabalhadores, mulheres e demais minorias – para sobreviver. As ditas gerações de direitos (BONAVIDES, 2010), as quais teriam como marco justamente os incrementos do constitucionalismo no decorrer do tempo, seriam, pois, fruto dos acidentes causados pela luta de classes e pela luta geral dos oprimidos: não é só o fato revolucionário e multitudinário no interior da comunidade política, suas necessidades e

22 A fórmula mediante a qual temos que a multidão funda o povo é incontornável, estando presente justamente nos fundamentos da construção do conceito jurídico e político de povo em Cícero (2011), como veremos no decorrer desta dissertação.

desejos, mas o efeito de suas normas voltadas à realidade que transformaram. O Estado Liberal, ao proteger o cidadão do eventual arbítrio estatal, cria a segurança necessária para que ele possa se dedicar às demandas sociais e coletivas, mas também sua insuficiência em realizar prestações positivas sociais – como serviços públicos – enseja a demanda por isso.

Ao nosso pensar, entretanto, existe um fator interno à existência – e consequente – aplicação da norma jurídica constitucional que explicam tais transformações, qual seja, como já exposto, o caráter dialético de qualquer norma jurídica: ao ser antítese da dinâmica factual posta, produz uma nova dinâmica factual na sua aplicação, o que altera as próprias coordenadas fáticas que deram causa à norma jurídica.

Em outras palavras, uma norma jurídica nasce como antítese ao seu tempo – e as constituições, por seu turno de todo um estado de coisas político e social –, mas, uma vez aplicada, ela muda a própria realidade que lhe deu causa, ressignificando-se. Uma Constituição aplicada muda a realidade que lhe deu causa, passando por mudanças que a levam a mudar – inclusive a se tornar letra morta. As Constituições modernas (i) não atendem às pretensões vigentes à época de sua entrada em vigência; (ii) tanto por força de suas omissões quanto de seus avanços que determinam sua própria reforma, com alargamento de interpretação ou incremento do texto, ou sua própria substituição.

Não se trata de uma espécie de acidente, isto é, um fenômeno alheio ao conceito de Constituição, mas de uma inerência de sua existência enquanto ser dinâmico: a essência da Constituição é, pois, um permanente devir,²³ e só a partir da compreensão disto é possível erigir uma Ciência do Direito Constitucional.

23 No léxico filosófico, o substantivo “devir” é o movimento de transição, transformação ou transubstanciação intensiva das coisas. Em sentido corrente, tal verbo, pouco usual na língua portuguesa, é sinônimo de “se tornar” e vem do latim “*devenire*” – que significa “chegar”. O termo aparece de forma recorrente nas traduções para a língua portuguesa do filósofo prussiano Hegel (1995), para traduzir o uso que ele dá ao verbo alemão “*werden*”, verbo auxiliar tanto para a indicação do tempo futuro quanto, também, para a construção do gerúndio naquela língua – função última que corresponde mais precisamente ao sentido de devir, pois aquilo que devém algo está, na verdade, ficando outra coisa, sendo o tal movimento de passagem. O uso do português “devir” espelha os cognatos utilizados nas demais opções de tradução de “*werden*”, em sentido filosófico, para as línguas latinas (como, por exemplo, “*devenir*” em francês e espanhol ou “*devenire*” em italiano), sendo a opção inglesa “*becoming*” (ao pé da letra, “vir-a-ser”). Obviamente, em português, o verbo “tornar” guardaria até uma relação mais próxima com tal conceito de movimento de transição (o que não acontece, por exemplo, com o francês “*rendre*”), mas por paralelismo com as traduções latinas, em relação às quais o francês exerce particular proeminência, prevaleceu “devir” no lugar de “tornar”, sendo que o próprio se refere, no léxico filosófico, à transição intensiva e o segundo, à extensiva. Ocorre, também, o uso do anglicismo “vir-a-ser”, derivado do termo “*becoming*” (gerúndio do verbo “*to become*”, que é traduzido usualmente como “se tornar, sem distinção”), o qual, no entanto, já caiu

Se a Constituição moderna nasce como estatuto jurídico da normalização e, portanto, reação ao processo revolucionário, por outro lado, sua aplicação em relação à realidade, ainda que consagrando alguns poucos direitos, esta, uma vez vigente, gerará, por reinterpretação, adição de dispositivos ou mesmo pela instituição de uma nova Constituição que absorvam parte dos direitos reivindicados – que é a tônica constitucional no mundo: nenhuma Constituição se conserva na exata forma e significado que possui ao entrar em vigência.

Quando uma chamada “Constituição Liberal” põe fim ao ciclo revolucionário, assentando as coisas novamente em uma nova ordem, implica em uma nova ordem social, a qual demandará por direitos sociais – isto é, prestações positivas da ordem constituída. Uma vez aplicada, a norma jurídica sempre altera a realidade fática que a gerou e, por conseguinte, altera sua própria interpretação, compreensão ou mesmo efetividade, fazendo com que novos direitos sejam gerados, ressignificados ou mesmo abolidos em favor de outros. O *devir constitucional*, contudo, implica em um permanente incluir e fundar direitos. Arqueologicamente, o movimento que unia as várias casas em *pólis* e as *polei* em Estados tem precisamente a natureza do que viria a ser constitucional: pois aquelas normas possibilitavam a conexão entre os diferentes enquanto diferentes, estabelecendo uma forma de coexistência contra uma realidade de fragmentação ou esfacelamento – o que se podia dizer de “Constituição” ali, sob pena de não incidir em qualquer forma de anacronismo, ainda era potencial; quando aquilo que chamamos de Constituição vem à tona, o que se sucede é um permanente avanço, ressignificação e ampliação do que ela consiste; paradoxalmente, de documento encerrador do ciclo revolucionário, a Constituição, pela expressão de sua própria força interna, vai além de si e se torna instrumento garantidor e até transformador.

Prevalece aqui também a velha máxima marxiana de que as necessidades humanas são cumulativas e irreversíveis:²⁴ não é que a reversão não possa ocorrer, mas

praticamente em desuso. Tal conceito passa a ocupar posição central na Filosofia, encontrando eco em variadas correntes, no instante em que o movimento retoma o protagonismo em Hegel, o que por outras vias se reforça em Nietzsche e, por fim, diz respeito a uma tradição muito antiga, que encontra na máxima de Heráclito (*panta rei*, tudo flui) seu fundamento primeiro. Nem toda noção de devir decorre necessariamente de uma compreensão dialética, seja de que tipo for, mas todas as correntes filosóficas que usam tal noção concordam com a premissa elementar de que a transição e mutabilidade são a própria natureza das coisas – em oposição a qualquer forma de essencialismo.

²⁴Conforme o trecho em questão de a *Ideologia Alemã*: “O segundo ponto é este: a própria primeira necessidade satisfeita, a acção da satisfação e o instrumento já adquirido da satisfação, conduz a novas

que uma coisa é uma sociedade que jamais calçou sapatos, outra, a que os teve e lhes foram tirados.

O mesmo vale para o devir constitucional: uma sociedade que jamais teve direitos é diferente daquela que os conquistou e depois os teve, por qualquer motivo, suspensos, retirados ou negados – tal assertiva não consiste em um determinismo, uma vez que nele não reside linearidade ou crença em um progressismo garantido: uma Constituição que reduza ou elimine direitos em relação a uma que lhe seja anterior jamais é recebida como uma que amplie e reconheça direitos; e o mesmo vale para o próprio entendimento de uma mesma Lei Maior no que toca às leis, políticas públicas ou decisões judiciais que podem-se esculpir delas. A redução, suspensão ou eliminação de direitos jamais passa impune este fenômeno não é externo ao mundo jurídico, pois implica na própria maneira que a nova norma se realiza.

Daí que falaremos em gerações de Direitos que não apenas se sucedem, mas determinam a existência umas das outras: pois a cada direito conquistado não se produz a mera satisfatividade, mas a demanda por mais direitos em um avanço contínuo, como intui o próprio Bobbio:

Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens (BOBBIO, 2004, p. 13).

A norma jurídica constitucional, contudo, é aquela dotada de protagonismo,²⁵ de superioridade e de caráter *arquitetônico*²⁶ (para o sistema), habitando um território fronteiro entre o político e o jurídico. As normas constitucionais, como normas jurídicas, são antagônicas aos fatos, mas, ao mesmo tempo, protagonistas em relação às

necessidades — e esta produção de novas necessidades é o primeiro acto histórico” (MARX, 1982).

25Recuperando o sentido original de protagonismo no teatro clássico, isto é, a aptidão de ser o primeiro a falar (formado pelas palavras “*proton*”, “primeiro”, e “*ágon*”, acordo da fala e do duelo de diálogos no drama clássico, de onde vem, inclusive, a palavra “agonia” em português).

26“*Arquitetônica*” no sentido próprio do termo, isto é, produção da origem (“*arqui/arkhê*” e “*te(c)tura/tiktô*”) (AGAMBEN, 2012, p. 164). Pode-se dizer que a arquitetônica é a grande diferença da norma jurídica constitucional em relação às normas jurídicas ordinárias. Se a norma jurídica estipula as determinações iniciais, gerais e abstratas para certas matérias, embasando as decisões judiciais e administrativas (igualmente normas jurídicas), as coordenadas originárias, o campo de possibilidade de tais determinações, vêm da Constituição.

demais normas jurídicas: é justamente o ponto que nos interessa, isto é, pois não implica numa fala exclusiva, mas na primeira fala – na ordem e no comando originais –, as quais serão sucedidas por outras falas em um processo ele próprio de transformação e autotransformação; a Constituição é o texto no qual se expressa, literalmente, a agonia das variadas tensões de força de uma sociedade e, também, impulso primeiro que deflagra mudanças sociais que se reportam a si própria.

A Constituição está exposta às problematizações sociais, políticas econômicas ao passo que coloca o problema sendo força de contradição primeira ao estado de coisas. Como norma jurídica, a Constituição é antitética, mas a propriedade específica que lhe cabe é a arquitetônica, a fundamentação e os alicerces que confere ao complexo de normas jurídicas ordinárias.

Em outras palavras, a Constituição não é jamais um terreno de certezas e fixidez, como veremos, mas um ambiente próprio transformador e em transformação, tensionadora e simultaneamente tensionada. É partir daí que a problemática de minorias começa a se impor, precisamente na esteira não de autoconsciência ideal, mas do avanço e das conquistas anteriores.

3.3 A Ciência do Direito Constitucional

As divisões da Ciência do Direito, por seu turno, se dão conforme os ramos que o Direito é ajustado segundo as coordenadas vigentes – tais ramos são, por seu turno, didático e conceitual, embora guardem correspondência com certa matéria e como ela está disposta no direito positivo. No caso, uma Ciência do Direito Constitucional remete à existência de normas jurídicas coerentes entre si, unidas por um funcionamento comum e uma finalidade própria, as quais se encontram, por sinal, dispostas na Lei Maior.

O Direito posto prescinde de uma Constituição; na verdade, o constitucionalismo, tal como o conhecemos, é uma criação da modernidade (BOBBIO; MATTEUCCI, p. 258-268), vindo na esteira do contratualismo. Basta ver o sentido de “constituição” no direito canônico, o qual corresponde à sua acepção medieval e antiga. Nem sempre foi assim e nem sempre será (ou poderá não sê-lo).

Contudo, não é nada incomum ver leituras baseadas em uma lógica idealista segundo as quais, por sinal, há uma necessária existência de uma Constituição no topo

das normas postas (KELSEN, 2007): ainda que essa suposta realidade lógica esbarre na História, o fato é que essa ilusão dialeticamente interfere na realidade²⁷. Em termos científicos, se há, na prática, uma Constituição considerada o topo lógico e hierárquico de um complexo de normas concebido como sistema, é o caso de compreender isto sem realizar um esforço crítico, mas entender as funções descritas por um sistema normativo jurídico assim compreendido e exercitado.

A maneira como se supõe um objeto imaginário, por seu turno, o flexiona como já discutido. A compreensão filosófica e científica – inclusive do ponto de vista de uma ciência da História – está em ser capaz de compreender – e explicar – as eventuais mudanças de compreensão, inclusive por rupturas bruscas, que venham a acontecer – sem gerar uma confusão como se a supremacia (hierárquica) da Constituição pudesse ser tomada como verdade objetiva, mas sem deixar de escapar que, nesse contexto específico ela assim o é, e isto produz efeitos reais.

Nesse sentido, uma Ciência do Direito Constitucional é a disciplina que se aterá a entender as normas jurídicas dispostas no texto Constitucional, as quais funcionam em conjunto na forma de sistema, estabelecendo as diretrizes básicas segundo as quais as leis – em sentido amplo – são produzidas, compreendidas e (ou) aplicadas, dispondo sobre as competências, procedimentos e direitos fundantes.

Uma vez que a Constituição, em um sistema jurídico-político como o nosso, funda todos os ramos de que o Direito dispõe na forma de sistema legal, a ciência que lhe é correlata tem caráter generalista e transversal, sendo escrita, ainda, por um léxico que não é propriamente aquilo que se designa, costumeiramente, como “técnico-jurídico”, mas, sim, de termos econômicos, sociológicos, antropológicos etc. na forma que a política lhe concebe; a norma jurídica constitucional, portanto, é escrita em um léxico fronteiro entre o político e o “propriamente jurídico” – mas conceitualmente ela carrega todos os aspectos do conceito geral de Direito, inclusive quanto à sua estrutura.

27Averróis (1921 [2015]) inicia uma tradição especulativa que influenciará tanto Espinosa quanto Marx no sentido em que o imaginário é real enquanto tal, logo, ainda que esta instância não exista em si como real, não só pode como efetivamente produz efeitos reais. Logo, a questão não é debater se a supremacia constitucional é logicamente verdadeira, mas verificar se (e como) é aceita entre autoridades e cidadãos e partir daí investigar os efeitos reais disso. Nesse sentido, o Constitucionalismo (BOBBIO; MATTEUCCI, 1998, p. 246-258), na medida em que se fia cada vez mais na doutrina da supremacia constitucional – o que se manifesta na sua propriedade arquitetônica –, produz efeitos não só reais como performáticos cada vez mais intensos.

À Ciência do Direito cabe compreender o fenômeno em questão, não lhe determinar ou lhe informar qualquer coisa, uma vez que é instância de entendimento do evento tal como este vem até nós.

CAPÍTULO 4 – A DEMOCRACIA, AS MINORIAS E AS BASES CONSTITUCIONAIS DO PROBLEMA

A Constituição Brasileira de 1988 consiste em um marco na história constitucional brasileira. Sua elaboração expressa as tensões contraditórias dos derradeiros anos da Ditadura Militar (1964-1985). Tratou-se do conflito entre o desejo de democracia daquele período histórico em contraste com um *status quo* despótico, o que resultou em um avanço relativo, embora salutar pelo contexto, face à ordem autocrática – então personificada no regime de exceção, mas logo depois espraiada em um movimento que buscou esvaziar, conter e relativizar a redemocratização quando esta se tornou inevitável. A disputa passou, portanto, a ser sobretudo uma luta para efetivar certos direitos ali garantidos, impedir o esvaziamento de outros tantos direitos garantidos por variadas causas (BANDEIRA DE MELLO, 2010) e, até mesmo, regulamentar certos dispositivos constitucionais que exigiam complementaridade (COMPARATO, 2010) – um jogo travado nas instituições das instituições criadas pela própria Carta Magna.

Ainda, a partir da Ordem Constitucional vigente, a existência da figura do cidadão, enquanto partícula homogênea do povo, perde lugar para a pessoa humana e as diferenças intensivas existentes entre os setores da coletividade: suas necessidades, suas assimetrias e hipossuficiências – ocasionais ou, conforme o caso, permanentes – vêm à tona, por outro lado, ao afirmar a pessoa humana, o Brasil se insere na ordem internacional dos direitos humanos, relativizando a dicotomia entre os nacionais e estrangeiros. O sistema de direitos e garantias fundamentais é generoso, mas a efetivação de muitos direitos é um processo mais complexo ainda, na medida em que demanda atuação das instituições políticas e judiciais.

Não é, pois, um problema extrajurídico ou de política do Direito, uma vez que, em sendo o Direito um sistema de normas antagônicas, como exposto, a ausência de normas que contradigam certa realidade – se não do reconhecimento, mas da efetivação do que se reconhece – é parte da problemática intrínseca a esta ciência. Portanto, quando falamos de uma tensão entre majorias e minorias no interior da nossa democracia, falamos menos em uma questão que concerne aos direitos e garantias fundamentais e mais na

relação de congruência entre este subsistema constitucional e as normas políticas da constituição, as quais fundam e designam as instituições.

E o próprio significado de democracia entra em disputa, processo que se apresenta de três maneiras mais frequentes: (i) aquela que parte da percepção política de que as instituições se devem guiar, no limite máximo permitido pela Constituição, por uma razão formal de realizar as demandas majoritárias, sejam quais forem, devendo estar abertas e flexíveis às opiniões e necessidades ocasionais; (ii) uma que parte da preponderância da figura das instituições, sejam as representativas e políticas, sejam as judiciais, tanto sobre a sociedade quanto a própria estrutura de representantes políticos, tanto no Executivo quanto no Judiciário.

Tais questões, por óbvio, tangem o próprio significado de democracia de forma mais geral, para que se possa chegar ao arranjo mais específico das instituições e, afinal de contas, delimitar o seu papel. Só a partir da estipulação de um conceito coeso de democracia podemos começar a enfrentar as questões preliminares, uma vez que a ordem política da Constituição deriva precisamente daí.

Como apontado, mesmo que tenhamos uma Constituição escrita como concorda a maior parte da doutrina, ela se trata de norma jurídica que transforma a realidade na qual está inserida. Logo há um processo dinâmico de permanente transformação, tensões. Insurgem-se, pois, algumas questões pertinentes ao estatuto ontológico da democracia e de alguns itens a ela conectados, devida ou indevidamente.

4.1 O Enigma da Democracia

Pensemos sobre a democracia: a boa amiga que, nos dias atuais, todos querem ter em sua companhia em virtude de seu bom nome. Pois bem, nos parece incontornável a assertiva singela e aparentemente surpreendente de Jacques Rancière acerca do tema:

A democracia não é nem uma sociedade a governar, nem um governo de sociedade, mas é propriamente esse ingovernável sobre o qual todo governo deve, em última análise, descobrir-se fundamentado (RANCIÈRE, 2014, p. 66).

Em outras palavras, a democracia se constitui em uma forma de governo na qual

todos e qualquer um podem assumir o comando, pois existe uma imanência entre o sujeito de direito e o sujeito político. Cabe lembrar que o significado preciso de democracia não é “governo do povo”,²⁸ mas sim governo dos *demos* – as divisões territoriais de Atenas –, o que implica em dizer que esta forma de governo se diferenciava das demais pela “ausência de qualquer título para governar” (RANCIÈRE, 2014, p. 57): a remissão à coordenada geográfica era um modo de dizer que os cidadãos estavam plenamente pareados, estando organizados apenas mediante à sua localização na cidade; tanto que era o sorteio e não o sufrágio a característica de tal regime. Ocorria, portanto, a indistinção entre o ser reconhecido pelo direito e o ator político. Se todos aqueles reconhecidos como sujeitos de Direito são, plena e igualmente, sujeitos políticos, não havia motivo para usar o sorteio como mecanismo de seleção.

A democracia não é o regime do Um, mas da multiplicidade fundante, da multidão²⁹ na qual a minoria encontra repouso: a multidão é a expressão da multiplicidade na coletividade, diferentemente da construção da unidade política homogênea e transcendente que pode ter a forma do povo ou do soberano absoluto.

A imanência entre o sujeito de direito e o sujeito político é o que fundamenta a menção de Espinosa, no *Tratado Político*, “ao terceiro Estado, que é inteiramente absoluto e a que chamamos de democrático” – e ele o faz diferenciando precisamente da monarquia e da aristocracia, nas quais o destino da comunidade política não depende “unicamente da vontade e da livre escolha da assembleia suprema” (2004, p. 437).

Uma aparente incongruência é que a democracia antiga não previa às mulheres e aos escravos, por exemplo, a possibilidade participar do jogo político, apenas os cidadãos, que, por sinal, eram homens, nacionais e proprietários. Contudo, a democracia não é também um regime no qual os ocasionais sujeitos de direito de um certo tempo

²⁸ É preciso ressaltar que “povo” em grego clássico se diz “*laós*”, do qual derivam as palavras “liturgia” (AGAMBEN, 2013, p. 15) e também “laico” ou “leigo” (“*laikón*” é relativo ao que é do povo, popular). Uma vez que tinham uma palavra específica para designar governo do povo, não foi por acaso ou descuido que os antigos preferiram chamar tal sistema de governo dos *demos* como se verá mais adiante.

²⁹ Segundo Negri & Hardt, “a multidão é um sujeito social internamente diferente e múltiplo cuja constituição e ação não se baseiam na identidade ou na unidade (nem muito menos na indiferença), mas naquilo que tem em comum” (2005, p. 140); é o sujeito político fundante por excelência como se vê a partir de Quinto Cúrcio, biógrafo romano de Alexandre Magno, como observa Espinosa no *Tratado Teológico Político* (2008, p. 7) e cuja problematização atravessa também pensadores como Maquiavel. Para Cícero, como veremos com mais detalhes, a multidão é a coletividade humana básica, a qual pode derivar na composição do povo, daí que todo o debate e reflexão acerca dela é eminentemente constituinte.

podem se converter em sujeitos políticos, mas um devir que tende à inclusão ou, mais precisamente, o movimento de transformação de objetos em sujeitos de direito que, por tabela, são simultânea e necessariamente sujeitos políticos.

Desse modo, a democracia sempre está em processo de democratização de si mesma – assim como subsiste, enquanto resistência, mesmo sob a vigência de um regime autoritário; durante a ditadura militar brasileira havia um movimento democrático, mesmo que não houvesse democracia, posto que este não se limita à forma do poder constituído dali mesmo que por ele seja reconhecida.

A democracia é o movimento que intersecciona e dá qualidade e intensidade ao tipo de movimento que o Direito descreve. Democracia e Direito são, respectivamente, alma e corpo, potência de animação e instrumento de atualização. A democracia depende do Direito, o que nem sempre equivale às normas legais postas como se sabe, para se realizar, pois depende de (i) sua propriedade antagônica para esconjurar um estado de coisas (no caso, concreto e determinado como no Brasil dos “anos de chumbo”, mas que poderia ser apenas abstrato e possível e nem por isso menos ameaçador); (ii) sua propriedade performativa para preponderar em meio à comunidade política.

Sem a democracia, o Direito, igualmente, não é harmônico ao clamor da *multidão* – é como qualquer conjunto de leis tirânicas, voltado a uma comunidade política da qual está desconectado, na criação e no fim, e, portanto, constantemente ameaçado de derrogação ou falta de efetividade. Um regime não democrático não é violento porque o pretenda ser, mas porque muitas vezes suas normas jurídicas são plenamente ineficazes, o que requer que seus aparatos repressivos ajam.

Se a democracia é o devir conector entre a esfera política e jurídica de uma mesma comunidade, sendo ao mesmo tempo conceito político e jurídico, o Direito – ou melhor, a linguagem jurídica de modo amplo e geral – é o mecanismo que permite à democracia se conservar, reproduzir e produzir.

Por isso que o direito democrático é mais resiliente ao tempo, pois encontra sua completude para não ser forma vazia de sentido – e a democracia necessita da forma jurídica, pois é a partir dela que pode existir, que pode incorporar e vir a este mundo. O Direito é o instrumento próprio da democracia, enquanto a democracia é a verdade do Direito. É do agenciamento entre os dois que pode nascer a liberdade.

Em sentido contrário, desconectar o Direito de democracia é essencial para

impedir a imanência do corpo coletivo, permitindo a opressão: sem a qualidade democrática, o Direito é incapaz de sair de um *habitat* autorreferente e, assim, impedir que a política invada o âmbito social, por permitir que a política tenha uma cabeça para fora da comunidade – exatamente como o soberano hobbessiano (2015).

Tal processo de conexão entre Direito e democracia é uma potência – ou, mais precisamente, o “poder constituinte” sobre o qual Negri faz menção (2015) – pela qual a política fundada não se contrapõe à política fundante, qual seja, o fato revolucionário – seu desejo e suas necessidades fundantes –, sendo assim oposta às variadas formas de totalização do poder. Não à toa, Jefferson (HARDT, 2011), muito antes de Trotsky (2015), falava da necessidade de revoluções periódicas como forma de renovar a democracia: uma “revolução permanente” ou a necessidade de haver “revoluções periódicas” é supor um sistema no qual não exista uma contraposição ao evento que lhe fundou; a exemplo do que ocorreu ao Estado liberal e, no fim das contas, mesmo com o Estado socialista nos termos em que este se realizou.

O fracasso dos dois grandes fluxos revolucionários, o liberal e o socialista, se deveu, por óbvio, a causas diferentes, mas resultou em um semelhante destino de desesperanças e da necessidade de uma luta exterior a sistemas político-jurídicos pouco capazes de se conectarem às realidades nas quais se encontram. Tal fenômeno se manifesta pela incapacidade de tais sistemas processarem as demandas políticas internamente sem recorrer a mecanismos externos, como dispositivos de exceção, guerras civis ou políticas belicistas (AGAMBEN, 2004). A revolução liberal, mesmo nos EUA, já se apresentou muito cedo como um fracasso na medida em que foi incapaz de assimilar certas demandas pelas vias de suas instituições políticas (HARDT; NEGRI, 2005). A revolução socialista, posterior à liberal, logo se perverteu: apesar de tanta sedução que produziu e desejos que suscitou, não resistiu às tentações autoritárias de imediato (LUXEMBURGO, 2016) até sucumbir definitivamente ao domínio da classe burocrática como classe dominante e exploradora (BETTELHEIM, 1976).

A problemática brasileira, pois, passa pelo drama de um projeto liberal em realidade marcada pela agressividade de um passado colonial de exploração e, também, pela impressionante persistência de um sistema escravagista – o qual, contudo, incorporou elementos sociais e socialistas. O Brasil encampou direitos de primeira, segunda e terceira geração, mas a concepção democrática persistiu tomada por alguns

vícios, como (i) a vinculação quase que exclusiva à estrutura do poder constituído e de Estado e (ii) a redução do seu sentido ao mero aperfeiçoamento do dispositivo do sufrágio para fins de gerar a representação política – o que, *grosso modo*, explica a posterior hipertrofia judicial, uma vez que o judiciário aparece como solução *ex-machina* para os problemas nacionais.

É certo que o Direito instituído pelas constituições dos primeiros Estados liberais, que determinava uma igualdade formal absoluta, apagando diferenças e hipossuficiências, sempre esteve problematizado. Olhando para a França das décadas imediatamente posteriores à Revolução, vemos a luta dos trabalhadores (MARX, 1997) e também das mulheres (DALLARI, 2015) dentre fenômenos congêneres, lutando contra a ordem instituída que não lhes dava voz ou vez. No caso brasileiro, as normas constitucionais reconhecem tais diferenças por força das reivindicações históricas, mas as instituições que devem velar por suas necessidades e anseios, e nunca é demais ressaltar, são instituições elaboradas por normas igualmente constitucionais, o que produz uma clivagem no interior do sistema.

Portanto, é preciso passar a investigação do conceito de minorias aqui adotado, de democracia e do contexto e sentido da Constituição Brasileira de 1988.

4.2 O Estatuto Ontológico Jurídico das Minorias

O que seria uma minoria? Novamente, apelando a Deleuze, desta vez acompanhado de Félix Guattari:

A noção de minoria, com suas remissões musicais, literárias, linguísticas, mas também jurídicas, políticas, é bastante complexa. Minoria e maioria não se opõem apenas de uma maneira quantitativa. Maioria implica uma constante, de expressão ou de conteúdo, como um metro padrão em relação ao qual ela é avaliada. Suponhamos que a constante ou metro seja homem-branco-masculino-adulto-habitante das cidades-falante de uma língua padrão-europeu-heterossexual qualquer (o Ulisses de Joyce ou de Ezra Pound). É evidente que 'o homem' tem a maioria, mesmo se é menos numeroso que os mosquitos, as crianças, as mulheres, os negros, os camponeses, os homossexuais... Etc. É porque ele aparece duas vezes, uma vez na constante, uma vez na variável de onde se extrai a constante. A maioria supõe um estado de poder e de dominação, e não o contrário. Supõe o metro padrão e não o contrário. Mesmo o marxismo traduziu quase sempre a hegemonia do

ponto de vista do operário nacional, qualificado, masculino e com mais de trinta e cinco anos (DELEUZE; GUATTARI, 2009, p. 44-45).

A maioria, pois, é uma condição de *indiferença*, uma vez que pertence ao padrão e existe como uma determinada realidade abstrata que exclui ou oprime aquilo que não se encaixa. Padrões majoritários decorrem de normas sociais, religiosas, culturais etc., mas encontram também lugar dentre as normas jurídicas, ou melhor, dentro de sistemas constitucionais não apenas em situações nas quais prevalece algum tipo de legislação segregacionista, mas também em que, por omissão, tais dinâmicas não contraditadas pelo Direito: como afirmado, Direito é antagônico, a ausência de normas jurídicas em países nos quais exista racismo não proíbe o que há e serve, por ausência de ação, para manter tais realidades pré-existentes.

A maioria sempre é “dominação”, pois implica em uma particularidade do meio social que se perfaz como modelo, e funciona no bojo do sistema político. Tudo é medido e julgado conforme as majorias e sempre onde há majorias há minorias: a regra-padrão e o desvio, a normalização conforme um modo de existir e viver, independentemente de qualquer critério racional; a existência da maioria não pressupõe qualquer operação racional que selecione modos de vida compatíveis ou não com a vida em comum, mas apenas a persistência e a autoridade de um certo modelo sobre os modos.

A priori, as minorias se apresentam como (i) minorias explícitas, isto é, algumas daquelas que são enunciadas pela própria Constituição; (ii) minorias implícitas, que são aquelas que, mesmo a despeito de menção expressa no texto constitucional, pela maneira como existem faticamente e por todo o arcabouço protetivo geral, terminam por demandar interpretações constitucionais objetivas que satisfaçam suas necessidades – muitas vezes de tratamento igualitário ou de liberdade; (iii) as minorias que são majorias aritméticas, isto é, grupos como mulheres ou afrodescendentes, que são a maioria da população, mas não correspondem à referida regra-padrão, possuindo uma existência quantitativa relevante que não encontra expressão política semelhante à sua importância social; (iv) as minorias que são também minorias aritméticas, como os ciganos ou os índios, os quais têm uma presença social e política ínfima, mas não por causalidade, e sim por correlação.

Um *direito constitucional à diferença* possibilita que o sujeito, mais do que circunscrito à delimitação formal do “cidadão” ou do “nacional” e, além até da abrangência universal que a figura da “pessoa humana” possa ter, trata-se da constatação

de que o sujeito possa existir, enquanto pessoa humana, de diversas formas possíveis, desde que não prejudique objetivamente a outrem. A dificuldade que se instala a respeito de entender e aplicar um *direito constitucional à diferença* é de ordem hermenêutica, em que tanto por tradição histórica quanto filosófica a diferença entra como conceito negativo face à noção de uma universalidade que conseguiria estabelecer o estatuto do sujeito do direito moderno; ocorre que é na singularidade – e na ideia de singularidade ela própria, para além do bem e do mal – que a possibilidade de um direito capaz de dar conta das demandas reais.

Nesse sentido, Gilles Deleuze nos presenteia com uma noção clara e distinta do que é diferença, seguindo a trilha de Espinosa, como se faz notar no seu magnífico *Diferença e Repetição*:

(...) aquilo do qual o ser se diz é repartido segundo diferenças individuantes essencialmente móveis, que dão necessariamente a ‘cada um’ uma pluralidade de significações modais. Este programa é exposto e demonstrado com gênio desde o início da *Ética* (de Espinosa): aprendemos que os atributos são irreduzíveis a gêneros ou a categorias, porque eles são *formalmente* distintos, mas são todos iguais e ontologicamente um e não introduzem qualquer divisão na substância que se exprime ou se diz através deles num mesmo sentido tem outros termos, a distinção real entre atributos é uma distinção formal e não numérica (DELEUZE, 2009, p. 287).

A diferença, pois, é expressão da singularidade dos seres, algo próprio à existência, e não um tipo de anomalia de uma existência (como se pudesse ser) modelar, ideal e perfeita. Nesse sentido, mais do que pensar em um direito à diferença nos termos de um, quem sabe, direito do sujeito estar fora do padrão – realizando assim um desdobramento do seu direito à liberdade, mas poderia ser também um desenvolvimento do direito à igualdade, conforme se enxergue –, falamos da inexistência de um padrão do modo de existir – uma vez que ilícitos penais e de qualquer outra natureza se apuram em ato e não na essência deste ou aquele modo de vida – e um direito à diferença como um direito de podermos ser quem somos. Isso aparece de forma complexa e difusa no sistema, mas é incontornável o fato de existir, sobretudo, um direito à existência, o que se manifesta de incontáveis maneiras, desde o direito à vida até o direito à liberdade. Em outras palavras, é a possibilidade de enunciar – e operacionalizar – juridicamente a noção da liberdade como efetivação da própria potência, presente em Espinosa de forma

incontornável. Mas a diferença, isto é, a expressão da condição singular em meio ao todo, que nos parece ser a fronteira correta na qual um direito que vise a realizar tal operação precisa estar referenciado.

Em todo caso, a divisão da esfera social, na qual a coletividade existe, e a esfera política, na qual a sociedade se organiza para produzir direitos e dirigir seus rumos, é possível entender com mais nitidez do que se trata a minoria: esteja ou não identificada pelo poder constituído, seja ou não também do ponto de vista aritmético na sociedade, ocorre que nos espaços de poder, a minoria é realmente minoritária ou está em estado de desvantagem.

Por exemplo, na composição do atual Congresso Nacional brasileiro, as mulheres somam apenas 10% do total de deputados federais e 13% dos senadores, o que é claramente desproporcional ao total de mulheres existente no eleitorado em 2014, qual seja, de 52% dos eleitores, conforme declara o Tribunal Superior Eleitoral.³⁰ Ainda, cumpre salientar que apenas 3% dos eleitos nas Eleições Gerais de 2014 se declaram negros, ao passo que 7,6% se autodeclaravam negros no Censo de 2010 e mais de 40% afirmavam ser pardos.³¹

A questão das minorias não é, pois, apenas o não reconhecimento legal da existência de diferenças, e das necessidades e anseios diversos, no interior de uma sociedade, mas também, e sobretudo, a impossibilidade, total e relativa, de certos grupos se fazerem sujeitos políticos. Se a democracia é precisamente o devir político do social e do reconhecido pelo Direito, a minoria é a singularidade condenada à indiferença ao não reconhecimento jurídico ou a um estatuto jurídico que não lhe assegure a capacidade política ativa – o que, reiteramos, ocorre não apenas pelo motivo do Direito vigente estabelecer isto como, também, não conseguir estabelecer uma realidade diversa, seja por total omissão ou ausência de normas jurídicas (sejam legais, administrativas ou judiciais) face à determinada realidade social. O que não é dito pelo Direito vigente em determinada

³⁰ Tais dados estão disponíveis nos links de <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/brasil-fica-atras-ate-do-orientemedioem-participacao-feminina-na-politica/>> e, também, em <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2015/Marco/especial-dia-da-mulher-numero-de-eleitoras-e-candidatas-registra-crescimento-no-pais>>, ambos verificados pela última vez em 02 nov. 2015.

³¹ Conforme se verifica pelas informações disponíveis nos seguintes links: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/so-3-dos-eleitos-em-2014-se-declaram-negros/>> e <<http://www.brasil.gov.br/educacao/2012/07/censo-2010-mostra-as-diferencas-entre-caracteristicas-gerais-da-populacao-brasileira>>, ambos verificados pela última vez em 02 nov. 2015.

parte é tão ou mais importante do que aquilo por ele regulado.

D'outro bordo, o problema das minorias aparece para a Ciência do Direito Constitucional menos como uma questão de reconhecimento pelo sistema de direitos e garantias individuais: trata-se da maneira como as normas políticas da Constituição se reportam, ou não se reportam, aos fenômenos de desigualdade existentes na sociedade – ou mesmo da desarticulação e dissonância entre os direitos e garantias fundamentais e as normas políticas da Constituição.

Do ponto de vista da hermenêutica da Constituição Brasileira de 1988, ainda que no texto de nossa Lei Maior “maiorias” e “minorias” apareçam meramente como expressões de dados quantitativos quais quizer – geralmente parlamentares ou eleitorais –, a existência destas noções aparece na maneira como os direitos a igualdade e liberdades são previstos e pela própria ideia de que existem desigualdades e discriminações; como veremos, existem grupos minoritários (alguns como os índios, que estão fora do próprio padrão cultural preponderante), mas a questão é precisamente da articulação entre tal reconhecimento e as normas que fixam a forma, e as condições nas quais o poder é instituído.

Nesse sentido, o aspecto protetivo das minorias ocupa posição central. E para falar sobre as minorias é antes preciso falar em *diferença* e como esta noção é concebida no plano constitucional. É esse ponto particular da Constituição de 1988 que interessa especificamente a esta dissertação. Um determinado aspecto dos chamados direitos de terceira geração (BONAVIDES, 2010), ou os direitos de fraternidade: a Constituição reconhece as pessoas humanas como irmãos, isto é, iguais e, ao mesmo tempo, singularíssimos.

A diferença a qual fazemos referência, por óbvio, não consiste na diferença negativa, isto é, de um setor ou indivíduo sobre o outro, a qual é vedada em diversas situações em virtude da igualdade, mas a diferença ela mesma nos termos da condição própria de ser ou estar enquanto singularidade: isto ocorre, por exemplo, no caso do art. 7º, XXX da Lei Maior, que estabelece inequivocamente que é direito dos trabalhadores urbanos e rurais a “proibição de diferença (**grifo nosso**) de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”.

A diferença à qual o referido artigo alude é, naturalmente, de cunho negativo, isto é, um valor a menos infundadamente não recebido em virtude de características

singulares de certos trabalhadores; paradoxalmente, ao realizar esta operação, a Constituição reconhece que os trabalhadores não são uma massa homogênea, mas sim um conjunto de singularidades, cujas diferenças podem ser de gênero, faixa etária, fenótipo ou estado civil, as quais devem ser respeitadas – não existe, portanto, em nossa Carta Magna, um tipo homogêneo de trabalhador, a qual mascararia esse tipo de discriminação, mas a noção de que existem, por exemplo, trabalhadoras, trabalhadores jovens, trabalhadores negros ou trabalhadores solteiros.

As mulheres, por exemplo, embora tenham iguais direitos e obrigações em relação aos homens (art. 5º, I, CRFB), nem por isso deixam de possuir garantias laborais quanto à gestação, em virtude do art. 7º, XVIII, CRFB – o qual entende como direito das *trabalhadoras* a “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias” – ou um estatuto distinto em relação ao serviço militar – conforme determina o art. 143, § 2º, CRFB: “As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir”. Isto é, a igualdade não entra em conflito com o direito constitucional à e na diferença – *in casu*, de gênero –, ao contrário, estes se complementam: a igualdade entre homens e mulheres é, pois, de conteúdo não discriminatório e de cunho equiparativo naquilo que, entre ambos os gêneros, for naturalmente igual mas esteja a padecer de qualquer desigualdade ou assimetria injustificada, isto é, a igualdade de gênero não exclui, nem poderia, as singularidades que cada gênero possui, as quais implicam em diferentes direitos demandados.

Retrocedendo mais ainda, quando o próprio texto constitucional trata dos “trabalhadores”, atribuindo-lhes direitos específicos, significa que o constituinte reconheceu que o processo produtivo não é feito de partes homogeneamente iguais, muito pelo contrário. A existência do art. 7º da Lei Maior implica em processo de delimitação de uma diferença (o trabalhador é diferente do proprietário), reconhecimento das necessidades singulares do grupo e de uma vulnerabilidade inerente ao grupo (o trabalhador demanda mais do que o proprietário, pois está em uma situação faticamente mais vulnerável, o que resulta em direitos específicos) e, por fim, a determinação da forma como ocorrerá essa proteção.

O mesmo ocorre com os índios, símbolo mais radical impossível da forma como a Constituição concebe a diferença; ainda que a cultura indígena, em certa medida, tenha

colaborado para fundar o que se pode denominar “civilização brasileira”, a existência de povos nativos em seu modo de vida originário, os coloca fora do processo civilizatório: embora consistam em culturas que não são, nem pretendam ou precisem ser, civilizadas, a Constituição impõe que a civilização brasileira respeite isso; não é respeito à forma de integrar a civilização apenas, mas de, inclusive, não fazer parte dela.

É fato que todo o Capítulo VII da Ordem Social da Constituição, abrangido pelo disposto nos artigos 231 e 232 da Lei Maior (ARAÚJO, 2015, p. 21), estabelece as linhas gerais da constitucionalização da questão indígena, mas também se verifica a temática no art. 22, XIV (competência privativa da União para legislar sobre populações indígenas), art. 49, XVI (competência exclusiva do Congresso Nacional para legislar sobre aproveitamento de recursos hídricos e minerais em terras indígenas), art. 109, XI (competência dos juízes federais para decidir disputas sobre direito indígena), art. 129, V (estabelece a função institucional do ministério público em defender judicialmente os direitos e interesses da população indígena), art. 175, §1º (estabelecimento de regras específicas para “a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais” em terras indígenas), art. 210, § 2º (garantia às comunidades indígenas de respeito às suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagens), art. 215, § 1º (proteção específica, realizada pelo Estado, em relação às suas manifestações culturais), art. 67, ADCT (demarcação em cinco anos da promulgação da Constituição de todas as terras indígenas) todos da Carta Magna.

Nesse sentido, no exemplo dos índios, verifica-se um mesmo padrão que designa a fórmula geral adotada pelo constituinte pátrio para exprimir a diferença: (i) delimita a diferença (*designa um sujeito tal*, o índio, o trabalhador – os quais se desdobram –, as mulheres etc.); (ii) estabelece direitos específicos àquele grupo, expressando medidas assecuratórias que têm em vista a proteção face à sua vulnerabilidade específica (*o que*, em sentido constitucional, isto é, a substância jurídico-constitucional para tanto (iii) determina a forma como isso dará (*como*, isto é, qual o processo pelo qual tal sujeito pode reivindicar seus direitos, seja diretamente expresso no texto constitucional ou na forma de menção à lei); (iv) os dispositivos encontram-se espalhados pelo texto da Constituição, mas devem ser interpretados como um subsistema no interior do sistema constitucional,

como, por exemplo, ocorre com as pessoas com deficiência.³²

O terreno plano da noção do direito à diferença chega à questão das minorias na medida em que, faticamente, se percebe que determinadas existências diferentes precisam de proteção específica e redobrada não só por uma questão de vulnerabilidade intrínseca e natural como, também, por uma vulneração recorrente na vida social cotidiana; não ocorre apenas que as crianças e os adolescentes são mais vulneráveis por questões físicas ou psicológicas, mas que também, em virtude disso, sofrem violências recorrentes. Nesse sentido, não falamos de uma forma de exercício regular da liberdade de expressão – uma das maneiras pela qual o direito à diferença emerge mais serenamente –, mas da própria necessidade de haver prestações positivas do Poder Constituído para que tal diferença subsista com bem-estar. A minoria, pois, está em desvantagem, mas paradoxalmente ela tem existência real uma vez que independe de um modelo qualquer para existir – e existe a despeito das contingências.

A democracia, contudo, não é o regime que prevê o mando ou a lei da maioria, ela apenas considera a maioria numérica no sentido de equiparar um corpo social desigual – em matéria econômica, de gênero, racial, etária etc. –, o que serve, precisamente para dar voz e poder às minorias.³³ A maioria numérica aqui é apenas uma circunstância meramente formal, a qual deve ser balizada justamente para dar conta da proteção aos desfavorecidos, isto é, sua expressão serve só, e somente só, para elevar as minorias, não para as igualar em uma situação assimétrica.

Do contrário, fosse a democracia mera regra da maioria (numérica, quantitativa), tanto a noção de *cláusulas pétreas* (art. 60, §, 4º, CRFB) quanto a de *inafastabilidade da jurisdição* (art. 5ª, XXXV, CRFB) seriam impensáveis – quando na verdade são partes basilares da arquitetura constitucional. *A decisão democrática é aquela fundada na racionalidade*, a qual usa da decisão de maiorias ocasionais somente para aquilo que, de

³² Como se pode ler na excelente obra de Luiz Alberto David Araújo a respeito do tema: *A Proteção Constitucional Das Pessoas Com Deficiência*. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (Corde) da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, 4º edição, revista, ampliada e atualizada, 2011.

³³ Nesse sentido, concordamos com Luiz Alberto David Araújo, que aquilo que ele propõe como direito à diversidade é bom para maiorias e minorias, mas entendemos como maiorias do ponto de vista quantitativo, no entanto, buscamos aqui estabelecer um critério de separação à luz do conceito qualitativo e intensivo.

maneira tautológica, diga respeito às maiorias em questões ocasionais (como a escolha de um governo ou dos parlamentos, para as quais, desde que os partidos políticos cumpram regras mínimas, o sistema não admite uma fixidez, mas, muito pelo contrário, admite a possibilidade de mudanças dentro do contexto do plano constitucional); o que diz respeito às minorias, muitas vezes à sua própria existência, não é submetido ao juízo coletivo tampouco sob condições de ocasião.

O fundamento das cláusulas *pétreas* suscita que há vigas mestras no sistema, portanto, itens inamovíveis. Elas dizem respeito à forma federativa de Estado; ao voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; aos direitos e garantias individuais. Em resumo, tais cláusulas pétreas manifestam duplamente o caráter democrático da Lei Maior de 1988: (i) *formalmente*, pois se a decisão na democracia é, apriorística e aparentemente, majoritária (em sentido aritmético), a existência de situações que não estão sob o arbítrio momentâneo, suscita que a decisão majoritária é meramente instrumental no contexto de um procedimento racional, o qual pode prescindir desta forma; (ii) *materialmente*, pois o conteúdo que esta visa proteger é da natureza democrática e pluralista do sistema, não apenas questões formais da organização do Estado por meio da distribuição de certas competências.

A inafastabilidade da jurisdição, por outro lado, surge como uma peça curiosa, pois concede a um poder não eleito, e não submetido diretamente às mudanças da política, a competência para decidir em último caso sobre os conflitos no corpo social. Não poderia haver metáfora melhor do que o fato do Judiciário ser, a exemplo do ocorre na Medicina, uma espécie de antídoto, o qual quase sempre nas ciências médicas é produzido a partir do veneno ou da doença que neutraliza; a estrutura do Judiciário, aparentemente contraditória da democracia, ainda que possua sua problemática interna própria – a qual desenvolveremos no momento oportuno nesta dissertação –, consiste em um corpo paradoxal que (aparentemente) trai a democracia para (verdadeiramente) garanti-la.

Há, contudo, *um terreno cinzento*. Em outras palavras, o problema pode ser colocado nos seguintes termos: do ponto de vista constitucional, existe reconhecimento das normas jurídicas que estabelecem o nexó protetivo para certas minorias, mas paradoxalmente, as instâncias que deveriam operar e efetivar tais direitos não necessariamente o fazem.

A aparente congruência entre as instituições políticas e as garantias e direitos que

estas deveriam proteger só poderia estar em dúvida: nenhuma norma se realiza automaticamente, antes depende que as instituições competentes o faça, sendo que tais instituições são, antes de mais nada, determinadas pelas normas políticas da Constituição.

A pedra de toque do sistema brasileiro é, pois, a soberania popular, o que, como verificamos, possui uma relação longe de ser absolutamente inerente à tradição democrática, por mais que as aparências nos façam crer no inverso.

Na doutrina da soberania popular, uma vez que todos são partes de uma mesma unidade homogênea, a igualdade formal entre as partes é, inclusive, pressuposto lógico. A partir daí o mecanismo decisório passa a se estruturar em instituições que decorrem dessa verdade: os parlamentos e, eventualmente, presidentes que sejam eleitos pela maioria dos cidadãos e a prevalência da opinião majoritária, sofrendo o matiz da opinião minoritária assegurada, eventualmente, pelos tribunais. Tal máquina é extremamente complexa, contudo.

Ocorre a coexistência entre a soberania popular e o sobredito sistema de direitos e garantias individuais, o que consiste em um aparente paradoxo. Passemos ao exame mais aprofundado do povo e da soberania popular, portanto.

CAPÍTULO 5 – CONCEITO DE POVO E SOBERANIA POPULAR

O povo é o sujeito essencial da Lei Maior de 1988, conforme nos antecipa seu Preâmbulo: neste consta que os deputados constituintes são seus representantes da mesma forma que este aparece, no interior do texto constitucional como fonte da emanção do poder, conforme o art. 1º, §4º – tal protagonismo significa, pois, que o povo é soberano. Se o soberano é aquele que não encontra entidade que lhe limite na ordem externa e nem igual na ordem interna (BONAVIDES, 2012, p. 550) conforme uma tradição que vem de Bodin (1993), então o povo toma o lugar do monarca absoluto nas constituições contemporâneas e, não só, se torna o sujeito central do que passa a se compreender por democracia – tornando a definição da democracia como “governo do povo” quase um mantra, por mais que isto contradiga o próprio significado exato do termo.

De tal modo, convém indagar o que significa o próprio povo, o que significa soberania e como tais noções se articulam no bojo da democracia atual vigente – inclusive naquela inscrita na Lei Maior brasileira, ponderado sistema de direitos e garantias fundamentais e, como exposto, o próprio reconhecimento da existência de minorias, de padrões desviantes, que devem ter seus direitos, na medida de sua singularidade, protegidos pela ordem constitucional vigente.

O povo em sentido específico, apesar da origem imemorable do termo, adquiriu com o passar dos anos significado próprio no campo do Direito: primeiro com a experiência prática dos romanos, mas, depois, de forma sistematizada e teórica com o pensamento jurídico até sua entrada na modernidade.

Já a soberania, *grosso modo*, embora nos remeta imediatamente à figura dos monarcas absolutos e modernos, por seu turno, é uma engenhosidade muito mais complexa. Embora não apareça enunciada, direta ou indiretamente, apenas em constituições democráticas – vide os casos da República Popular da China³⁴ ou da

³⁴ A Constituição da República Popular da China se assenta, como seu art. 1º prescreve, em uma “ditadura democrático-popular”, enunciando a fórmula clássica da soberania popular – apesar de fazer menção à democracia, o segundo parágrafo do mesmo artigo já prevê a proibição expressa do dissenso. Texto na íntegra disponível em http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/2007-11/15/content_1372963.htm, último acesso em 10 dez. 2015.

primeira Constituição da França de 1791³⁵ – a soberania popular está associada ao imaginário constitucional democrático atual, o que também se aplica aos textos constitucionais subvertidos de seu caráter democrático originário, conforme o exemplo trágico e recorrente da Constituição do Weimar.³⁶ O mesmo se pode dizer do caso das modernas monarquias constitucionais, a exemplo da Espanha.³⁷

Se nem sempre a soberania popular vem acompanhada da democracia, por outro lado, a democracia contemporânea aparece pareada com a soberania. E é precisamente isto que ocorre com a Constituição brasileira contemporânea a exemplo das citadas. Como seria possível tal articulação? Em que isso se contrapõe à concepção clássica de democracia? A articulação de ambos como estrutura determinante de uma democracia é precisamente o enigma a se desvendar, uma vez que o aparente antagonismo da soberania popular em relação à soberania monárquica esconde a contiguidade determinada pela noção de soberania em sentido amplo. E se “A maioria supõe um estado de poder e de dominação”, como diriam Deleuze e Guattari (2009), chegamos próximos à questão central.

5.1 O Conceito Jurídico de Povo

Ocorre que “povo” é uma das terminologias possíveis de coletividade humana, possuindo este sentido específico e técnico, o qual remonta ao pensamento do jurisconsulto romano Marco Túlio Cícero, que pontificou: “[...]populus [autem] non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus” (CÍCERO, 2015, Livro I, 39).³⁸

³⁵ Por sinal, a primeira Constituição francesa posterior à Revolução, a qual ainda mantém a monarquia, mas a submete à ordem jurídica. Texto disponível em <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>, último acesso em 10 dez. 2015.

³⁶ A Constituição do Weimar, instituidora do Estado democrático e social na Alemanha ao fim da Primeira Guerra Mundial concedia, contudo, poderes extraordinários ao Estado em momentos de crise, o que permitiu ao totalitarismo nazista governar com poderes especiais, talvez subvertendo a Constituição, mas sem precisar necessariamente derrogá-la. Tal possibilidade, como se sabe, é motivo de intensa inquietação no pensamento jurídico e em várias áreas do saber (AGAMBEN, 2004). O texto na íntegra da referida Constituição pode ser encontrado em <http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php>, último acesso em 10 dez. 2015.

³⁷ Que prevê a soberania popular já em seu artigo 1º, texto disponível em <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=1&fin=9&tipo=2>>, último acesso em 10 dez. 2015.

³⁸ Em português: “O povo não é todo conjunto de homens congregado de qualquer modo, mas o conjunto de uma multidão associada por um consenso de direito e por uma comum utilidade” (CÍCERO apud SILVA

Portanto, o povo não é um conjunto bruto ou atomizado de pessoas em dado lugar e em certo momento – diferentemente da população, que é a somatória dos seres humanos existentes no território nacional (DALLARI, 2013, p. 100), consistindo em conceito, *a priori*, estatístico e geográfico, mas sim numa comunidade vinculada juridicamente, tanto no que diz respeito à fundação quanto ao protagonismo: à luz da organização moderna, o povo é a coletividade reconhecida como o “conjunto dos cidadãos do Estado” (DALLARI, 2013, p. 104).

Assim sendo, conforme Silva Filho, a formação do povo depende de três condições:

Três condições para que um conjunto de homens constitua ‘povo’: 1) constituir ‘multidão’, 2) compartilhar o mesmo ius e 3) restringir o útil ao que for comum ou público. Desse modo, para que uma ‘multidão’ adquira o estatuto de *populus* e os homens que a compõem, o de ‘cives’, eles devem constituir ‘*consensus iuris et utilitatis communio*’ (SILVA FILHO, 2013, p. 86).

O povo, pois, é uma unidade sintética e homogênea criada a partir da multidão, a qual tem dois liames centrais: o consenso de direito e a utilidade comum. Seu elo é precisamente a vinculação jurídica em seu caráter mais elementar, isto é, a partilha de uma noção consensual de direito – do que é de direito e do que é devido – junto que é a razão prática teleológica daquele grupo existir. Multidão, consenso de direito e utilidade: substrato, estrutura e norteador do conceito jurídico de povo.

Enquanto abstração, o conceito de povo não possui multiplicidade própria, mas multiplicidade como fundamento: ocorre que no que toca sua ocorrência, se percebe que não há possibilidade de apagar do povo o elemento múltiplo originário, fazendo-o consistir, pois, em um esforço para se reduzir às multiplicidades intensivas à fórmula do Um, a qual permite apenas uma separação dos seus elementos apenas por *a posteriori* – em outras palavras, o povo não é apenas um conceito jurídico, mas também norma jurídica:

Spinoza nos dá uma ideia inicial de como poderia ser a anatomia de um corpo assim ‘o corpo humano’, escreve ele, ‘é composto de muitos

FILHO, p. 85).

indivíduos de naturezas diferentes, cada um dos quais é altamente heterogêneo’ – e, no entanto, essa multidão de multidões é capaz de agir em comum como um corpo único. Seja como for, ainda que a multidão forme um corpo, continuará sempre e necessariamente a ser uma composição plural, e nunca se tornará um todo unitário dividido por órgãos hierárquicos (HARDT; NEGRI, 2005, p. 248).

Uma vez o conceito de povo não é apenas jurídico como propriamente normativo, a existência do povo se dá sempre de maneira imaginária, obedecendo à fórmula “mais do que o zero e menos do que infinito” de efetividade (ver item 2.4): a figura do povo se insurge sobre a multidão que lhe funda, mas não apaga em absoluto os seus traços fundantes; o povo, ao perfazer o movimento antagônico à multidão, produz um efeito que identifica, determina e traduz aritmeticamente, mas é incapaz de reduzir por completo a situação original.

A complexidade do conceito de povo se dá, justamente, porque ele não apenas funciona como norma, transformando a multidão, como depende da implicação de um “consenso de Direito”, isto é, uma ideia geral do que é Direito – não só seu sentido como sua estrutura – para poder se formar enquanto tal e, ainda, de uma implicação política que seleciona o que é útil e o que não é.

Ainda, sobre a relação entre povo e república, verifica-se, pois, uma circularidade entre um e outro, a qual se expressa da seguinte maneira:

As duas condições cujas expressões são articuladas pela conjunção ‘et’ constituem, afinal, a ‘res’ de um ‘populus’, a ‘res’ ‘populi’? Se sim, na definição de ‘populus’ já se encontra a de res publica, e de fato esta parece implicar aquela. Desse modo, o que a definição de ‘populus’ expressa é o retroverso da de res publica. Melhor dizendo, se ‘res’ ‘publica’ é ‘res’ ‘populi’, ‘populus’ é ‘coetus multitudinis re sociatus’: aí, bem como em ‘res publica’, ‘res’ substituiria e conteria ‘iuris consensus’ e ‘utilitatis communio’. Por conseguinte, a definição de ‘res publica’ e a de ‘populus’ são intercambiáveis, uma se encontra implicada na outra e em reciprocidade uma desdobra a outra: não há “república” sem “povo”, nem “povo” sem “república”, a fundação e a ruína de um são simultaneamente as do outro. (SILVA FILHO, 2013, p. 89).

De tal sorte, Cícero implica as duas noções, a de povo e a de república, o que será central para o pensamento jurídico dali em diante: onde há um, há também o outro. E República, portanto, aparecerá como em Bodin (1993), isto é, como sinônimo de

Estado.³⁹ Muito embora historicamente a noção de *populus* tenha sido anterior à de república, em sentido jurídico, há, sim, uma implicação mútua que poderia se explicar por outra fórmula: onde há povo *deve haver* uma república (um Estado), e onde há uma república (um Estado) *deve haver* um povo.

Faticamente, as coisas não se implicam, uma vez que é perfeitamente possível imaginar povos sem Estado (curdos, palestinos etc.) como, também, Estados que não tenham um povo efetivamente constituído (como ocorre com muitas repúblicas africanas modernas, as quais existem em territórios sem qualquer correlação com a distribuição étnica); a normatividade do povo é o que explica a aparente anomalia de tais situações, justificando a reivindicação dos povos sem Estado e causando estranheza sobre a legitimidade dos Estados que não possuem um povo efetivamente constituído. É justamente isso que atesta o fato de que o conceito de povo em Cícero é jurídico – e não mais apenas histórico, filosófico etc. Pois se sob qualquer ponto de vista não possa haver implicação imediata entre povo e república – o segundo termo seria apenas uma possibilidade de desdobramento do primeiro – no sentido jurídico não se pode dizer o mesmo, pois estamos a falar no sentido normativo jurídico de república (Estado) e de povo.

É, pois, possível imaginar que exista hoje uma multidão global (HARDT; NEGRI, 2005), mas não um povo global, uma vez que o conceito de multidão é eminentemente constitutivo, potencial e positivo em contraste ao povo, que, em sua acepção jurídica, é uma forma de negação da multidão. A possibilidade de um povo global, portanto, se daria apenas na incidência da eventual, porém remota, hipótese de surgimento de um efetivo Estado global.

Curiosamente, mais do que servir de elemento constitutivo do Estado (DALLARI, 2013; AZEVEDO GONZAGA; DE CICCIO, 2013), ocorre uma implicação mútua entre povo e Estado por conta de sua normatividade, mas é certo que o povo funda o Estado (ou sempre deva fundar), o que termina por lhe conceder um direito face à comunidade de interacional. Essa implicação produz inexoravelmente a ideia de uma territorialidade, ou melhor, o direito a um território e a expectativa de direito em relação

³⁹ Bodin usa o termo “*république*”, dando preferência ao termo “Estado” – termo que aparece pela primeira vez em *O Príncipe* de Maquiavel (2015), de 1532, que, apesar de anterior em mais de quatro décadas à referida obra de Bodin, só conseguiu popularizar o termo “Estado” na posteridade.

a um território específico, mas implica sempre em limites físicos determinados de maneira abstrata.

Contudo, ainda há um terceiro elemento, qual seja a soberania, que igualmente se encontra no interior do conceito de povo e aparece, de forma sutil, no sentido de consenso de direito, o que, a bem da verdade, consiste na apresentação do *direito na forma de um consenso* para a consecução de um fim comum que é utilitário.

Existe um significado bastante determinado para consenso, o qual excede, em muito, a mera ideia de um acordo, ou o mero entendimento universal e natural; há uma proximidade inevitável entre o “consenso” e a “*doxa*” grega – e Cícero, como grande helenista, bem o sabia. Para os latinos, não existe uma tradução única para “*doxa*”, a qual adquire as formas do consenso (no campo epistemológico), da opinião (quando se trata da formação do entendimento de maneira vulgar na discussão pública) e, por fim, da aclamação ou da glória (no sentido de louvor) – em todo caso, os quatro termos, que são de fato as quatro faces de um mesmo fenômeno que os gregos, não sem razão, identificavam por uma única palavra.

Uma proposição consensual, opinativa, aclamativa ou glorificadora se dá por uma operação diversa do pensamento filosófico ou da boa razão: trata-se, pois, da construção da verdade sem a verificação racional de seus pressupostos de validade lógica, mas sim pela ação de uma força externa, na forma de uma instância superior, que faz aquela proposição adquirir o pressuposto de verdade em razão de um processo de autorização.

O consenso sobre algo – aqui, sobre o Direito – não é uma verdade que atenda a certo parâmetro de racionalidade, seja a que enxerga na verdade uma dimensão transcendental como na teologia ou em Kant (2005), nem a que entende a verdade no plano de imanência, isto é, a verdade como uma proposição que seja congruente dentro de um determinado sistema discursivo (AVERRÓIS 2015; ESPINOSA 2004). O consenso, pois, é uma construção cuja validade repousa em quem ou em quantos lhe atribuíram estatuto de verdade e não na boa razão: verdades racionais, seja por qualquer perspectiva que sejam construídas ou entendidas, decorrem de operações metódicas de verificação e validação; uma verdade consensual decorre do entendimento médio, recorrente e, não só, excludente sobre algo, ou pela força da hierarquia, mas não um procedimento metódico.

A verdade consensual funciona por imputação, em termos nada estranhos aos que postulou Kelsen (2009) quando da diferenciação da norma jurídica dos fenômenos naturais; algo é porque é, porque foi determinado por quem de Direito em um processo autorizado em série, iniciado pela Norma Hipotética Fundamental – o que não nos parece especificidade e generalidade do Direito, mas sim uma ocorrência do fenômeno jurídico em um contexto alheio à democracia, na qual a norma é cumprida pelo simples fato de estar em vigência, convenhamos, nada estranho ao pensamento schmittiano (2009), seu rival intelectual, o que em seu decisionismo vê um papel central na aclamação como construção de verdades.⁴⁰

Assim sendo, o povo se perfaz quando o Direito é produzido como consenso, o qual, para Cícero, contudo, está voltado a uma razão prática e finalística que dá sentido à redução do múltiplo ao uno.

Como observa com acerto Giorgio Agamben (2011), a *doxologia* como a compreendemos hoje não é fruto da apreensão romana do conceito grego, mas também a maneira como se helenizou um conceito bíblico fundamental, que diz muito sobre os paralelos traçados acima.

Naturalmente, não pode deixar de reconhecer que o ‘kabod’, a glória em seu significado bíblico originário, continha antes de mais nada a ideia de um ‘senhorio’ de uma ‘soberania’; (...) Dos três pontos que Maimônides articula o significado de ‘kabod’, o primeiro refere-se ao episódio do Êxodo, em que a ‘glória de YHWH’ aparece aos hebreus como um fogo que consome, circundado por uma nuvem que só Moisés pode penetrar. O segundo em que o termo designaria a essência de Deus, deriva na realidade do mesmo contexto. (...) O terceiro significado, o de louvor por parte das criaturas, é o único significado concreto, na medida que designa uma determinada prática humana (...). Tanto os trabalhos lexicográficos quanto as monografias acabem distinguindo mais ou menos três significados presentes em Maimônides, algumas vezes precisando o segundo no sentido de ‘potência’, ‘grandeza’, ‘peso’ (esse último é etimológico da raiz semita ‘kdb’) (AGAMBEN, p. 215-217).

Ainda que signifiquem coisas diferentes, a tradução grega do *Velho Testamento*,

⁴⁰ Não à toa Paulo Bonavides (2010, p. 177) dirá a respeito disso que:

“Representa essa teoria da Constituição, como se vê, uma legitimação absoluta do Estado absoluto e totalitário. Caminhando por vias opostas, Kelsen com a norma, Schmitt com o decisionismo, ambos se reencontram no resultado final: a dissolução da Constituição como fundamento axiológico do Estado de Direito, de acordo com a pauta dos valores liberais”.

a célebre *Septuaginta*, ao passo que marcou uma helenização dos conceitos hebraicos, por outro lado, não deixou de trazer para o âmbito do pensamento helênico certos conceitos hebraicos. *Doxa* e *Kabod*, por conseguinte, se aproximaram, o que é assombroso: se uma noção *avant la lettre* de soberania já se encontra no conceito bíblico de consenso, no entanto, desde seus primórdios, como vimos, o conceito jurídico de povo está implicado com a ideia de consenso – e consenso a respeito, precisamente, de Direito

A tradição bíblica, pois, aponta para o mesmo: a ideia de uma força grandiosa que opera de fora para dentro: o peso, a ideia que fundamenta o *kabod* hebraico é da ordem da extensão, não sendo, pois, intensivo. O Consenso será a maneira como tal fenômeno, externo, se manifestará internamente – mas não intensivamente – em um plano coletivo: aquilo que é aclamado – isto é, glorificado – torna-se consenso no interior de uma sociedade, portanto, opinião majoritária. E a opinião consensual (em razão disso) – o que se pode exigir da coletividade e o que é exigido por parte desta – termina por caracterizar uma multidão em povo, processo que se completará com um mínimo detalhe, qual seja, a redução da multiplicidade de desejos a uma lei dos fins, isto é, a um objetivo comum definido de forma transcendente que, por seu turno, selecionará o que é útil ou não.

No interior do povo já existe uma noção de soberania, e essa, por seu turno, se encontra entremeada com o sentido de opinião majoritária, ou de consenso. O elemento soberano, portanto, está presente já no interior do conceito jurídico de povo, uma vez que a existência de um consenso de Direito pressupõe uma externa à imanência própria multidão que a transcende, a converte em povo e, assim, criando uma ordem transcendente: a soberania é o nome pelo qual este fenômeno será conhecido na modernidade.

5.2 Conceito Jurídico de Soberania

O conceito genérico de soberania foi desenvolvido no século XVI, a partir da obra do francês Jean Bodin, o qual, em seu *Les Six Livres de La République*, definiu a soberania como “la puissance absolue et perpétuelle d'une République” (1993, p.74), isto é, “a pujança absoluta e perpétua de uma República”. Desde então, o fundamento de um Estado – que na obra de Bodin é intercambiável com Estado – é sua capacidade de existir

não relativamente, mas absolutamente enquanto potência política, determinando regras e governando como ente eterno e sem limitações no território que ocupe.

A república (isto é, o Estado), ao possuir um fundamento soberano, é uma ordem transcendente, a qual constrói ordens emprestando pressupostos de validade às proposições acima de qualquer construção social que pudesse, desde baixo, culminar em regras imanentes de qualquer tipo –por exemplo, o próprio direito da terra dos bárbaros. O exercício do poder político passa, pois, a ser unívoco, hierárquico e centralizado; a soberania é um novo modo de exercitar o poder, um novo instrumental que é diverso daqueles praticados na república ou na democracia durante a antiguidade ou durante o feudalismo, assentando-se na tradição imperial romana, mas ao mesmo tempo diverso dela.

Entende-se, pois, que a partir daí a noção de *exercício de poder* passa a guardar apenas remotamente o sentido que possuía no direito romano (AGAMBEN, 2004, p. 133-113; BERGER, 1968, p. 640), qual seja, ser o complexo de direitos e deveres tanto dos magistrados em sua investidura quanto dos cidadãos comuns, no âmbito doméstico, para mandar em seus lares.

A modernidade, em sentido inverso, concebe o poder como expressão do uno, o que se expressa pela titularidade dada à figura pessoal do monarca ou, depois, à figura do povo: em ambos os casos, o sujeito central que titulariza o poder e o emana, criando uma cadeia de competências para que este seja exercido – o exercício do poder na Roma republicana, ao contrário, partia da multiplicidade de cidadãos para o corpo de magistrados; mesmo que a legitimidade de tais cidadãos decorresse do fato deles fazerem parte do todo popular, ainda assim, sua incidência era múltipla e multívoca.

A doutrina moderna da soberania tem suas sementes claramente do direito imperial romano, ainda que não nasça propriamente nele; segundo a doutrina do Imperador como “lei viva”, conforme observa Agamben, o corpo biológico do ocupante do cargo do Imperador se confundia com o receptáculo unitário e unificante do poder. Portanto, com a morte do Imperador, se impunha uma situação concretamente anárquica, na qual as leis ficavam em suspenso, pois aquele corpo físico era a própria personificação destas (2004, p. 106-108).

Ainda que Agamben use o termo “soberania” para expressar as relações de poder no Império, o fato é que, se o poder estava assentado no próprio corpo físico do

mandatário, não havia ainda, por óbvio, um caráter perpétuo – resolvendo-se, àquele tempo, muitos dos problemas de administração do Império não por seu sistema de regras, mas pela ocasional ou eventual prudência do Imperador em já preparar seu sucessor e assegurar seu processo de sucessão.

Na verdade, é a construção das instituições concernentes à sucessão – e a consequente persistência do Estado – a distinção precisa entre a soberania moderna e a soberania *avant la lettre* dos romanos sob o Império. Embora o soberano moderno também fosse investido pessoalmente como o Imperador, isso se devia ao fato da instituição da monarquia ser de titularidade unipessoal, mas sua existência enquanto expressão do poder soberano era, contudo, impessoal: sua morte jamais deflagraria um processo de anomia, pois as leis permaneceriam vigentes, garantidas pelo liame dos direitos e do processo de sucessão real, como observa Hobbes no *Leviatã*:

Em primeiro lugar, com respeito ao monarca eletivo, cujo poder está limitado à duração de sua vida, como acontece atualmente em muitas regiões da cristandade, ou a certos anos ou meses, como no caso do poder dos ditadores entre os romanos, se ele tiver o direito de designar seu sucessor não será mais eletivo, mas hereditário. Mas se ele não tiver o direito de escolher seu sucessor, nesse caso haverá algum outro homem, ou assembléia, que após sua morte poderá indicar um novo monarca, pois caso contrário o Estado morreria e se dissolveria com ele, voltando à condição de guerra. Se for sabido quem terá o poder de conceder a soberania após sua morte, será também sabido que já antes a soberania lhe pertencia. Porque ninguém tem o direito de dar aquilo que não tem o direito de possuir, e guardar para si mesmo se assim lhe aprouver. E se não houver ninguém com o poder de conceder a soberania, após a morte daquele que foi eleito em primeiro lugar, nesse caso este tem o poder, ou melhor, é obrigado pela lei de natureza a garantir, mediante a escolha de seu sucessor, que aqueles que lhe confiaram o governo não voltem a cair na miserável condição de guerra civil. Consequentemente ele foi, quando eleito, designado como soberano absoluto (HOBBS, 2015, p. 67).

A noção de sucessão real de Hobbes concorda com a assertiva de Bodin a respeito do caráter perpétuo da soberania: a organização estabelecida não pode morrer junto com o corpo físico do monarca, pois aí não haveria realmente soberania. Em outras palavras, pelo próprio raciocínio de Hobbes (2015) e Bodin (1993), considerando o estado de anarquia da Roma imperial durante o luto público – atestado por Agamben (2004) – prova que, até ali, não havia ainda o que se pudesse chamar, de maneira própria, de poder

soberano. Em muitos momentos, e de maneiras diferentes, Hobbes e Bodin fazem constatações históricas que contradizem seu raciocínio, seja por buscarem um sentido de fundação para a soberania ainda no mundo antigo ou seja pela insuficiência de fontes históricas, mas isso, contudo, não invalida as assertivas lógicas que eles fazem a respeito da existência e funcionamento de tal conceito.⁴¹

Para Bodin, por exemplo, a soberania no mundo antigo é em certa medida imprópria, se constituindo mais como a raiz da soberania do que como uma efetiva incidência sua. Ainda que faça referência a uma soberania entre os antigos, ela ainda possuía um caráter não absoluto em seus próprios termos, na medida em que na aristocracia e na monarquia havia a oposição dessas estruturas com o povo, enquanto no “estado popular” havia uma imanência que, a rigor, anularia a possibilidade de soberania:

Singularité de l'état populaire. Or s'il est utile que le Prince souverain, pour bien gouverner un état, ait la puissance des lois sous la sienne, encore est-il plus expédient au seigneur en l'état Aristocratique, et nécessaire au peuple en l'état populaire, car le Monarque est divisé du peuple, et en l'état Aristocratique les seigneurs sont aussi divisés du menu peuple, de sorte qu'en l'une et l'autre République il y a deux parties, à savoir celui ou ceux qui tiennent la souveraineté d'une part, et le peuple de l'autre, [ce] qui cause les difficultés qui sont entre eux, pour les droits de la souveraineté, et qui cessent en l'état populaire : car si le Prince ou les seigneurs qui tiennent l'état, sont obligés à garder les lois, comme plusieurs pensent, et qu'ils ne peuvent faire loi qui ne soit accordée du peuple, ou du Sénat, elle ne pourra aussi être cassée sans le consentement de l'un ou de l'autre, en termes de droit ; ce qui ne peut avoir lieu en l'état populaire, vu que le peuple ne fait qu'un corps, et ne se peut obliger à soi-même.

⁴² (BODIN, 1993, p. 81).

⁴¹ Bodin defende que os primeiros imperadores de fato não tinham soberania, mas não aborda a questão da doutrina da Lei Viva, mas sim que eles eram dignatários que depois se transformaram em tiranos (1993, p. 17, 82), o que em tese atestaria uma soberania popular nos primeiros anos do Império, o que nos parece insuficiente.

⁴² Em uma tradução livre:

“Singularidade do estado popular. É útil que o príncipe soberano, para governar corretamente um estado, detenha sob seu poder as leis, ainda é mais conveniente para o Senhor no Estado aristocrático, e necessário ao povo em um Estado popular, pois o monarca está separado do povo, e no Estado aristocrático os senhores estão também separados das pessoas comuns, de modo que em um e outro República existe em duas partes, nomeadamente aquela que detém a soberania de um lado, e o povo do outro, isto provoca dificuldades entre eles, pelos direitos de soberania, o que não existe em um Estado popular: se o Príncipe ou senhores que comandam o Estado são obrigados a guardar as leis, como muitos pensam, e eles não podem legislar sem que o povo não esteja de acordo, ou o Senado, eles não poderão também ser quebrados sem o consentimento de um ou o outro, nos termos do direito; coisa que só pode ocorrer em um estado popular, visto que o povo se torna um só corpo, e não pode obrigar a si mesmo.”

E, ainda, completa Bodin acerca da instituição do arconte na democracia ateniense:

Le grand Archonte Le grand Archonte d'Athènes n'était pas souverain. Mais que dirons-nous si la puissance absolue est octroyée pour neuf ou dix ans ? comme anciennement en Athènes, le peuple faisait l'un des citoyens souverain, qu'ils appelaient Archonte : je dis toutefois qu'il n'était pas Prince, et n'avait pas la souveraineté, mais bien il était magistrat souverain, et comptable de ses actions envers le peuple, après le temps coulé (BODIN, 1993, p. 76).⁴³

Isto é, “o grande arconte de Atenas não era soberano” justamente porque ele era um cidadão qualquer designado pelos seus pares, para os quais, após seu período no poder, deveria prestar contas: era, pois apenas um simples magistrado. O mesmo juízo faz Bodin a respeito do cargo de ditador⁴⁴, e falava naturalmente, no instituto do direito romano, o qual não era, nem poderia ser soberano:

Le Dictateur n'était pas souverain (...) Je dis néanmoins que ceux-là n'ont pas la souveraineté, attendu qu'ils ne sont rien que dépositaires de la puissance qu'on leur a baillée à certain temps. Aussi le peuple ne se des saisit point de la souveraineté, quando il établit un ou plusieurs lieutenants, avec puissance absolue à certain temps limité, (...) ⁴⁵ (BODIN, 1993, p. 76).

Portanto, para Bodin, a existência do exercício do poder, cumprindo função designada na imanência da coletividade descaracterizava a soberania. Sem ter a cabeça para fora da ordem que comanda, o arconte ateniense não é soberano; já o ditador, apesar dos amplos poderes, também não é soberano porque seus poderes têm limitação temporal

⁴³ Em uma tradução livre:

“O grande arconte de Atenas não era soberano. Mas que diremos se a pujança absoluta lhe era conferida por nove ou dez anos? Antigamente, em Atenas, o povo fazia um dos cidadãos soberano e o chamavam Archon: Mas eu digo que não era um príncipe, e não tinha nenhuma soberania, mas era magistrado soberano, devendo prestar conta de suas ações para as pessoas depois do fim de seu mando.”

⁴⁴ No caso, Bodin faz referência ao instituto jurídico da ditadura conforme, o que difere do conceito contemporâneo de ditadura, cunhado apenas no século XX por Carl Schmitt, em seu célebre *A Ditadura* (1931) justamente com o nome de “ditadura soberana” para se diferenciar da ditadura comissária, qual seja o instituto até ali vigente de ditadura.

⁴⁵ Em tradução livre:

“O Ditador não era soberano (...) Eu ainda digo que aqueles não têm soberania, já que eles não são mais do que depositários do poder que lhes é dado por um certo tempo. Também o povo não renuncia à soberania quando se estabelece um ou mais lugares-tenentes, com poder absoluto por algum tempo limitado.”

e podem ser irrevogáveis. Ainda, não havia, contudo, uma resolução unitária do poder, nem na monarquia, nem na aristocracia antigas, mas uma dualidade, ao passo que na forma atual a soberania apareceria absoluta.

É Hobbes que resolverá o problema, por meio da ideia de pacto social e fundação que irá, ao concordar com os pressupostos de caracterização da soberania dispostos por Bodin, enfim construir uma explicação conceitual para explicá-los: para o pensador inglês não existe uma distinção ontológica entre soberania monárquica e soberania popular, as quais eram espécies do mesmo gênero:

Quando se confere a soberania a uma assembléia de homens, ninguém deve imaginar que um tal pacto faça parte da instituição. Pois ninguém é suficientemente tolo para dizer, por exemplo, que o povo de Roma fez um pacto com os romanos para deter a soberania sob tais e tais condições, as quais, quando não cumpridas, dariam aos romanos o direito de depor o povo de Roma. O fato de os homens não verem a razão para que se passe o mesmo numa monarquia e num governo popular deriva da ambição de alguns, que vêem com mais simpatia o governo de uma assembléia, da qual podem ter a esperança de vir a participar, do que o de uma monarquia, da qual é impossível esperarem desfrutar (HOBBS, 2015, p.62).

A fórmula de Hobbes (2015) é a-histórica e ideológica, pois se presta à edificação de um projeto político de organização social, o que se vê ao estipular uma tradição soberana mais antiga e regular que a do próprio Bodin, mas a partir dela é possível compreender a soberania moderna: Hobbes, contudo, diverge de Bodin e constrói uma teoria da soberania popular própria, assentado no mecanismo do *pacto social*: este serve para construir um elo que cria uma efetiva soberania. Se a soberania popular em Bodin é imprópria – o que na forma de eufemismo ele preferia chamar de “singular” – e remete, na verdade, à efetiva democracia, em Hobbes ela é apenas uma espécie do gênero soberano, o qual é delimitado por pacto social do qual podem derivar regimes monárquicos, aristocráticos ou populares.

O pacto social é precisamente o dispositivo que reduz ao Um a estrutura política, e que inclusive serve como mecanismo de captura da democracia, se houver: a partir dele, não haveria mais uma oposição entre monarcas ou aristocratas e o povo, mas a existência de uma ordem unitária cujas partições e clivagens só podem se dar exclusivamente *a posteriori*.

De tal sorte, a soberania em sentido estrito é inequivocamente uma criação moderna que resulta não apenas, como exposto, na unificação do poder por meio da titularização de seu exercício nas mãos de um sujeito determinado – do qual deriva uma hierarquia na forma de instituições – como, também, é uma estrutura de contiguidade e eternização de um Estado: as formas imanes do mundo antigo, a democracia ou a república, ou mesmo as formas degeneradas, como a imperial (BODIN, 1993, p. 17), não são soberanas pelos próprios critérios estipulados pelos seus teóricos, uma vez que não são perpétuas ou não absolutas.⁴⁶

É só na modernidade que esse projeto efetivamente vem à luz: a partir daí, ainda que nenhuma organização política seja eterna, deve sê-la enquanto existe – e é o dispositivo da soberania que permite essa operação e, a rigor, cria o que chamamos de Estado. Enquanto houver, por exemplo, o Estado brasileiro, este é eterno por força da existência de sua soberania; se não fosse, não haveria soberania e, conseqüentemente, não haveria Estado. Se for eterno o Estado brasileiro, ao se perpetuar, perpetua também a continuidade e a coerência de suas normas, ou melhor, das bases e formas de exercício do poder.

O poder soberano é, portanto, da ordem da essência e da cristalização, oposto, pois ao devir histórico, o que o próprio Hobbes não esconde ao opor a estabilidade do Estado – ou melhor, seu dever de estabilizar, cristalizar e normalizar as relações – com o constante movimento da multidão:

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos

⁴⁶ Hannah Arendt (2013, p. 127-187) esclarece com toda razão que na Roma antiga prevalecia a lógica da *auctoritas*, isto é, o entendimento de que o presente se guia pelo ato fundador da cidade como força ainda ativa, como vinculação entre o passado e o futuro, que permitia às instituições funcionarem de modo imane, o que é totalmente diverso da ordem soberana, a qual opera justamente em um sentido a-histórico e cristalizado, pronta a ser suficientemente flexível para garantir a fixidez, senão do devir histórico, pelo menos dos seus efeitos contra a perpetuação da ordem.

submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim civitas. É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. (HOBBS, 2015, p. 61).

O pacto social hobbesiano não apenas serve para manter o Estado, mas inclusive para manter uma continuidade entre ordens que se sucedem no decorrer da revolução e fazer da nova ordem, ao menos, uma contiguidade da velha ordem (ALBUQUERQUE, 2014). Eis o mecanismo secreto que permite a transição de uma ordem para outra como, por exemplo, no fenômeno da recepção constitucional: uma ordem constitucional nova pode *a priori* considerar as normas infraconstitucionais que lhes sejam anteriores, ainda que tenha mecanismos para, em dado momento, permitir sua invalidação, exatamente como ocorre no Brasil na passagem da ditadura para a democracia. Ou mantenha, ao menos, determinadas estruturas mínimas, as quais são determinadas pelos tratados internacionais, e a relação de um poder soberano com os demais; ainda que se pense em uma mudança interna radical, ainda assim, determinados parâmetros mínimos terminam conservados, ironicamente, pela relação de um poder soberano com os demais, um problema que os revolucionários russos sentiram na pele e só se acentuou com o tempo. É o poder soberano, que, ainda que se baseie em certa Lei Maior, a transcende, e continua a conceder validade material a certas instituições e normas que terminam por ser validadas formalmente pela nova ordem constitucional – vide a existência de polícias militares no Brasil, do Supremo Tribunal Federal etc.

A imagem hobbesiana do “estado de natureza”, ou melhor, um estado no qual a multidão se encontre livre e não sujeita ao processo que não só funda o Estado, como antes a transforme em povo, é uma argumentação sobretudo ideológica: como se a condição dos seres humanos fosse necessariamente inclinada à ruína que justificasse um poder total fundado na necessidade de proteção, como se tudo que este poder fizesse fosse justificado de antemão e, de antemão, a proteção de tal ordem fosse sempre um bem maior:

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza que foram expostas nos capítulos décimo quarto e décimo quinto (Hobbes, 2015, p. 59).

O estado de natureza, no qual habitam as paixões irrefreáveis da multidão, precisa ser domesticado pelo poder racional e transcendente do Estado, cujo grande dispositivo é precisamente o poder soberano. A soberania, pois, consiste não em uma estrutura rígida para manter a fixidez e continuidade da ordem, mas, ao contrário, é um elemento virtual pronto a operar a constante atualização do poder e das coordenadas pré-estabelecidas: não é propriamente tirania, mas o potencial de ser uma ordem fundante permanentemente viva, cuja limitação é meramente territorial pelo atrito entre vários poderes soberanos existentes simultaneamente.

O sujeito detentor do poder soberano, contudo, sempre deriva seu direito na forma de instituições, o que significa que sua titularidade é apenas garantia primeira a ser invocada em momentos excepcionais: é daí que Schmitt tira a famosa fórmula de que “soberano é quem decide sobre a exceção” (2009, p.13). Assim, o conceito de soberano é conceito-limite, pois ele pode atualizar sua própria esfera de competência, sendo a limitação a rigor uma autolimitação, em contraposição às teorias liberais e neorrepúblicas, as quais creem não apenas na limitação do poder como também no antagonismo entre soberania real e soberania popular. Não é apenas que o poder soberano faça e desfaça, mas que ele pode efetivamente suspender seletivamente as normas vigentes, no todo e em parte, pelo tempo e pelo motivo que julgar mais correto, cujo escopo é precisamente, a partir do poder de fazer tudo mudar, manter tudo no mesmo lugar.

Como observa com razão Negri, o raciocínio de Schmitt só é possível porque ele, ainda que por vias absolutamente opostas, retome a ideia imanentista de Espinosa (2015, p. 27) mesmo que seja para negá-la: se o poder constituinte, o elemento fundante,

é atual e atualizante, Schmitt o atrai para o bojo do poder constituído para que este possa realizar a tarefa que o Estado liberal jamais seria capaz de tomar, isto é, sujeitar e domesticar o devir democrático – ou não necessariamente pôr fim propriamente à democracia, mas formalizá-la e inscrevê-la como processo cristalizado sob certa ordem, o que ao cabo seria o mesmo que matá-la, reduzindo-a a uma forma vazia.

O exercício das medidas de exceção é assunto de enorme importância para o pensamento jurídico contemporâneo, como se vê no intenso debate posto nas obras de Negri e Hardt (2005) e Agamben (2004; 2011), mas este não é o fulcro da presente dissertação, mas sim um outro item não menos derivado do poder soberano, fora de situações nas quais atua como dispositivo atualizante do próprio sistema na forma da exceção, mas de um momento que pode ser imediatamente anterior: o seu exercício estático e “regular”.

Se o monarca ou o povo – ou um colegiado de qualquer natureza – monopolizam o poder, por outro lado, é impossível que tenham condições de exercer o poder que possuem sozinhos, o que produz as instituições na forma soberana: estas emanam de uma fonte única do poder e derivam em outras organizações destinadas a realizar os procedimentos de decisão. Ainda que os teóricos da soberania prevejam a possibilidade de sua incidência em regimes estritamente monárquicos, aristocráticos ou democráticos, não deixa de ser irônico que “monarquia” venha do grego “princípio único” – do poder, em oposição à “democracia”, que possuía vários arcontes, isto é, príncipes no sentido antigo.

Quando as revoluções americana e francesa trouxeram uma teoria da soberania popular, ainda que assentadas em princípios mais abertos do que os de Hobbes, elas, ainda assim, não inovaram verdadeiramente. Benjamin Franklin, um dos pais fundadores dos Estados Unidos da América, dizia expressamente que “*In free governments, the rulers are the servants and the people their superiors and sovereigns*”⁴⁷ (2003, p. 398), o que consistia em um esforço sincero para “inverter” a lógica da soberania, mas que esbarrava em um detalhe elementar: a diferença entre um sistema de soberania monárquica e soberania popular está apenas no fato de que no primeiro o monarca aparece como

47 Em uma tradução livre: “Em governos livres, os governantes são os servidores e o povo seu superior e soberano”.

intermediário entre o povo que o aclamou e os seus magistrados governantes, mas em todo caso a existência de governantes está sempre como derivação do povo – o poder soberano do povo se manifesta nos seus representantes, os quais passam a ter a competência de julgar o que é bom ou mau para ele; na modernidade, a sujeição é voluntária, e não produzida imediata e prioritariamente pela força.

Também é necessário ressaltar como as ordens contemporâneas não abriram mão de um argumento central hobbesiano, no qual o comando das instituições de Estado serve para impedir uma tendência autodestrutiva do próprio homem, o qual justificaria a destruição perpetrada pelo próprio Estado. O corpo de ocupantes do Estado, inclusive os representantes eleitos na eventualidade de sua existência, servem justamente para evitar esse processo autodestrutivo, tendo mais racionalidade e habilidade para tratar das demandas do corpo social: a tensão entre a maioria e as minorias, por esse viés, estaria resolvida pela articulação Estatal que evitaria a destruição das segundas pela primeira, mas este também não parece ser o caso, uma vez que o poder soberano se assenta sempre na lógica majoritária:

Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela **maioria** o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens (...) Assim, a dissensão de alguém levaria todos os restantes a romper o pacto feito com esse alguém, o que constitui injustiça. Por outro lado, cada homem conferiu a soberania àquele que é portador de sua pessoa, portanto se o depuserem estarão tirando-lhe o que é seu, o que também constitui injustiça (...) se a **maioria**, por voto de consentimento, escolher um soberano, os que tiverem discordado devem passar a consentir juntamente com os restantes. Ou seja, devem aceitar reconhecer todos os atos que ele venha a praticar, ou então serem justamente destruídos pelos restantes. Aquele que voluntariamente ingressou na congregação dos que constituíam a assembleia, declarou suficientemente com esse ato sua vontade (e, portanto, tacitamente fez um pacto de se conformar ao que a **maioria** decidir. Portanto, se depois recusar aceitá-la, ou protestar contra qualquer de seus decretos, age contrariamente ao pacto, isto é, age injustamente. E quer faça parte da congregação, quer não faça, e quer seu consentimento seja pedido, quer não seja, ou terá que submeter-se a seus decretos ou será deixado na condição de guerra em que antes se encontrava, e na qual pode, sem injustiça, ser destruído por qualquer um (HOBBS 2015, p. 61-62).

A ordem soberana, seja de que espécie for, nasce a partir de uma deliberação majoritária que esconjura a multidão: um pacto de maiorias, que explicitamente não admite o dissenso, institui a ordem. Assim como Cícero – que elabora um conceito de povo como a síntese da multidão operada pela conjugação do consenso de Direito e a utilidade comum – a ordem soberana é precisamente fruto de uma *doxologia* semelhante: se a vida livre só pode gerar a guerra e a autodestruição, é preciso *pactuar* para constituir uma unidade perpétua e absoluta. O povo, que poderia aclamar um rei ou o corpo colegiado, ou si mesmo, cria uma estrutura e resolve o problema do exercício do poder: *a priori* monopólio que não só pode como deve, conforme suas regras, derivar.

Mesmo que contratualistas posteriores como Locke (2015) expandam a possibilidade de liberação e de dissenso, ainda assim não lhes resta dúvidas de que haja limites para tanto – existe, com efeito, uma diferença entre o dissenso nenhum de Hobbes e o dissenso tolerável de Locke e da tradição que o segue. Do mesmo modo, o pacto social ao que faz referência Hobbes é um elemento *doxológico*, no sentido em que se constitui como uma forma externa à razão: não é afirmado discursivamente por um procedimento racional, mas pela força exterior de uma necessidade, a qual parte da premissa de que é preciso escolher entre a liberdade e a segurança, como se a vida livre da multidão conduzisse necessariamente à desgraça ou se o Estado pudesse oferecer uma segurança absoluta – inclusive em relação a si mesmo.

A forma do pacto, por seu turno, é essencialmente jurídica, no sentido que ele enseja comportamentos autônomos como se heterônomos fossem – e a passagem supracitada não deixa dúvidas quanto a isto: o poder soberano, por sinal, não é *a priori* a negação da linguagem jurídica, mas sua afirmação para substituí-lo por um sistema inicialmente sustentado na servidão voluntária do povo em relação à ordem, seja monárquica, aristocrática ou mesmo popular (LA BOÉTIE, 2015);

A contradição está perfeitamente no sentido em que a democracia, em seu sentido pleno, é um conceito desvestido de qualquer possibilidade de transcendência, acaba sendo o elemento que dá conteúdo material, e consequente sustentação verdadeira, a uma ordem jurídica: a ordem soberana é concebida como uma exacerbação da forma jurídica não raro desvencilhada da democracia – no máximo acomodando-a domesticada em seu interior – ou muitas vezes contra ela, preferindo sempre a subsistência do Estado no tempo e no espaço à realização do devir democrático. Eis a grande contradição e o

grande antagonismo visto do ponto de vista de uma ontologia jurídica.

Ainda, a possibilidade de um poder soberano ocupado pelas minorias para conter as maiorias se torna vapor na medida em que a soberania se funda, *a priori*, na maioria e na negação da diferença, como constata Hobbes, de maneira honesta. A multidão e a maioria não são sinônimas, ao contrário: a segunda antagoniza a primeira. A segurança só seria possível com o ato instituidor da maioria, que vincularia os demais.

Se o povo surge pelo consenso, a soberania é uma *doxologia* dupla. E talvez nesse sentido que alguns vejam uma soberania entre os antigos: havia, na experiência do popular, e depois na teoria do povo, as sementes de uma soberania, uma vez que este indicava já a junção da coletividade por fatores externos e transcendentais, o que conferia um estatuto de superioridade da coletividade sobre as suas singularidades – mas que conjuga o absoluto do povo à (pretensão) de eternidade no Estado.

Uma vez que seja em si abstração, além da soberania ser ela própria abstrata, a escala de complexidade do sistema que esta forma de exercício do poder pode gerar é infinitamente mais sofisticada do que a soberania tradicional: o povo na forma soberana não poderá exercer o governo, portanto, precisará construir critérios de designação para a ocupação dos cargos de autoridade. A partir daí, ocorre a primeira cisão, entre representáveis que geram representantes e representados.

A representação em um sistema de soberania popular é sempre a expressão vicarial dessa mesma maioria, por isso não é estranho que parlamentos, como o nosso, sejam ocupados por maiorias sociais – ao contrário do que somos levados a pensar que ocorra, uma vez que é na eleição para a representação que a verdade sobre as minorias se revela. A rigor, a maneira como a soberania política estrutura uma ordem constitucional unificante e monopolizante que, *a posteriori*, se dá na forma de variadas bipartições entre: (i) poder constituinte e poder constituído – com o segundo encerrando e superando o primeiro; (ii) as normas políticas da Constituição e os direitos e garantias fundamentais constitucionais – as primeiras determinam quem e como irá guardar ou aplicar as segundas; (iii) a maioria de fundo que suprime a multidão; (iii) a divisão entre representantes e representados na democracia contemporânea – ou melhor, entre quem é competente decidir e quem necessita da decisão.

É necessário, pois, avançar na nossa investigação e compreender a forma como o mecanismo soberano incide na forma específica da nossa Constituição, assim como

sobre sua estrutura vicarial.

CAPÍTULO 6 – A PROTEÇÃO ÀS MINORIAS ENTRE A DEMOCRACIA E A SOBERANIA

Nos últimos capítulos, passamos pela análise dos aspectos gerais do fenômeno jurídico e suas propriedades, como ele incide de maneira complexa tendo em vista a organização humana como uma linguagem construída na concretude das relações humanas, a qual se efetiva de maneira normativa, subjetivante, performativa, antagônica e binária. O Direito é construído historicamente – econômica, social e politicamente –, mas constrói a História. É um catalisador que gera uma série de relações, sem necessariamente manter uma neutralidade: sua existência, contudo, é contingente e acidentada, embora possua afinidades possíveis.

A democracia, *grosso modo*, é o devir no qual o Direito encontra sua complementaridade, embora um possa existir sem o outro: todavia, aí a democracia aparece apenas como ideia, e o Direito, sem a democracia, sempre sob tensão dos fatos da vida e da luta permanente dos seres humanos para saciarem suas necessidades e seus desejos.

Nesse diapasão, a Constituição de 1988 corresponde a uma inflexão democrática nesse permanente conflito de pretensões, mas não deixa de expressar em seu seio tais contradições, uma vez que é a zona de consistência de forças que atuam em seu interior, mas que lhe extravasam, se conflitam: de um lado a luta pelas minorias – os desviantes, os anormais, as singularidades variadas – constituírem direitos e terem tais direitos realizados, enquanto do outro existe tanto um impulso contrário a isso, que, na verdade, se assenta na própria estrutura do que se concebe por ordem política moderna.

Se o avanço do contemporâneo é a própria luta por afirmação das diversas singularidades possíveis diante de qualquer modelo, por outro lado, a ordem estatal permanece pronta a regular e modular os padrões aceitos, menos em nome de um equilíbrio em comum e mais diante das suas próprias necessidades.

Soberania e democracia coexistem dentro da mesma Constituição. Elas funcionam como vetores que se conflitam e, como resultante, geram a dinâmica constitucional.

A democracia nunca está domesticada totalmente dentro de uma ordem constitucional e não existe apenas por constar na Constituição: ao contrário, a Lei Maior é justamente fruto de um movimento democrático em um momento no qual a democracia estava sustada. O mesmo se pode dizer da soberania estatal, ainda que tome aqui a forma “popular”, pois na medida em que ela funciona no sentido de gerar a contiguidade do Estado brasileiro, visando sua conservação – e eternização – independentemente da sucessão de eventuais ordens constitucionais que venham a vigor.

A partir daí no terreno constitucional se verifica uma obra barroca:⁴⁸ não é que não exista ou não importe, diante da relação das forças que lhe geram e operam em seu interior, ao contrário, se torna o *locus* próprio dessa tensão de forças. Se inequivocamente a Constituição positiva reconhece que as minorias têm o direito à diferença e prevê uma série de instituições e procedimentos em favor destas, no entanto, tais normas não se realizam automaticamente, cabendo ao Estado efetuar, ou não impedir que se realizem, tais procedimentos.

As normas políticas são ontologicamente diferentes das normas protetivas. Possuem origens históricas e causas distintas, de criação e sustentação, embora apareçam pareadas no texto da Constituição, muitas vezes em igual condição de *cláusula pétrea*: mesmo assim, não há entre elas igualdade real, na medida em que determinadas normas enunciam direitos e as outras preveem justamente quem lhes aplique, proteja ou adeque às constantes necessidades históricas.

⁴⁸ Não é estranho que a ordem brasileira contemporânea, ou de qualquer parte, assim seja, uma vez que era propósito explícito do projeto de Cícero, precisamente, uma forma mista de governo, capaz de manter um grau de abertura democrática, para que esta, uma vez não estando excluída do interior do sistema, não atuasse como força pronta a derrubar uma ordem que não lhe previsse; os mecanismos monárquicos e aristocráticos, nesse sentido, coexistiriam com a democracia, prontos, contudo, para contê-la, o que seria mais fácil caso esta estivesse prevista e aceita como parte das regras do jogo: tratava-se, pois, do *Optimus Status Civitatis* (SILVA FILHO, 2013, p. 87). A noção hobbesiana de soberania popular, por outro lado, não excluía algo semelhante, uma vez que em um tempo no qual preponderavam monarquias ou possíveis aristocracias fundadas em senhores feudais, a antevisão, ali ainda remota, de que o mito fundador do pacto social pudesse igualmente gerar um poder soberano popular – e uma consequente ordem transcendente, mesmo sem uma cabeça visível – é igualmente uma astúcia pronta a conter a possibilidade de uma emergência democrática efetiva, a qual resultaria em órgãos imanescentes à coletividade que a produziu, incapazes de impor determinações hierárquicas e transcendentais (HOBBS, 2015, p. 61), tanto é verdade que um fenômeno como a ditadura soberana seria impossível na república romana, mas foi, para a infelicidade da humanidade, perfeitamente possível sobre o regime de “soberania popular” da Constituição do Weimar.

O problema está para além da questão de quem é ou não autorizado a aplicar o Direito que interpreta (KELSEN, 2009, p.387-398), mas da clivagem existente no sistema estatal entre quem cabe decidir sobre a forma de entendimento e aplicação dos direitos dispostos na Constituição (e, por derivação, nas leis).

Não é uma questão de auto-obrigação do Estado (KELSEN, 2009, p. 344), mas de que a ordem constitucional prevê não só os direitos, mas também quais os órgãos competentes para realizá-los e controlar tal realização – no âmbito dos poderes da República –, o que aparentemente poderia encerrar este debate nos termos da identificação de qual é o procedimento ou processo de decisão formalmente mais correto,⁴⁹ não fosse pela existência de significados e sentidos reais não só à origem como a função que tais direitos exercem na realidade em que se situam: as instituições, com efeito, podem suspender ou revogar direitos em sentido oposto ao das necessidades e desejos da coletividade da qual derivam, o que não quer dizer que, pela dialética inerente ao Direito, isso não reemerja como um problema dentro do funcionamento do próprio sistema.⁵⁰

Não basta ao Direito enunciar certa escala de protetividade, é necessário que as instituições designadas para efetivá-la sejam capazes, de acordo com as condições materiais concretas do contexto no qual se situam, de operar sua tarefa.

6.1 A Constituição de 1988 e Seu Contexto

Historicamente, o movimento que culmina com a Constituição de 1988 decorre da chamada *Abertura Política*, processo iniciado nos fins dos anos 1970 sob forte pressão interna e, já a partir daí, também internacional, marcado pelo recuo negociado dos próprios líderes do regime de exceção. Do ponto de vista institucional, esse processo

⁴⁹No famoso capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen (2009) determina que a autoridade competente pode decidir para além da “moldura”, reduzindo à indeterminação normas jurídicas que foram produzidas e têm significados bastante determinados no contexto em que se encontram, o que não é diferente em absoluto das assertivas decisionistas de Carl Schmitt (2009); ambos, por caminhos bastante distintos, acabam convergindo, para relembrar aqui a observação de Bonavides (2010).

⁵⁰Como, por exemplo, na situação absurda de derrogação ou suspensão dos direitos sociais gerando, por seu turno a inefetividade das normas penais e daquelas que asseguram o direito de propriedade.

encontra como pontos nevrálgicos: a Anistia Política,⁵¹ o fim do Bipartidarismo imposto pela Ditadura Militar – ainda que com a manutenção prática de ambas as siglas, embora a Aliança Renovadora Nacional (Arena), o partido oficial do regime, tenha mudado de nome para Partido Democrático Social (PDS) –, a reforma eleitoral de 1981, a *Emenda Constitucional nº 25 à Constituição de 1967*⁵² que autorizou o voto dos analfabetos, mas também da Rejeição, em 1984, do Projeto de Emenda à Constituição nº 5/1983⁵³, a Emenda Dante de Oliveira, que previa eleições diretas para a presidência em 1985 – o que não impediu a eleição indireta da chapa de oposição, encabeçada por Tancredo Neves e José Sarney em 1985. Tancredo Neves, como se sabe, veio a falecer antes da posse, mas seu vice, um ex-aliado da Ditadura Militar, assumiu em uma manobra até hoje tida por controvertida, em abril de 1985; mas foi em seu governo que, todavia, foi aprovada a *Emenda à Constituição (de 1967) nº 26*,⁵⁴ de novembro de 1985, que convocava a Assembleia Nacional Constituinte, a qual se prestaria a redemocratizar o Brasil.

Tais mudanças se operaram em decorrência de lutas políticas variadas, travadas principalmente a partir dos anos 1970, no seio de uma sociedade brasileira que convergia, firmemente, para a chamada redemocratização.

Para além da tardia resistência ao Golpe de 64, passando pela derrota da luta armada contra o regime⁵⁵ – que contou com baixíssimo apoio internacional e condições francamente precárias, seja no campo ou na cidade, em um processo marcado por graves violações dos direitos humanos⁵⁶ –, uma nova forma de reivindicação se instalava a partir de meados dos anos 1970: de um lado, as Comunidades Eclesiais de Base (CEBs) (FREI

⁵¹Texto integral disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>, último acesso em 20 jun. 2015.

⁵²Texto integral disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc25-85.htm>, último acesso 20 jun. 2015.

⁵³Texto integral disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=18035>, último acesso em 20 jun. 2015.

⁵⁴Texto integral disponível em <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/emenda26-85.pdf>>, último acesso em 20 jun. 2015.

⁵⁵Como pode ser visto detalhadamente no site Memórias da Ditadura: <<http://memoriasdeditadura.org.br/grupos-da-luta-armada/>>, último acesso em 20 dez. 2015.

⁵⁶Conforme relatório final da Comissão da Verdade Rubens Paiva, da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, disponível em <<http://verdadeaberta.org/relatorio/>>, último acesso em 20 dez. 2015.

BETTO, 2015) expressavam os ventos reformistas do Concílio do Vaticano II⁵⁷ e da Teologia da Libertação (LÖWY, 2015), realizando a caridade cristã e variados tipos de trabalho social com profunda disseminação em meio à população; do outro, o sindicalismo renascia diante de fortíssimas mobilizações operárias no ABC Paulista, então sede do mais moderno e produtivo parque industrial brasileiro; por fim, as esquerdas socialistas e comunistas, postas na ilegalidade há tempos e perseguidas ferozmente pela Ditadura, redesignavam sua tática, optando pela mobilização das massas em vez de formas variadas de vanguardismo militar.

O próprio processo de convergência social em torno do imperativo democrático, mais do que marcar o fim da apatia social dos anos anteriores, força o reposicionamento dos líderes da Ditadura Militar; de um lado, o grupo de Ernesto Geisel, então Presidente da República, e Golbery do Couto e Silva preparavam uma batida em retirada honrosa, com uma abertura planejada, prevendo uma nova ordem democrática na qual os militares estariam fora do jogo, mas seus aliados civis teriam garantida a subsistência social, econômica e, sobretudo, política; do outro, o grupo do general Silvío Frota se preparava para lançar mão de todas as armas disponíveis para manter, e talvez recrudesce, o regime (NADAI; NEVES, 1985).

A morte do jornalista Vladimir Herzog, sob tortura nos porões da ditadura, em outubro de 1975, resulta em um evento potente e singularíssimo, o qual determinará a sorte do regime de exceção: a cerimônia ecumênica em sua homenagem foi um evento mobilizador fortíssimo. As forças então favoráveis ao regime militar, contudo, apressaram seu recuo enquanto sofriam pressão das ruas e de seus pares mais radicais (FESTER, 2005, p. 84).

Depois das eleições estaduais de 1982, as forças da ditadura sofreram uma derrota potente. A rejeição da Dante de Oliveira em 1984 foi uma vitória momentânea, mas as eleições municipais de 1985 e as gerais de 1984 foram pouco alvissareiras. De todo modo, lideranças políticas pró-regime continuaram a viver e a influir na política. As eleições gerais de 1986 foram, inclusive, disputadas por eles, dentro da estrutura do PDS ou mesmo de outros partidos, incorporados aos partidos surgidos ou ressurgidos pela

⁵⁷Cujos documentos podem ser encontrados no sítio eletrônico da Santa Sé: <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/index_po.htm>, último acesso em 25 out. 2015.

reinstauração do multipartidarismo ou, até mesmo, em legendas como o próprio PMDB, a antiga oposição oficial ao regime.

Finalmente, os trabalhos para a redação da Constituição de 1988 têm início em julho de 1985, estabelecidos pelo Decreto nº 91.450, do Presidente José Sarney com a *Comissão Provisória de Estudos Constitucionais*, que ficou conhecida como Comissão Afonso Arinos, uma vez que foi presidida pelo jurista homônimo. Esta foi composta por cinquenta notáveis das mais diversas áreas, elaborando e sistematizando o texto do *Anteprojeto Constitucional*⁵⁸ – o qual foi entregue em setembro de 1986, mas não foi formalmente adotado pela *Assembleia Nacional Constituinte*, ainda que tenha lhe servido como norteador.

A *Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988*, convocada nos termos da Emenda à Constituição nº 26 da Constituição de 1967, foi, por seu turno, constituída pelos senadores e deputados eleitos nas Eleições Gerais de Novembro de 1986, totalizando 559 membros. Estes atuaram, cumulativamente, como constituintes e legisladores ordinários de sua posse em 1º de fevereiro de 1987 até a promulgação da Lei Fundamental, em 05 de outubro de 1988, terminando seus mandatos no início de 1991 apenas na função de legisladores ordinários.

Tanto a *Assembleia Nacional Constituinte* quanto a própria *Comissão Afonso Arinos* tinham, por seu turno, um caráter ideologicamente misto, não apenas em face das opções programáticas para a redemocratização, mas também em relação à própria democracia e à forma de entender e se relacionar com o regime de exceção findo. A mobilização da sociedade civil e a atuação de setores progressistas na própria Constituinte, contudo, geraram um resultado final que permitiu a um país que há bem pouco se encontrava em um regime de exceção pudesse, rapidamente, se recolocar na trajetória dos países livres e da ordem internacional dos direitos humanos – em relação à qual o Brasil era um dos pioneiros e protagonistas até o lamentável desvio de rota dos anos 1970.

⁵⁸Texto integral disponível em <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>, último acesso em 20 jun. 2015.

A ordem da Constituição de 1988 inscreve no seu conteúdo normas que preveem os direitos de primeira, segunda e terceira geração: o controle do poder e a vedação do poder arbitrário vêm acompanhados de um sistema de prestações positivas para realizar direitos sociais e, por fim, normas que buscam colocar o Brasil na rota da ordem internacional dos direitos humanos – em que pese o elevado número de normas que demandavam posterior regulamentação.

O resultado, de ordem prática, passa a ser a disputa dentro da nova ordem a respeito de sua configuração, fosse no interior da própria Assembleia Constituinte, fosse na disputa política permanente nas várias esferas do Estado dali por diante, seja para fixar os parâmetros de interpretação da lei maior, estipular como seria a produção legislativa e o diapasão pelo qual os administradores públicos poderiam operar.

A ordem jurídica da Ditadura Militar finalmente vem abaixo: ao negar o devir histórico do pós-guerra, o regime de exceção, em sua inflexibilidade, destruiu-se como frequentemente acontece com regimes de força, pois: (i) a ordem instaurada, embora tivesse o dispositivo da força à mão, inclusive por seu caráter militar, acabou se vendo obrigada a usá-la à exaustão para manter o exercício do poder em seus termos, o que acabou deslegitimando-o; o abuso da força, inclusive, decorria não só da disposição do regime, mas também da dificuldade em se legitimar, *a priori*, uma vez que sua estrutura, baseada na negação de direitos políticos, cindia o corpo social da estrutura de Estado, o que gerou um círculo vicioso; (ii) a impossibilidade de manifestação e atuação política, que, se sempre caminha na direção do avanço e do incremento, ao ser retrocedida, gera a demanda por resistência e subversão da nova ordem; (iii) a demanda pela geração de novos direitos, individuais, sociais, coletivos etc. durante a vigência do regime, e a impossibilidade deste de recebê-los e processá-los, conduziu a oposição democrática a se tornar externa ao regime, o que a tornou não apenas oposição no regime, mas oposição ao próprio regime.

O *Preâmbulo da Constituição* fala expressamente em “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Além da igualdade formal – isto é, perante a lei – e a igualdade de condições a gerar mediante atuação do Poder Constituído, ocorre também a igualdade *para ser* diferente – por opção ou por contingências da vida –; quanto à liberdade, mais do que a liberdade negativa face ao Estado e a garantia de que o Estado promoverá políticas que garantam a liberdade, haverá também uma liberdade *na*

diferença. Esse terceiro grau da liberdade e da igualdade é o reflexo da fraternidade em ambos os casos; do mesmo modo que a fraternidade, pelo reflexo da liberdade e da igualdade, só pode ser concebida como vinculação voltada à plena efetuação da potência da pessoa humana e, também, como conjunto heterogêneo sem distinções negativas:

Nós, **representantes do povo brasileiro (grifo nosso)**, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.⁵⁹

O reconhecimento da diferença expressa precisamente uma clivagem no espectro popular de antemão: o uno é uno, mas também é multívoco, mas tal multivocidade incide do ponto de vista dos direitos protetivos sem, contudo, alterar o panorama estrutural das normas políticas, as quais ainda permanecem, *grosso modo*, centralizadas. A menção aos “representantes” no lugar do próprio “povo” indica precisamente uma doxologia do terceiro grau: a multidão feita povo já designou, sob a velha ordem, seus representantes que instituíram a nova ordem; eis o mecanismo soberano e sua face de perpetuidade no processo de geração da nova ordem, em uma forma historicamente determinada de pacto social: a produção de uma nova ordem sob tutela da antiga, mas, simultaneamente, reconhecendo as novas demandas, sobretudo, acerca do direito à diferença.

Se o processo constituinte democrático operou fora da então ordem vigente, porém, a manifestação do poder soberano, também o fez, assumindo a tutela do processo de construção da nova ordem mediante dispositivos legais do velho regime. A abertura ocorre por força de processos interiores à própria Ditadura na constatação de que esta não poderia perdurar.

O *liame* entre a Ditadura e a futura democracia se dá, precisamente, na medida em que o processo constituinte não apenas foi convocado nos termos da ordem

⁵⁹Texto disponível na íntegra em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, último acesso em 10 dez. 2015.

constitucional anterior como, ainda, o Congresso Nacional atuou como Assembleia Constituinte: ainda de maneira mais peculiar, são os representantes, parlamentares e ao mesmo tempo constituintes, que instituem a nova Lei Maior e não diretamente o povo. Ainda, normas sociais, muitas das quais relacionadas às telecomunicações, à tributação de Grandes Fortunas ou ao exercício direto da democracia dentre outras acabam por demandar leis complementares e, a rigor, no dia da promulgação da Constituição ainda eram uma promessa inacabada.

6.2 Soberania, Democracia Direta e Representação na Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é inequívoca ao estabelecer, simultaneamente, o regime democrático do país e a soberania popular, o que já pode ser apreendido imediatamente do seu preâmbulo. A democracia, na forma em que se encontra no texto constitucional brasileiro, é determinada a partir do comando do artigo 1º, §U, CF, o qual postula expressamente: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Ainda, o art. 14, caput, da Constituição da República, o qual inicia o capítulo dos direitos políticos, estabelece também que: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei (...)”; ainda, cumpre salientar que por força do art. 60, §4º, II, “o voto direto, secreto, universal e periódico” é cláusula pétrea. Portanto, a soberania é popular e é realizada, por conseguinte, pelo sufrágio universal como instrumento de manifestação da vontade pública para deliberar sobre as questões políticas.

Em outras palavras, existe uma dissonância entre quem exerce o poder e o povo. Se o plano dos direitos contempla as diferenças – o índio, a mulher etc. – e, por conseguinte, suas necessidades e anseios específicos destas assim como, quando necessário, produz uma igualdade absoluta ao permitir acesso universal ao atendimento médio – uma vez que o Sistema Único de Saúde se volta não ao cidadão brasileiro, mas à “pessoa humana” –, por outro lado, as autoridades responsáveis por produzir leis, atos administrativos e decisões judiciais que sustentam tais estruturas derivam da escala de imputações da soberania popular (o que é menos extensivamente do que a pessoa humana,

pois exclui os estrangeiros e menos intensivamente do que seria uma concepção multitudinária, pois exclui as diferenças).

O povo é o sujeito central do poder, cujas políticas se voltam às diferenças específicas ou, eventualmente, à “pessoa humana”, mas o faz como um soberano fraco; reina, mas não governa – e quem governa são as instituições sustentadas por suas escolhas na forma da lei. E os critérios legais para que o povo escolha e constitua as instituições, como veremos, estipulam diferenças formais, mas não contemplam, via de regra, distinções conforme as diferenças reais no campo social. Em outras palavras, o sujeito central do poder é povo, quem o exerce na maior parte dos casos são as instituições que dele decorrem, sendo que as singularidades sociais possuem direitos, que não o direito ao poder – não que índios ou mulheres não tenham direitos políticos, mas não os tem propriamente enquanto tais⁶⁰, mas sim quanto parte do povo, ou melhor, da parte do povo apta a votar e ser votada de acordo com os critérios constitucionais. A representação é constituída sob uma regra homogênea e se volta à realização de direitos para um povo concebido, agora, em sua heterogeneidade, o que constitui o paradoxo em questão.

A soberania popular, por conseguinte, tem efeitos ambivalentes: ao mesmo tempo que serve para vedar privilégios no sentido próprio do termo – isto é, prerrogativas das quais uns gozam e outros não por uma distinção sem razão de ser⁶¹ –, cria também a possibilidade da unidade popular apagar diferenças que precisam ser consideradas – como necessidades e características essenciais –, o que ameaça as chamadas minorias ontológicas.

De tal sorte, o povo, determinado sob os critérios que dão forma ao sufrágio universal nos termos da ordem constitucional, se tornado cidadão eleitor e (ou) cidadão elegível e, por meio de processos variados de escolha, interfere direta ou indiretamente na vida política por meio do instrumento do voto – e da possibilidade de ser votado. O princípio sufragista, que implica o direito de votar e ser votado, se assenta no fundamento de que, uma vez que todos os diferentes setores e pessoas na sociedade tenham direito

⁶⁰ Há exceções como as cotas para candidaturas de mulheres (MASCHIO, 2015), mas, *grosso modo*, o direito ao poder é do povo, sem admitir clivagens.

⁶¹ O que suscita a existência de variados estatutos sociais com hierarquias entre si, sem fundamentação lógica, que justificam a existência de melhores e piores no corpo coletivo.

isonômico a eleger e ser eleito para as funções de comando político – ou para, diretamente, decidir –, mitigaria assim assimetrias socioeconômicas ou mesmo culturais existentes faticamente – em contraposição ao sufrágio restrito, que dentre outras coisas, impunha restrições de ordem econômica (DALLARI, 2013, p. 185) como, por exemplo, o voto censitário.

6.3. Exercício Direto da Soberania

Dogmaticamente, o referido art. 14 da Lei Maior é estabelecido primeiramente os institutos do plebiscito (art. 14, I, CR), do referendo (art. 14 II, CR) e da lei de iniciativa popular (art. 14, III, CR). No §1º do referido artigo, são estabelecidas as regras para o alistamento eleitoral – e no art. §2º aparece expressamente a exclusão explícita de estrangeiros e militares conscritos – enquanto no §3º são dispostas as regras para a elegibilidade – sendo que no §4º encontram-se as limitações para tanto, quais sejam, “são inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos”.

Os três institutos iniciais são modos de exercício da democracia direta previstos na Constituição, seguindo pelas condições para votar e, por fim, para ser votado. Trata-se, pois, das linhas mestras das duas formas de exercício da soberania popular, sendo os critérios que definem a aptidão para o alistamento eleitoral se configuram como as vigas mestras, pois é a partir daí que se delineia a figura do eleitor – e ele consiste no cidadão em condições de tomar decisões políticas na forma do processo político decisório em nosso sistema, seja diretamente ou por meio da eleição de seus representantes.

Percebe-se, ainda, que não há simetria entre o direito ao alistamento eleitoral e a ser eleito, uma vez que existem mais condições para ser eleito do que para eleger, sendo tais exclusões: (i) gerais, isto é, não pode ser eleito aquele que não é alistável, mas os analfabetos, embora possam ser eleitores, não podem ser eleitos, tampouco aqueles que não sejam filiados a partidos políticos e (ii) específicas, as quais são basicamente etárias, uma vez que sendo dezesseis anos a idade mínima para votar, não existe cargo eletivo em que seja permitido alguém desta idade, mesmo emancipado, ocupar – a idade mínima para se ocupar o cargo de vereador, a menor dentre os cargos eletivos, é de dezoito anos nos termos do art. 14, §3º, VI, “d”.

Ainda, a *democracia direta*⁶² no sistema, embora formalmente equiparada ao exercício representativo, é residual. Sendo que a chefia do Poder Executivo cuida de forma típica, nos variados âmbitos federativos, da administração pública e cabe ao Poder Legislativo realizar tipicamente a função legislativa, a verdade inequívoca é que o sistema pode existir sem a participação direta dos eleitores.

A Constituição estabeleceu apenas duas hipóteses de incidência para uma consulta popular, mais precisamente para o plebiscito, restando o mais esperar por Lei Complementar aos dois primeiros incisos do art. 14. Tais hipóteses são (i) a do art. 18, §3º, CF, no que diz respeito à subdivisão, desmembramento ou anexação de novos Estados ou Territórios Federais – que poderia ser feita, também, pelo Congresso Nacional mediante Lei Complementar e (ii) O Plebiscito previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o qual decidiria sobre a forma (monarquia constitucional ou república) e o sistema de governo (presidencialismo e parlamentarismo), o qual, por óbvio, constava como parte do ADCT por sua natureza pontual. A primeira hipótese, ^{contudo}, não teve seu procedimento convocatório estabelecido, o qual ficou igualmente pendente, à espera da mesma regulamentação.

Paradoxalmente, a Lei de Iniciativa Popular, contudo, já estava não só prevista como devidamente detalhada na Constituição Federal, tornando a edição de Lei Complementar para sua regulamentação praticamente desnecessária. No art. 61, §2º, CF, tem-se que esta pode ser apresentada à Câmara dos Deputados uma vez tenha sido subscrita por um por cento do eleitorado nacional distribuído, pelo menos, por cinco Estados, os quais deveriam ter “não menos de três décimos por centos dos eleitores de cada um deles”. Ainda, previu a Lei Maior que a lei disporá sobre o funcionamento da Lei de Iniciativa Popular no âmbito estadual (art. 27, §4º, CF) e que no caso dos

⁶² Os três institutos elementares da democracia direta, o Plebiscito, o Referendo e a Lei de Iniciativa Popular, passaram a consistir em (i) Plebiscito é decisão popular *a priori*, cabendo ao eleitor, com anterioridade, “aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido” (conforme o art. 2º, §1º, Lei 9.709/1998); (ii) Referendo, ao contrário, é decisão popular *a posteriori*, apenas sendo convocado para ratificar ou rejeitar o que lhe tenha sido submetido (conforme o art. 2º, §2º da referida Lei) – e ambos se voltam à análise de ato legislativo ou administrativo; (iii) o projeto de Lei de Iniciativa Popular consiste em norma legal de proposição popular, a qual deve, conforme os critérios constitucionais para sua apresentação, disciplinar um único assunto.

municípios, seria necessário que, pelo menos, cinco por cento do eleitorado subscreva a proposta (art.29, XIII, CF).

Só em 18 de novembro de 1998 a referida Lei Complementar, de número 9.709, foi promulgada – havendo, pois, um hiato de mais de dez anos entre a promulgação da Carta Magna e da referida lei, o que obstou o exercício das consultas populares em anos em todo o país e em todas as instâncias da Federação. O resultado foi um texto de lei profundamente restritivo, o qual instituiu a necessidade de convocação da consulta popular mediante decreto legislativo, por proposta de um terço dos senadores ou deputados federais, caso se tratasse de “questão de relevância nacional” ou a acima referida hipótese do art. 18, §3º da Lei Maior. O vocábulo “questão de relevância nacional” é demasiado amplo, basicamente condicionando a convocação das consultas populares à autorização dos representantes eleitos. No âmbito estadual, do Distrito Federal e municipal, contudo, a Lei Complementar deu liberdades às constituições estaduais e leis orgânicas⁶³ decidirem os procedimentos de convocação.

Pois bem, até hoje, foram realizados apenas cinco consultas populares referentes a assuntos federais no Brasil, sendo quatro sob a égide da atual Constituição, os quais são pertinentes a este estudo: (i) o *Plebiscito de 1993*, ocorrido em 21 de abril daquele ano, nos termos do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) – o qual guarda paralelismo com a primeira e única consulta popular realizada antes de 1988 em nível federal: o referendo do Parlamentarismo de 1963;⁶⁴ (ii) o *Referendo do Desarmamento*, de 23 de outubro de 2005, que discutiu a ratificação ou rejeição do art. 35 do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003), o qual dispunha que “É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as

63 Notório é o exemplo da Lei Orgânica do Município de São Paulo vigente, a qual já previa a realização de consultas populares para políticas públicas e, também, sobre obras de grande valor ou que gerem algum tipo de impacto ambiental (o último item, contudo, resta não regulamentado), muito embora tais mecanismos, mais sofisticados e amplos do que as normas federais para consultas populares jamais tenham sido postos em práticas e a segunda hipótese de realização de consultas públicas não tenha sido, ainda, regulamentada.

64 Na ocasião, na esteira da renúncia do presidente Jânio Quadros e a posse de seu vice, João Goulart, a maioria oposicionista resolveu reduzir os poderes presidenciais convertendo o Brasil em um sistema parlamentarista ainda em 1961, o que foi derrubado massivamente no Referendo de 1963, o qual devolveu a chefia do governo ao Presidente da República, conforme <<http://www.tse.jus.br/institucional/escola-judiciaria-eleitoral/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-2-ano-3/50-anos-da-primeira-consulta-popular-nacional-realizada-no-brasil>>, último acesso em 10 nov. 2015.

entidades previstas no art. 6º desta Lei”, sendo previsto no próprio estatuto que condicionava à vigência do referido dispositivo à sua aprovação em referendo e (iii) o *Referendo sobre o Fuso Horário Vigente no Acre* de 2010, o qual dizia respeito à Lei Federal 11.662/2008, que modificou o fuso daquele Estado e, por fim, (iv) O *Plebiscito sobre a Divisão do Estado do Pará* em mais dois Estados, Carajás e Tapajós⁶⁵, realizado em 11 de dezembro de 2011, realizado conforme determinado pelo art. 18, §3º da Constituição Federal.

Foram, portanto, dois plebiscitos e dois referendos sob a vigência da atual Constituição. Os dois últimos, por suposto, tiveram impacto meramente regional, mas seguiram o rito de aprovação pelo Congresso Nacional, pois a questão do fuso é da ordem de lei federal (mesmo que se deliberasse sobre um fuso com efeito sobre um único Estado da federação, por sua especificidade geográfica) e a divisão de um Estado, por óbvias implicações no equilíbrio federal, esteja inclusive especificada na Constituição – possuindo o mesmo rito de um plebiscito comum, mas prevista em dispositivo próprio por conta do conteúdo específico.

Só o *Plebiscito de 1993* e o *Referendo do Desarmamento* tiveram, em verdade, impacto nacional, sendo apenas o segundo uma consulta popular nos termos ordinários, isto é, com impactos sobre todo o território nacional e enquadrado na hipótese de incidência genérica do referido instituto – ainda assim, já se encontrava previsto no próprio dispositivo sobre o qual se deliberou. Se a maneira como o exercício direto da soberania popular já se encontra profundamente mitigado pelo ordenamento pátrio, as circunstâncias que os envolveram foram profundamente mediadas pelas instituições representativas.

Analisando as decisões em processos de escolha direta sob a égide da Constituição de 1988, o fato é que a maioria resultou na manutenção do *status quo ante*, salvo o referendo acreano, que, no entanto, reverteu o disposto em Lei Federal promulgada dois anos antes de sua realização. Basicamente, o Brasil continuou a ser

⁶⁵Conforme se pode conferir no site do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), disponível neste link <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscitos-no-estado-do-para>>, acessado pela última vez em 10 nov. 2015.

republicano e presidencialista, o referido dispositivo do Estatuto do Desarmamento foi rejeitado, com a ressalva que ele entraria em vigor apenas com sua aprovação – mantendo o uso e o comércio de armas de fogo, ainda que mitigado conforme as demais normas do Estatuto do Desarmamento –, e o Estado do Pará não se desmembrou.

Das consultas populares cuja abrangência foi nacional, não resta dúvida de que o *Plebiscito de 1993* teve, em abstrato, um impacto maior, mas justamente pela abstração das questões ele terminou, a rigor, mantendo tudo exatamente como antes. Ainda assim, é preciso salientar que a existência temporária do sistema presidencialista até que fosse, ou não, confirmado pelo plebiscito em questão, gerou graves impactos na maneira como a Constituição de 1988 designou o instituto da Presidência da República – formalmente poderosíssimo, materialmente dependente de um parlamento do qual não faz parte, criando toda sorte de fricções ao sabor das contingências, como se viu durante toda a vigência da democracia.

Já o *Referendo do Desarmamento*, que discutiu apenas um dispositivo particular do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003), gerou um alto grau de mobilização da sociedade por tocar em itens sensíveis à população, os quais estavam ligados à profunda sensação de insegurança causada pelos altos índices de violência verificados no país.⁶⁶ Na referida consulta, os eleitores foram instados a responder Não ou Sim, sendo que o *Não* propunha a rejeição à proibição da comercialização de armas de fogo e munição no país – salvo para as “entidades” previstas no art. 6º do referido diploma legal.

A proposta vitoriosa foi amparada por uma frente parlamentar composta por partidos de direita, contando com doações vultuosas da indústria de armas que fizeram a campanha do Não superar a do Sim neste quesito e, sobretudo, uma campanha calcada precisamente no temor de que, com a mudança, a violência fosse aumentar (BALLESTRIN, 2011). Alguns partidos de esquerda que foram favoráveis ao *Não* – como o Partido da Causa Operária (PCO)⁶⁷ e o Partido Socialista dos Trabalhadores

66 Sobre dados mais precisos acerca da violência do Brasil, ver os anualmente disponibilizados pelo *Mapa da Violência*, disponível em <<http://www.mapadaviolencia.org.br/>>, último acesso em 11 nov. 2015.

67 Cujas posições podem acerca do tema serem vistas em seu site, disponível em <<http://www.pco.org.br/biblioteca/desarmamento/principal.htm>>, último acesso em 12 nov. 2015.

Unificados (PSTU)⁶⁸ – por seu turno, giraram em torno de pontos como riscos de desarmamento da classe trabalhadora, do desemprego causado em virtude do colapso que a medida causaria na indústria de armas do Brasil, muito embora independentemente do resultado do referendo, os trabalhadores urbanos estivessem proibidos de portar armas por força do Estatuto, enquanto os trabalhadores rurais poderiam portá-las, na forma da lei, por se encontrarem entre as “entidades” previstas no art. 6º daquele diploma legal – das quais, apenas os “residentes em áreas rurais” eram a única exceção à regra da exclusividade do porte de armas para autoridades estatais – e nem o direito ao porte dos primeiros ou a proibição do porte pelos segundos tenha entrado em discussão na referida consulta popular.

Prevaleceu, portanto, por força do debate político, a figura do medo e da ameaça do criminoso em sentido ontológico, o que não é congruente com a realidade constitucional vigente e com a lógica penal derivada desta, uma vez que é criminoso quem pratica determinadas condutas, não podendo se admitir a figura do criminoso em potencial ou em essência. Os defensores do Não, em seu discurso, apelaram para a fobia – aquilo que Espinosa (2008, p. 5-14) designa por *superstição*⁶⁹ – com os efeitos que a vigência do art. 35 poderia gerar e, de forma surpreendente, alteraram o ritmo das pesquisas eleitorais feitas dois anos antes do referendo, quando da aprovação do Estatuto, indicavam forte apoio à proibição da comercialização das armas de fogo.⁷⁰

Ainda que o *Referendo do Desarmamento* tenha tido, ao contrário do que se pode pensar a um primeiro olhar, um âmbito de incidência curto, pois o dispositivo rejeitado jamais chegou a vigorar e tampouco era o item mais importante do referido diploma legal,⁷¹ por outro lado, a maneira como ocorreu a formação da vontade por via de

68Apoiar as Lutas e Dizer NÃO no Referendo, editorial do jornal Opinião Socialista nº 236, 18.10.2005, disponível em <<http://www.pstu.org.br/node/5762>>, último acesso em 12 nov. 2015.

69O que, *grosso modo*, corresponde à produção de imagens falsas da realidade, em virtude do fato dos homens se orientarem pelo medo ou pela esperança na medida em que normalmente desconhecem a si mesmos e as coisas do mundo, para manipulá-los, conduzindo-os a uma posição de sujeição a um poder qualquer.

70Ver Pesquisa Ibope sobre o Desarmamento, p.12, de setembro de 2003, disponível em <<http://www.ibope.com.br/ptbr/conhecimento/relatoriospesquisas/Lists/RelatoriosPesquisaEleitoral/OPP%2015303%20-%20Desarmamento.pdf>>, acessado pela última vez em 11. nov. 2015.

71 Tanto que, em 2015, parlamentares que se alinham com os grupos vitoriosos no referendo de 2005 defendem a abolição do Estatuto do Desarmamento, retomando o debate da década passada.

referendo se provou instável e volúvel: a maioria (de votantes, portanto aritmética) oscilou fundada na *doxa* produzida pela propaganda eleitoral. Ainda que se possa dizer que o voto contradisse a opinião editorial dos principais meios de comunicação do país, o fato é que a propaganda eleitoral da respectiva proposta, contando com mais dinheiro, foi capaz de produzir uma imagem de verdade suficiente, a despeito de qualquer fundamento ou discussão racional. A questão, no entanto, foi principalmente simbólica.

Em que pese a profunda restrição ao mecanismo de participação, já aqui, o sistema de voto aparece posto em dúvida: muito embora o sistema limite as hipóteses nas quais a coletividade se pronuncie sobre o que lhe diz respeito enquanto coletividade, momento em que se afigura oportuno o juízo da maioria numérica, no entanto, a forma eleitoral conduz a uma situação na qual a construção das necessárias verdades públicas sobre a configuração dos direitos, sem sombra de dúvida, esteja maculada. O eleitor aparece como um sujeito político passivo, por um processo de construção pretérito construído, e autorizado, pelos representantes e uma forma de pergunta já dada, mas também pela própria forma como ele é instado a respondê-la – menos como ator e, mesmo em tal condição de exercício “direto”, como plateia convencida por atores dotados de recursos externos que afetam o debate, tais como os próprios recursos para se fazer campanha.

Sorte diferente não ocorre para a *Lei de Iniciativa Popular*, que curiosamente o constituinte pátrio já tratou de disciplinar no próprio texto constitucional, não lhe impondo o ônus de aguardar, a exemplo do que houve com a consulta popular, por posterior regulamentação para viabilizar o seu exercício – muito embora a Lei 9.709/1998 o preveja, repetindo os dispositivos constitucionais que tratam do referido instituto salvo por dois pontos: a Lei, nos §§ 1º e 2º do seu art. 13, fixou que a lei de iniciativa popular deve se circunscrever a um só assunto – o que é indevido por limitar direito previsto na Constituição –, mas estipula, porém, que a propositura não possa ser refutada por “vício de forma”, o que é sensato e pertinente.

De todo modo, prevista no art. 14, III da Lei Maior, a iniciativa popular se encontra devidamente designada no art. 61, §2º da Constituição, o qual é inequívoco ao afirmar:

A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Ainda, dispõe a Lei Maior que no plano do processo legislativo estadual caberá à lei estipular como o referido instituto funcionará (art. 27, §4º, CF) e que no plano municipal a propositura se viabiliza com a subscrição de cinco por cento do eleitorado (art. 29, XII, CF), o que, *grosso modo*, pode facilitar tal exercício no plano estadual, mas dificulta sua realização enormemente nas grandes cidades.

A *Lei de Iniciativa Popular*, como o próprio nome suscita, contudo, diz respeito ao direito do cidadão, sem o intermédio dos seus representantes, realizar proposição de lei, o que não implica em certeza da aprovação, devendo este tramitar como projeto de lei qualquer, na forma do *Regimento Interno da Câmara dos Deputados* – ou, por simetria, na forma dos regimentos internos de qualquer outra casa legislativa à qual uma propositura do tipo for submetida na Federação. Como a tramitação de qualquer projeto de lei segundo o direito processual legislativo vigente depende, via de regra, de uma série de juízos, políticos, de conveniência e oportunidade da Mesa Diretora da Casa, o resultado é que existe uma enorme dificuldade em exercitar tal instituto e, sobretudo, conseguir que tal tipo de propositura prospere.

Novamente, contudo, se verifica que o ânimo que consegue consubstanciar a iniciativa popular é quase sempre punitivo, vide os dois casos mais rumorosos de sucesso do emprego do suprarreferido instituto, casos da *Lei da Ficha Limpa* (Lei Complementar nº 135/2010) e da *Lei Daniella Perez* (Lei 8.930/1994), a primeira voltada para aumentar hipóteses de inelegibilidade para os envolvidos em corrupção e a segunda, para tornar mais rigorosa a *Lei de Crimes Hediondos* – feita em virtude da comoção nacional causada pela morte da jovem atriz homônima. Ainda assim, tal constatação não ofusca ou demonstra alguma falha do referido instituto em si, pois esse viés só aponta uma tendência

política; seu maior problema reside justamente na dificuldade para o cidadão comum ou organizações da sociedade civil – salvo as de envergadura gigantesca – conseguirem as necessárias subscrições: na medida em que se trata de mera propositura, a qual será depurada pela instituição parlamentar e estará submetida ao controle jurisdicional em último caso, os critérios exigidos para sua viabilização são enormíssimos, sobretudo nos municípios.

Nesse sentido, alguns pontos são inescapáveis quando nos deparamos com o exercício direto da soberania popular, na forma da democracia direta: (i) mostra-se bastante limitado em suas hipóteses de incidência, tornando tal modo de decisão residual às deliberações dos representantes como, ainda, dependente da autorização destes; (ii) no que tange às consultas populares, o mecanismo eleitoral vem finalmente à tona, com a dinâmica do voto e das campanhas, nas quais (a) a coletividade está atomizada, de posse de instrumentos individuais que em seu somatório constituem a imagem da vontade da coletividade e (b) o eleitor aparece como sujeito passivo de um processo no qual fatores exógenos, de natureza doxológica, possuem impacto na construção e desconstrução das verdades – o que acaba produzindo uma distorção mesmo dentro do âmbito da ocorrência pertinente e justificada do mecanismo (aritmeticamente) majoritário. É este último ponto que veremos a seguir de forma mais detida, quando tratamos da forma representativa. Tal doxologia se verifica igualmente no modo representativo.

6.4. Soberania e Representação

O peso do exercício da representação na Constituição de 1988 é imenso. Já no preâmbulo constitucional, muito sutilmente são os “representantes do povo brasileiro”, e não o “povo brasileiro”, que aparece como o responsável, “sob a proteção de Deus”, pela promulgação da Carta Magna. Ainda que não haja hierarquia conceitual entre o exercício direto e o representativo, o modo imediato e mediado; na Lei Maior, como já pontuado, existe inequívoca preponderância da segunda forma, inclusive em como ocorre a menção ao Poder Constituinte plasmada no preâmbulo.

O representante político é uma figura eminentemente moderna e deriva, por seu turno, daquilo que Agamben (2011; 2013) enxerga como doutrina vicarial da teologia cristã⁷², a qual fundamenta a possibilidade de alguém, fazendo as vezes de outra pessoa ou outra coisa, officiar. O vínculo não é mais como na Roma antiga, na qual a *auctoritas*, o instituto jurídico que permitia ao Senado validar ou invalidar os atos decorrentes do exercício do poder, se constituía como a grande competência do órgão máximo daquilo que poderia se chamar de Estado ou pré-Estado romano, fundado no evento histórico da fundação (ARENDT, 2013). O que fundamenta o representante na ordem soberana é um vínculo de fidelidade que, contudo, não se dá em relação à vontade exata do soberano – seja ele o povo ou o monarca – mas sim em relação a uma razão abstrata de Estado, a qual, como demonstrado, se relaciona com a necessidade de perpetuação e conservação do próprio Estado.

O representante é aquele que está apto a falar em nome e praticar atos em nome, e pelo bem, do representado, mas sobretudo da ordem maior. O sistema eleitoral, pois, se dedica a ser um instrumento de identificação e seleção daqueles que na esfera pública representem mais pessoas. O índice determinativo da seleção é a expressão, aferida em votos individuais, deste ou daquele conjunto programático ou de proposta em relação à comunidade de eleitores. O representante deve ser aquele mais hábil em compreender e deduzir tais demandas, sendo capaz de construir uma legitimidade indicada pelas maiorias aritméticas e assim os efetivar.

Representar consiste em dar atualidade em outra instância, de tempo e espaço, a determinadas informações; o eleitor coloca os rumos potenciais, seus representantes, pelo seu bem, em ato. Não se admite a má-fé, ou a distorção desses anseios, vontades e demandas, mas é fato que resta em larga medida um espaço discricionário para este decidir. O espaço de decisão

72 Vigário é quem faz as vezes de alguém, do mesmo modo que “paróquia” é casa (de Deus) paralela ou que a palavra “bispo” (do grego, “*episkopon*”) é “administrador”, ou seja, quem ordena uma propriedade que não é sua (mas divina), enfim a construção teológica cristã é permeada pela figura de elementos vicariais.

A ideia de um representante ou de um corpo de representantes institucionalizados, da existência ou mesmo de sua preponderância, busca se justificar como uma forma de racionalização dos procedimentos decisórios que exigem maiorias. Dessa maneira, se diminuiria o campo de incidência das flutuações de ânimo determinadas pela ocasião.

O debate se afastaria das tensões imediatas, das paixões mais primitivas em um espaço próprio de reflexão. Daí a própria possibilidade – jurídica, inclusive – do representante, pelo bem do representado, mudar, transigir, fazer novos acordos, repactuar o pactuado. O sistema representativo, em seus interiores, admite uma traição concreta em prol de uma fidelidade teleológica.

No nosso caso, a estrutura dúplice do Legislativo e do Executivo, as duas cabeças majoritárias do sistema, funda-se na ideia de distinção do corpo popular qualquer, expressando, na verdade, uma dualidade entre o eleitor e o eleito. A fidelidade do segundo pelo primeiro – em sentido material, isto é, político – é teleológica e abstrata, como já observava Nicolau Maquiavel:

Um príncipe sábio não pode, pois, nem deve manter-se fiel às suas promessas quando, extinta a causa que o levou a fazê-las, o cumprimento delas lhe traz prejuízo. Este preceito não seria bom se os homens fossem todos bons. Como, porém, são maus e, por isso mesmo, faltariam à palavra que acaso nos dessem, nada impede venhamos nós a faltar também à nossa. Razões legítimas para encobrir esta inobservância, tê-las-á sempre o príncipe, e de sobra (MAQUIAVEL, 2015, p. 217).

Tanto que o sistema não prevê impugnação de eleição ou impedimento de chefe do Executivo ou cassação de mandato parlamentar em razão, pura e simples, de promessa eleitoral, mas sim por razões formais e gerais, aplicáveis a todos os ocupantes de cargos públicos que exijam eleição. O fim que justifica tal teleologia é a finalidade geral do ordenamento jurídico, o que é comum para todos os eleitos, o que por óbvio cria tal dualidade que está, a bem da verdade, no cerne da razão de Estado moderna. Bodin, como não poderia ser diferente, concorda com Maquiavel:

Et si le Prince auquellapromesse est faite n'y a point d'intérêt, nilapromesse, nileserment ne peutobligerceluiquil'apromis. Nousdironslesemblable si lapromesse est faiteausujet par le Prince

souverain, ou bien auparavant qu'il soit élu, carence casil n'y a point de différence, comme plusieurs pensent. Non pas que le Prince soit tenu à ses loix, ou [à celles] de ses prédécesseurs, mais aux justes conventions et promesses qu'il a faites, soit avec serment ou sans aucun serment, tout ainsi que ferait un particulier⁷³ (BODIN, 1993, p. 80).

Ainda que ambos, Maquiavel e Bodin, estejam a falar de um “príncipe”, eles se referem, a bem da verdade, ao fundamento da natureza da vinculação – e da fidelidade – dentre os ocupantes de um cargo político no âmbito da tradição soberana. De diferentes formas, em variados ordenamentos esta é a maneira própria da razão de Estado no que toca à representação, no Brasil não é diferente. Todo o exposto confere ao mandato estabelecido por razões eleitorais um poder enorme aos eleitos, de não apenas pactuar conforme necessitam ou desejam os setores sociais que os elegeram como, ainda, pactuarem de forma diferente – tendo por referência o Estado e não a sociedade.

Portanto, depreende-se que a relação entre representantes e representados, eleitores e eleitos é juridicamente cindida em duas. Analisando os dispositivos constitucionais do exercício da soberania popular por meio de representantes, temos nos §§ 1º e 2º do art. 14 que o alistamento eleitoral é obrigatório para aqueles que detêm nacionalidade brasileira e estão na faixa etária compreendida entre os dezoito e setenta anos, sendo facultativo o voto para aqueles que possuam idade entre dezesseis e dezoito anos ou mais de setenta anos ou, ainda, para os analfabetos de todas as idades –, não podendo se alistar os estrangeiros e os militares conscritos. Já para a elegibilidade, conforme o art. 14, § 3º, são necessários a nacionalidade brasileira, a plenitude dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, domicílio na circunscrição na qual se pretende disputar certo cargo, filiação partidária e idade mínima conforme o cargo pleiteado – o que supera o mínimo de dezesseis anos para poder votar, posto que para poder ser eleito vereador, cargo que exige a menor idade para tanto, é preciso ter no mínimo dezoito anos (art. 14, §3º, VI, “d”, CF); ainda, são inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos (art. 14, §4º, CRFB).

⁷³ Em tradução livre:

“E se o príncipe a quem a promessa é feita não tem nenhum interesse, nem a promessa, nem o juramento podem forçar alguém que prometeu. Nós dizemos a mesma coisa se a promessa é feita pelo príncipe soberano, ou antes de ser eleito, porque, neste caso, não há diferença, como muitos pensam. Não que o príncipe esteja obrigado a suas leis, ou [às] de seus antecessores, mas apenas às justas convenções e promessas feitas, seja com ou sem um juramento, assim como faria um indivíduo.”

Em outras palavras, já existe do ponto de vista da estruturação do sufrágio na Constituição uma cisão entre eleitores (os cidadãos aptos a votar) e os que podem ser eleitos (os aptos a serem votados), na medida em que nem todos os cidadãos eleitoralmente alistáveis são elegíveis – os analfabetos podem votar, mas não podem ser votados – a idade mínima para ser votado é sempre maior que a idade para ser votado, mas, sobretudo, pelo motivo de que é preciso ser filiado a um partido para poder ser eleito, inexistindo a possibilidade de candidaturas independentes – ponto salutar, uma vez que os partidos políticos têm autonomia prevista em lei (art. 3º da Lei 9.096/95) e podem, na forma de seus estatutos, rejeitar um pedido de filiação (art. 17 da mesma lei anteriormente citada). A minoria absolutamente excluída do processo, contudo, são os estrangeiros, seja em razão de refúgio ou imigração, os quais não são aptos a votar nem serem votados, embora a dignidade da pessoa humana seja fundamento da República (art. 1º, III, CF) e a própria criação, fundamentação, fusão ou extinção dos partidos políticos estejam condicionadas aos direitos fundamentais da pessoa humana (art. 2º, Lei 9.096/95).

Na medida em que o exercício da soberania popular mediante representantes eleitos ocupa espaço de destaque em nosso sistema constitucional, o exercício do poder é não só no fundamento conceitual como, *a priori*, assimétrico do ponto de vista procedimental, do que se constata: (i) as exigências para poder eleger são menores do que para ser eleito, em outras palavras, sempre há mais cidadãos aptos a votar para determinado cargo do que em condições de serem eleitos para o mesmo; (ii) o voto aparece enquanto obrigação – pelo menos comparecer a urna, embora a decisão seja ela uma faculdade – e ser votado é um direito, desde que atendidos os critérios legais – o que esconde justamente a cisão formal entre eleitores e eleitos, sendo que os critérios para exercer o primeiro são mais simples do que para realizar o segundo; (iii) uma vez que a Constituição exalta a dignidade da pessoa humana, mas, paradoxalmente, os estrangeiros não possuem direitos políticos, mesmo que tenham um vínculo profundo com o Brasil, estes constituem a minoria absoluta em relação ao sufrágio (como já foram as mulheres no passado), mas existem também minorias cuja exclusão é relativa no processo, pois analfabetos não podem ser eleitos, como jovens de muitas idades não podem ser eleitos para cargos para os quais podem votar e, sobretudo, o mecanismo de admissão partidário – e a própria seleção que os partidos, autonomamente, realizam para escolher seus

candidatos – alijem, na prática, a maior parte das pessoas da possibilidade de serem eleitos.

Daí, embora haja uma noção apriorística de universalidade dos direitos políticos, o fato é que os desdobramentos práticos conduzem a ideia corriqueira de que há cidadãos e (ou) eleitores e “políticos” – restando à maior parte do povo o papel eleitoral, isto é, de tempos em tempos decidirem quem mais bem lhe representa nos termos de quem esteja autorizado a tanto (o que não necessariamente precisa espelhar a realidade social e econômica do país e, por conseguinte, as demandas que existam socialmente).

A ideia que consubstancia isto, novamente, é a crença da representação desvinculada da generalidade da sociedade – em termos de atuação uma vez eleito como de possibilidade para ser eleito – a qual afastaria o representante da generalidade da coletividade, o que, por conseguinte, serviria para expurgar a irracionalidade dos processos de decisão. É a própria razão soberana nos termos hobbesianos (2015), pelos quais o fim do Estado é sobretudo sua autopreservação e continuidade. De fato, o resultado prático disso é a assimetria entre os representantes eleitos e o corpo eleitoral que representam, o que se deve a razões inerentes às suas existências enquanto tais.

Trata-se, pois, do fenômeno de autonomização, ao menos relativa, de administradores públicos e legisladores em relação ao povo. Isso se deve a uma razão que não é oposta à decisão das maiorias, mas sim à realização de um processo pelo qual as próprias maiorias emergem: uma vez metro-padrão, os mais ricos e que atendam a padrões de gênero, cor e idade estão mais propensos a não só serem eleitos por identificação do corpo heterogêneo ou, simplesmente, conseguirem mais recursos para tanto.

Não é, pois, um acidente ou uma deformação a autonomização entre representantes e representados, e não resta dúvidas ao menos quanto à possibilidade de que a representação esteja não só alheia como antagônica às demandas reais. A partir disso o mecanismo de representação opera como uma casa de espelhos cuja propriedade mágica é tornar a maioria apenas conceitual em maioria também aritmética – formando, por exemplo, as “maiorias” necessárias para se aprovar uma Lei, sendo estas,

ironicamente, as únicas “maiorias” às quais a Constituição em seu interior faça referência expressa. Na prática, infelizmente – mas não por acaso –, maiorias conceituais entram em confronto com o próprio espírito da Constituição.

Contudo, não é apenas que a instância política possa existir perfeitamente separada da instância social, que os sujeitos políticos funcionem acima e a despeito dos sujeitos de direito, mas que os próprios sujeitos de direito estão reduzidos antes a uma forma na qual é difícil expressar autonomamente – e é justamente a doxologia do povo que não só opera antes como dá causa à doxologia da soberania política, que permite a segunda existir. Não é só que o povo tenha uma representação vinculada apenas à autopreservação do Estado – ou que possa existir perfeitamente dessa maneira –, mas que a existência do povo enquanto tal, desde sempre (CÍCERO, 2015) implica na impossibilidade de expressar as demandas, desejos e necessidades de uma forma que não a partir da ideia de consenso, opinião majoritária ou aclamação, pois o povo enquanto tal é homogêneo.

Portanto, muito da expressão do que está embaixo legitima a noção de uma tutela representativa seguindo a fórmula de Hobbes (2015), o que não resolve o problema, mas apenas se vale dele. A vacuidade, portanto, não é apenas das instituições que governam efetivamente, mas também do povo que apenas reina⁷⁴⁷⁵.

Não há antagonismo entre povo e governo, mas complementaridade. A instituição do povo seguida da edificação do Estado e, depois, o estabelecido da soberania

⁷⁴ Como se viu em 2015 com o debate acerca da redução da maioria penal, a qual aparece como clara violação à cláusula pétrea, muito embora tenha sido levada a cabo pela Câmara justamente por ser “popular”: e nada menos fora de razão do que a “popularidade” de algo ser medida por “pesquisas de opinião”, cujo resultado é aferido quantitativamente. Também não é estranho que certa demanda, uma vez apresente-se como expressão popular viole certas garantias justamente porque ignore as peculiaridades de uma singularidade, qual seja, a faixa etária e seus efeitos para o estabelecimento de imputabilidade penal. Ainda, a possibilidade do Congresso Nacional levar a cabo um processo flagrantemente inconstitucional, ainda que possível de posterior controle judicial, se dá justamente pela manifestação do poder soberano quanto ao exercício de uma competência e, precisamente, a desvinculação entre o exercício do poder e os direitos fundamentais das minorias. (conforme <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/494248-CAMARA-APROVA-EM-2-TURNO-REDUCAO-DA-MAIORIDADE-PENAL-EM-CRIMES-GRAVES.html>>, último acesso em 22 dez. 2015, e <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/04/1620652-87-dos-brasileiros-sao-a-favor-da-reducao-da-maioridade-penal.shtml>>, último acesso em 22 dez. 2015).

⁷⁵ A forma final que esta doxa assume é aquela que Guy Debord expressou com particular acerto em *A Sociedade do Espetáculo* (1992), qual seja na forma que as relações mediatizadas estabelecidas pelo advento da sociedade de massas e pela revolução comunicacional.

popular é a doxologia tripla que marca o imperativo do consenso e da hegemonia da maioria. Em oposição, o devir democrático se mantém vivo a despeito. A crise da relação ocorre quando o substrato multitudinário do povo emerge e, junto dele, as demandas reais sempre marcadas por singularidades e sua causa em comum, ainda específicas *a priori*: o gênero, a classe, a idade, etc. – e é precisamente dessa maneira como os novos movimentos de reivindicação como luta pela tarifa zero nas metrópoles brasileiras, o movimento estudantil secundarista, a primavera feminista se expressam, exatamente como, em outros tempos, a luta dos trabalhadores na forma sindical: nunca pela redução à homogeneidade determinada, mas pela afirmação da diferença.

6.5. O Poder Judiciário e a Soberania

O problema da crise de legitimidade apontada entre as demandas multitudinárias que emergem como variadas reivindicações, seja na forma de protestos pela crise de representatividade, por direitos sociais, por igualdade de gênero ou pela crise institucional, tem como grande solução *ex-machina* o Poder Judiciário. A inafastabilidade jurisdicional prevista pela Constituição em seu art. 5º, XXXV, poderia ser a solução para os problemas que o povo não consegue resolver em seu interior ou que as instituições tampouco deem conta ou estejam dispostas para tanto: se as normas políticas da Constituição fundam instituições e os direitos e garantias fundamentais que asseguram, direta ou indiretamente, as minorias: de um só golpe, a ineficiência das instituições voltadas para uma lógica majoritária e do povo, no qual reside a tendência à maioria, seriam resolvidas por um poder desvinculado, seja da lógica das eleições, seja de pulsões de linchamento.

Com efeito, a razão de existência de um poder judiciário reside no fato de que para além de criar leis e aplicá-las é preciso também uma instância outra, isenta, capaz de dizer o Direito quando este se mostre incerto nos casos práticos, seja na vida privada quanto na vida pública. O próprio avanço do Estado de Direito passa pela possibilidade do Estado ter suas funções administrativa e judicial separadas, fato cujo fim é precisamente instituir a responsabilidade estatal – e criar mecanismos pelos quais os

cidadãos possam invocar seus direitos em face do Estado, seja por ter sido prejudicado por alguma ação ou omissão sua. A hipertrofia jurisdicional brasileira dos últimos anos não é apenas fruto da incapacidade dos órgãos políticos propriamente ditos resolverem os problemas, ou da sociedade conseguir resolvê-los, como também da crença na possibilidade do Judiciário, que afinal de contas é também parte do Estado, possa de alguma maneira consertá-los.

A crise do parlamento, que não é nova, acabaria com a legitimidade da noção da tutela dos representados pelos representantes, mas criaria uma nova instância, a julgadora, que daria, afinal de contas, a palavra final sobre o Direito. A última escala da função jurisdicional, afinal de contas, é dizer o que é ou não constitucional, o que transcende a mera questão dos atos da vida privada – como reflexos igualmente privados ou públicos – e chegaria ao direito do Estado, na avaliação de conformidade de normas no ordenamento. Tamanha é a questão acerca disso que a esse respeito se travou a famosa polêmica entre Hans Kelsen e Carl Schmitt (VINX, 2015). No ordenamento jurídico brasileiro, não resta dúvida que o Supremo Tribunal Federal é ao mesmo tempo o tribunal constitucional, e guardião da Constituição, e também o mais alto órgão judiciário, o que se configura em um arranjo peculiar do Estado brasileiro.

O fato é que a moderna estrutura do julgamento, como bem demonstra Deleuze na sua leitura de Kant, é de fato uma laicização do mecanismo do juízo final:

Eu prefiro, se me permite, a primeira parte da pergunta. Por que estudei Kant já que ele não tem nada em comum com Spinoza, nem com Nietzsche, apesar de este último ter lido muito Kant? Não temos a mesma concepção de filosofia. Mas por que, mesmo assim, Kant me fascina? Por dois motivos. Kant é tão cheio de sinuosidades. Um dos motivos é o fato de ele ter instaurado e levado a extremos o que nunca fora levado em Filosofia até então, que é a instituição de tribunais, talvez sob a influência da Revolução Francesa. Mas até então tentamos falar de conceitos como se fossem personagens. Antes de Kant, no século 18, que o precedeu, apresentou-se um novo tipo de filósofo, o investigador. Investigação. Investigação sobre o entendimento humano, investigação sobre isso e aquilo. O filósofo era visto como um investigador. Ainda mais cedo, no século 17, Leibniz foi, sem dúvida, o último representante desta tendência. Ele era visto como um advogado, ele defendia uma causa. E Leibniz pretendia ser o advogado de Deus! Como se Deus tivesse algo a ser repreendido. Leibniz escreveu um maravilhoso opúsculo sobre a causa de Deus. Era a causa

jurídica de Deus, a causa de Deus defendida. Há um encadeamento de personagens: o advogado, o investigador e, com Kant, houve a chegada do tribunal, do tribunal da razão. As coisas eram julgadas em função de um tribunal da razão. E as faculdades, no sentido do entendimento, a imaginação, o conhecimento e a moral eram medidas em função deste tribunal. É claro que através de um determinado método prodigioso criado por Kant que chamaram de “método crítico”, que é o método propriamente kantiano. Todo este aspecto me deixa horrorizado, mas é um horror fascinado também, pois é genial ao mesmo tempo. Dentre os inúmeros conceitos que Kant inventou, está o do tribunal da razão que é inseparável do método crítico. Meu sonho não é esse. Este é um tribunal do juízo. É o sistema do juízo, só que este não precisa mais de Deus. É um juízo baseado na razão, e não em Deus (DELEUZE, 2015, p. 58-59).

O método crítico de Kant, a que Deleuze faz referência, encontra um desenvolvimento em variadas áreas, inclusive na estética (2008), mas é na célebre *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1964) que fixa a construção moral, e, por conseguinte jurídica, em termos de um processo de reconhecimento de leis universais que permitem julgar a si mesmo e aos outros. A moral e, de forma logicamente posterior, as leis servem para, em último grau, produzir julgamento, emitir a palavra final sobre a salvação.

Em virtude disso, Agamben (2012) vê no nascimento da crítica a mais radical expressão do dispositivo de poder da modernidade: o pensamento crítico tanto no âmbito moral quanto estético produzem uma desvinculação entre o sujeito e o objeto, o que se manifesta na obra de arte moderna, de maneira cada vez mais radical, de modo a desvincular gradualmente obra de sentido – ou o estabelecimento de uma linguagem formal para a obra que a autonomiza do sentido, nada muito diferente, em substância, à proposta de Kelsen (2009) de interpretar o Direito e de enxergá-lo em uma esfera alheia ao princípio da causa e efeito e, portanto, da realidade física.

É Deleuze (1997, p. 51-71), na sua leitura de Lawrence, que vê, no *Livro do Apocalipse*: é aí que ocorre a substituição do “poder de decisão pelo poder do juízo” do ponto de vista da teologia e, por conseguinte, da política; isso equivale a dizer que o crescente protagonismo judicial nas democracias constitucionais contemporâneas, o Brasil incluso, é menos uma “evolução” ou “contenção” do poder soberano e mais um processo de cissiparidade do seu exercício. O Estado que decide é o Estado que julga e,

inclusive, se julga.

O procedimento judicial, em verdade, pode desligar o sentido real das normas do seu contexto pela maneira como as enuncia, gerando uma zona de indeterminação: se mesmo Kelsen (2009, p. 388-391) reconhece que há uma “moldura” normativa, isto é um sentido mínimo, que, no entanto, pode ser subvertida pelo intérprete. É como se o procedimento de aplicação da norma, sobretudo no processo judicial, a verdade pudesse ser suspensa momentaneamente, seja qual for o desdobramento posterior: se a norma nasce em um determinado contexto, e se sustenta pela função que exerce de maneira real, na medida em que é aplicada em um julgamento, ocorre sua retirada desse contexto pelo exercício do poder jurisdicional.

Esse fenômeno fica arquivemente no exercício do controle de constitucionalidade: inúmeras decisões que asseguraram direitos de minorias tomadas nos últimos anos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil previsto no art. 92, I da Constituição – como a questão da união homoafetiva,⁷⁶ das cotas raciais e sociais⁷⁷ etc.–, as quais precedem, contudo, um procedimento que suspende a possibilidade das normas protetivas; na medida em que o STF é quem diz o que é ou não constitucional, e em que forma isto pode sê-lo, cada uma daquelas normas constitucionais discutidas é desconectada e suspensa, posta em dúvida quanto à sua aplicação ou à sua forma de aplicação a determinado caso.

A questão não é se o STF “acertou” ou não de acordo com certa opinião ou perspectiva científica, mas que tal procedimento se estabelece sobre a premissa da sua competência formal realizar a jurisdição em seu mais alto grau, e não qualquer procedimento *a priori* lógico. Se as decisões dos Legislativo e Executivo possuem um grau de vagueza por conta das próprias normas que estabelecem suas competências, não é diferente com o Judiciário, mesmo nas hipóteses em que se trata de um ato estatal em julgamento – nesses casos, a propósito, ainda que não caiba ao Judiciário discutir propriamente o mérito, mas as formas das decisões de Estado que lhes são submetidas, é

⁷⁶ O famoso julgamento da ADPF 132/RJ, conjuntamente a ADI 4.277/DF, nas quais concluiu, em nome do constitucionalismo fraternal, da proibição ao preconceito, do pluralismo e do direito à intimidade e à vida privada, que a vedação à união homoafetiva, o que é um óbvio reconhecimento do direito à diferença.

⁷⁷ O julgamento da ADPF 186/DF, no qual concluiu o STF que as minorias necessitavam, ao menos temporariamente, de programas e políticas afirmativas, dadas as suas necessidades específicas.

o tribunal que fixa a diferença entre forma e mérito e o que é ou não pertinente de se observar. Não se trata de uma mera operação de subsunção, mas de que a norma que fixa de competência sujeita a norma que estabelece direitos, e a obrigação de estabelecer um direito que assegure necessidades ou aspirações de certos grupos, ou o reconhecimento como tal, é precisamente política ou moral.

Do mesmo modo que quando julga a recepção ou não de determinado diploma legal, realiza função meramente soberana das mais evidentes: seleciona o que ainda se mantém ou não ativo daquilo oriundo de ordens constitucionais anteriores dentro da ordem atual, na forma que julgar mais adequada. Outra questão particularmente pertinente é aquela que toca o *status* de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro: sua localização foi determinada pela decisão do próprio STF, e pode ser perfeitamente realocada desde que este tribunal seja provocado nesse sentido.

Ou ainda, como o STF é tribunal constitucional, mas é também órgão da estrutura judiciária, ao julgar matéria penal concreta, além de julgar o mérito, pode determinar em paralelo o alcance e cabimento das garantias processuais, o que se constitui em uma situação *sui generis*. Isso, entremeado com a espetacularização midiático-popular, – sobretudo nos quais pairam interesses políticos – acaba por ameaçar direitos e garantias dos réus, criando uma zona de total incerteza e insegurança (SERRANO, 2015).

O resultado é que mesmo que operação de julgar seja em espécie diferente da decisão mais propriamente “política”, tratam-se ambas de processos de formação da vontade do Estado que manifestam o poder soberano: em todos os casos, ponderados os variados graus e hierarquias das instituições de Estado, ocorre que as normas que fixam as suas competências acabam sujeitando as normas que estabelecem direitos: tanto que os sujeitos efetivos das instituições que cumprem funções de Estado derivam do povo enquanto os destinatários de tais direitos, pela luta histórica remota e/ou atual, são reconhecidamente plurais; a diferença reconhecida na Constituição se esvai, entretanto, na medida em que tais instituições são elas mesmas fundadas em uma premissa unitária e homogênea. A crise de legitimidade institucional que parece tomar o nosso tempo não tem saída por dentro de suas próprias estruturas (AGAMBEN, 2015).

CONCLUSÃO

Como exposto, a existência da tensão entre majorias e minorias na democracia brasileira contemporânea é menos uma deformação – ou um acidente do sistema, mas uma perturbadora consequência – e barroca – da maneira como se estrutura o exercício do poder político em nosso país, o que não é estranho à tradição moderna de modo amplo, apesar das especificidades e idiosincrasias brasileiras. Tampouco é um jogo que pode ou deve ser resolvido formalmente pelas instituições do poder constituído.

A rigor, ocorre a coexistência, dentro de um mesmo sistema jurídico, de dois motores antagônicos: um na forma do *poder soberano* (HOBBS, 2015; BODIN, 1993; AGAMBEN 2004; 2011), cujas facetas principais são o caráter absoluto e perpétuo, o outro nos termos do *devir democrático*, isto é, o movimento de permanente inclusão, tendendo à comunhão entre o campo jurídico e político (RANCIÈRE, 2014) e, conseqüentemente, à plenitude de ambos – o que manifesta o substrato primeiro e potentíssimo do “povo”, qual seja, a multidão (NEGRI; HARDT, 2005).

O conflito de gigantes acima referido tem como terreno próprio, saliente-se, a Constituição ela mesma, na forma legada pela tradição moderna: como possuidora de normas jurídicas que dão conta da arquitetura do sistema, isto é, como fatores de interferência na realidade e, ao mesmo tempo, no conjunto das demais normas jurídicas.

Ainda que a Constituição moderna carregue a pretensão de totalidade de organização do sistema, sabemos que ela, como qualquer norma jurídica, produz sínteses que estão sempre além da realidade inicial e aquém de si mesmas. Nesse sentido, é perfeitamente possível que dentro dela ocorra tal disputa, entre dois fatores que não estão dentro ou fora de sua previsão, mas que podem transitar entre ambos, como dois lutadores que entram e saem do ringue.

O fenômeno jurídico, por sinal, é a linguagem na qual o conflito é travado, uma vez que vai além de aspectos próprios; não apenas dotada de um aspecto normativo – que é bastante concreta e não apenas abstrata e ideal – como também subjetivo, performativo, antagônico e binário: ele não apenas prescreve comportamentos como, ainda, produz

sujeitos para as condutas que determina, determinando que atuem para ele existe, se contrapõe à realidade do estado de coisas e se escreve em uma gramática simplicíssima.

Essa esfinge, conhecida como Direito, pode existir de maneira meramente formal, embora quanto mais seu discurso encontra relação com a realidade, mais resistente e duradouro ele se torna – e o paradoxo não deixa de ser maior na medida em que vemos como é justamente o poder soberano, força tendente à eternidade que é, que consiste justamente no mecanismo que não só exacerba o Direito como mais faz uso de seu sentido meramente formal.

Tais motores se encontram dispostos nas normas constitucionais nas formas das normas que fundam as instituições e nas normas que garantem a proteção de minorias, as quais se encontram formalmente pareadas, mas ontologicamente separadas por um abismo: enquanto as primeiras têm por sujeito o povo – a multidão unida por um “consenso de Direito e por uma comum utilidade” (CÍCERO, 2015; SILVA FILHO, 2013), isto é, a multidão sintetizada por uma dialética doxológica –, as segundas, no nosso ordenamento jurídico, têm por destinatários o tecido plural e diferencial da sociedade.

O contraste em questão faz com que as normas constitucionais que tratam de direitos fundamentais reconheçam, por fim, a diferença, a singularidade e as minorias (DELEUZE; GUATTARI, 2009), muito embora a máquina política seja ela própria homogênea, unitária e centralizadora. O próprio sistema, pelo mecanismo decisório, especificamente político ou judicial, estabelece uma linguagem que desconecta o sentido de tais normas da sua materialidade, produzindo um processo formal e vazio – o qual, mesmo na realização dos direitos, precisa afirmar o poder soberano.

Se o poder soberano, como forma de exercício do poder por excelência da modernidade, se funda em um povo, para aclamar inclusive uma eventual soberania popular e necessita, de tal sorte, de um pacto social nos termos hobbesianos (2015), o fator diferencial entre ele e a democracia é, precisamente, aquilo que se pode chamar de *doxa* (AGAMBEN, 2011), consenso (CÍCERO, 2015) ou mesmo de superstição (ESPINOSA, 2008): um fator externo que cria um processo de formação da verdade desconectado dos pressupostos de exame lógico. Pela *doxa*, algo é, por força de uma opinião majoritária, por uma imposição, por repetição sem reflexão etc.

Hobbes (2015) é quem concede a forma limite para tanto, quando estabelece o pacto social na forma de uma relação jurídica simplicíssima, quando o povo confere a soberania a algo ao se sujeitar a um dever de obediência que lhe daria de volta um direito à segurança. No caso da soberania popular, tal como definido na Constituição brasileira, temos uma tripla *doxologia*: da multidão que se faz povo, do povo que constitui um pacto social e se sujeita um Estado e, depois, que se obriga a si mesma construindo um aparato institucional que governa de forma autônoma.

A impossibilidade do aparato político oriundo da soberania popular não é, nem poderia ser, o único desafio que se levanta. A própria multidão na forma de povo, sobretudo nos dias atuais, saturada pela forma que a doxa toma, qual seja, o espetáculo, com implicações nas mais variadas esferas da vida, inclusive a estatal e judicial (DEBORD, 1992; SERRANO, 2015).

Não é apenas que o Estado, assentado na soberania popular, no que se incluem tanto as modernas repúblicas e as monarquias constitucionais e parlamentares, não dê conta da enorme tarefa que isso constitui, mas que o próprio povo é instância de aclamação e impossibilidade de enxergar as diferenças. Não é o poder soberano (e popular) que representa uma transcendência, mas sua base ela própria doxológica também.

Mas nenhuma síntese é capaz de apagar totalmente os substratos que lhe deram origem: é assim na economia, na cultura, mas também na Ciência do Direito – como nos ensinou Marx (2013), subvertendo os ensinamentos de Hegel. Eis aí que a democracia emerge: como aparição da multidão, na forma do clamor vibrante das minorias, que se insurgem não apenas pelas suas necessidades ou desejos, mas também e sobretudo contra a estrutura unitária – e unificante – na qual estão aprisionadas – como, a propósito, se verifica no Brasil atual (MORAES; TARIN; TIBLE, 2015).

Tal disputa, entre opressão e liberdade, que se verifica dessa maneira no campo do Direito, exige da Ciência Jurídica uma tarefa de compreensão da linguagem não apenas do Direito como a forma como essa se estrutura.

É entender antes de julgar, e entender não necessariamente para julgar, como o vasto legado de Espinosa (2004, 2008, 2010) nos ensina: compreender os pressupostos

físico-materiais, para além de qualquer aritmética (AGAMBEN, 2012), e compreender o estatuto contingente da linguagem do Direito, sobretudo o Constitucional.

Só a partir daí é possível sair da fantástica crise na qual nos encontramos, realizar o *telos* democrático da ordem, aquele mesmo com o qual ela se apresenta para se legitimar sem, por óbvio, levá-lo a cabo realmente – o que, ironicamente, resulta em uma crise que é, precisamente, de legitimidade. Manusear a linguagem jurídica, entender que o fato de sua existência ser meramente formal não exonera a necessidade de conquistar a plenitude material e imanente, escapando, pois, às fantasmagorias apocalípticas.

E por tais fantasmagorias, aquelas de diversas ordens: (i) a crença em uma democracia “institucional” ancorada na racionalidade de representantes cuja racionalidade inexplicável lhes daria o aval para conter as paixões da massa, que, por algum mistério, são invariavelmente destrutivas, uma vez que são infantis e tuteláveis; (ii) a radicalização da mesma crença, supondo que as instituições judiciais representam um elemento ontologicamente diferente das instituições representativas, capazes de pairar tanto sobre a representação e o povo, reduzindo a democracia ao Direito e este, por seu turno, ao julgamento ou (iii) à crença oposta, da sujeição do Estado ao povo e aos anseios ocasionais, como se isso fosse possível, mesmo do ponto de vista do governo.

Trata-se, pois, de estabelecer um estatuto prático-realista que não vise nem prescrever o Direito, nem o reduzir à decisão ou à sua forma mais sofisticada, o julgamento, ou atribuir a ele qualquer neutralidade: as múltiplas incidências e ocorrências são, sobretudo, fruto da zona de contingência que é seu *habitat* próprio.

A hipótese democrática não está necessariamente dentro ou fora das instituições, mas, em um estado de movimento, de trânsito, transição e transformação das identidades cristalizadas. Ela é, repitamos, *devir*. Na corrente do desejo humano.

O assombro dessa situação é que ela não é uma ocasião ou uma mera conjuntura, mas decorre da própria maneira como se estabeleceram as bases do exercício do poder na modernidade, o que demanda mais do que um giro, mas uma prática reinvenção na forma de ver o mundo.

A multidão sempre clamará, como o fez ao longo da História, o que não é qualquer desejo ou esperança, mas sua simples ciência, algo cujo desconhecimento leva

ao engano de si ou dos outros. No dentro e fora negriano, exigir o cumprimento da promessa democrática em seu caráter absoluto, pois sem ele, ela não é, mas é o absoluto do múltiplo e não do uno.

Não há, portanto, qualquer triunfalismo ou voluntarismo em tal assertiva, na medida em que o próprio Marx bem sabia que o caminho da História é dado a percalços, coisa que Deleuze e Guattari assimilaram com particular acerto ao postularem que “a história universal é a das contingências, e não a da necessidade, é a dos cortes e dos limites, e não a da continuidade” (2010, p. 185).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Hugo. A Ascensão Selvagem da Classe sem Nome. *Revista Lugar Comum*. Rio de Janeiro: UFRJ, n. 37-38, p. 39-46, 2012.

_____. Poder Constituído: a pacificação como expropriação ontológica ou expropriação primeira. In: CAVA, Bruno; COCCO, Giuseppe (Org.). *Amanhã vai Ser Maior: o levante da multidão no ano que não terminou*. São Paulo: Annablume, 2014.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Selvino J. Assmann. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *O Reino e a Glória: Homo Sacer II*. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2011. 2 v.

_____. *O Homem sem Conteúdo*. Trad. Cláudio Oliveira. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

_____. *Opus Dei*. Trad. Daniel Arruda Nascimento. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. O que a renúncia de Ratzinger ensina à política. *IHU online*, 17.02.2013, disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/517651-o-que-a-renuncia-de-ratzinger-ensina-a-politica-artigo-de-giorgio-agamben>. Acesso em: 20 dez. 2015.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

ARISTÓTELES. Constitution of Athenians. In: *Aristotle in 23 Volumes*. Trad. H. Rackham. Cambridge: Harvard University Press; London: William Heinemann Ltd. 1952. 20 v. Disponível em: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0046%3Achapter%3Dfragments>. Acesso em: 20 nov. 2015.

AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer*. Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

AVERRÓIS (Ibn Rushd). *Tractata: The Philosophy and Theology of Averroes* [trad. Mohammad Jamil-Ub-Behman Barod]. Baroda: Manibhai Mathurbhal Gupta, 1921. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/77>. Acesso em: 11 ago. 2015.

BADIOU, Alain. *São Paulo: a fundação do universalismo*. Trad. Wanda Brant. São Paulo: Boitempo, 2009.

_____. *A República de Platão Recontada por Alain Badiou*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Lucia Guidicini; Alessandro B. Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BERGER, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. American Philosophical Society. 1968.

BETTELHEIM, Charles. *A Luta de Classes na União Soviética: primeiro período (1917-1923)*. Trad. Bolívar Costa. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Gianfranco (Org.). *Dicionário de Política*. Trad. Carmen Varriale et alii. Brasília: UnB, 1998.

_____. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BODIN, Jean. *Les Six Livres de La République*. Paris: Librairie Générale Française, 1993.

BOÉTIE, Étienne de la. *Le Discours De La Servitude Volontaire Ou Le Contr'un*. Saguenay, Quebec (Canadá): Université du Québec, 2009. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/la_boetie_etienne_de/discours_de_la_servitude/discours_servitude_volontaire.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BUTTLER, Judith. Performative Acts and Gender Constitution: An Essay in Phenomenology and Feminist Theory. *Theatre Journal*, v. 40, n. 20, p. 519-531, dez. 1988. BaltimoreMaryland (EUA): Johns Hopkins University Press, 1988. Disponível em: <https://www.amherst.edu/system/files/media/1650/butler_performative_acts.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.

CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*. Kirion, 2011.

_____. *Librorum de Re Publica* [C. F. W. Mueller]. Leipzig: Teubner. 1889. Disponível em: <<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3atext%3a2007.01.0031>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. Ação contra a omissão do Congresso. *Observatório de Imprensa*: edição 613. São Paulo: 27 out. 2010. Entrevista concedida a Jacson Segundo.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Francesas Eleitoras: uma conquista. *Jornal do Brasil*, 22 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2015/05/22/francesas-eleitoras-uma-conquista/>>,. Acesso em: 05 dez. 2015.

DEBORD, Guy. *La Société du Spectacle*. 3. ed. Paris: Gallimard, 1992.

DELEUZE, Gilles. *Crítica e Clínica*. Trad. Peter Pelbart. São Paulo: Editora 34, 1997.

_____. *Diferença e Repetição*. Trad. Luiz B. L. Orlandi; Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2009.

_____. *O Abecedário*. Disponível em: <<http://stoa.usp.br/prodsubjeduc/files/262/1015/Abecedario+G.+Deleuze.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____; GUATTARI, Felix. *Mil Platôs Vol. 1, 2, 3, 4 e 5*. Trad. Peter Pál Pelbart et alii. São Paulo. Editora 34, 2009

_____; _____. *O Anti-Édipo*. Trad. Luiz B. L. Orlandi. São Paulo: Editora 34, 2010.

_____; _____. *O Que é a Filosofia?* 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2010-b.

DERRIDA, Jacques. *De La Grammatologie*. Paris: Minuit, 1967.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1v.

ESPINOSA, Baruch de. *Espinosa*. São Paulo: Nova Cultural, 2004. (Os Pensadores)

_____. *Tratado Teológico-Político*. Trad., introdução e notas de Diogo Pires Aurélio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Ética* Trad. Tomaz Tadeu. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. (Edição Bilingue latim-português).

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação*. Saraiva: São Paulo, 1973.

FESTER, Antônio Carlos Ribeiro. *Justiça e Paz: memórias da comissão de São Paulo*. São Paulo: Loyola, 2005.

FRANKLIN, Benjamin. *The Political Thought of Benjamin Franklin*. Indianapolis (EUA): Hackett Publishing, 2003.

FREI BETTO. *O Que é a Comunidade Eclesial de Base?* Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/freibetto/livro_betto_o_que_e_cebs.pdf>. Acesso em 20 dez. 2015.

GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GONZAGA, Álvaro Azevedo; DE CICCIO, Cláudio. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRAHAM, Daniel W. *Heraclitus*. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Santa Clara, Califórnia (EUA): Stanford University, 2015. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/heraclitus/>>. Acesso em: 03 out. 2015.

GUTERMAN, Norbert; LEFEBVRE, Henri. In: LÊNIN, Vladimir Ilitch. *Cadernos sobre a dialética de Hegel*. Trad. José Paulo Netto. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2011, p. 7-92.

GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HARDT, Michael. Thomas Jefferson ou a transição da democracia. Trad. Pedro Mendes; Felipe Cavalcanti; Leonora Corsini. Rio de Janeiro: *Revista Lugar Comum*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 11-27, 2011.

_____.; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do Império*. Trad. Clóvis Marques, Rio de Janeiro: Record, 2005.

HEGEL, Georg W. *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio*. Trad. Paulo Menezes, José Machado). São Paulo: Loyola, 1995.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: Ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Dhnet. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 23ago. 2015.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Cia. Ed. Nacional, 1964.

_____. *Coleção os Pensadores: Kant*. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

_____. *Crítica da Faculdade do Juízo*. Trad. Valerio Rohden e António Marques. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João B. Machado. 8. ed. São Paulo:

Martins Fontes, 2009.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KRAUT, Richard. Plato. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Santa Clara, Califórnia (EUA): Stanford University, 2015. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/plato/>>. Acesso em: 01 jan. 2016.

LOCKE, John. *Lettre sur la Tolérance*. Trad. Jean Le Clerc. Chicoutimi, Quebec (Canadá): Université du Québec, 2002. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/locke_john/lettre_sur_la_tolerance/lettre_sur_la_tolerance.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2015.

LONGWORTH, Guy; AUSTIN, John Langshaw. In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Santa Clara, Califórnia (EUA): Stanford University, 2015. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/austin-jl/>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

LÖWY, Michel. A Teologia da Libertação: Leonardo Boff e Frei Betto. *Adital*, 23out. 2008. Disponível em: <<http://site.adital.com.br/site/noticia.php?lang=PT&cod=35648>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

LUXERMBURGO, Rosa. *The Russian Revolution*. Trad. Bertram Wolfe. Nova Iorque (EUA): Workers Age Publishers, 1940. Disponível em: <<https://www.marxists.org/archive/luxemburg/1918/russian-revolution/index.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Trad. Mário Celestino da Silva. Brasília: Biblioteca Online do Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/campanhas/conselhos/downloads/maquiavel.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

MARX, Karl. *Grundrisse*. Trad. Mario Duayer; Nélcio Schneider]. São Paulo: Boitempo, 2011.

_____. *O Capital: Crítica da Economia Política Livro I*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. *A Ideologia Alemã*. Trad. Álvaro Pina. Moscou: Progresso Lisboa, 1982. Disponível em: <<https://www.marxists.org/portugues/marx/1845/ideologia-alema-oe/>>. Acesso em: 04 out. 2015-a.

_____. *A Guerra Civil em França* [Eduardo Chita]. Moscou: Progresso Lisboa, 1982. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/marx/1871/guerra_civil/index.htm>. Acesso em: 05 out. 2015-b.

_____. *A Luta de Classes em França de 1848 a 1850*. Trad. Álvaro Pina; Fernando Silvestre. Lisboa: Avante, 1997. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/marx/1850/11/lutas_class/index.htm>. Acesso em:

05 out. 2015c.

MASCHIO, Jane Justio. Eficácia/Ineficácia das Cotas para as Mulheres. *Resenha Eleitoral* - Nova Série, v. 10, n. 1, jan./jun. 2003. Disponível em: <https://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/edicoes-impressas/integra/2012/06/eficaciaineficacia-do-sistema-de-cotas-para-as-mulheres/indexa710.html?no_cache=1&cHash=fc178ef27a5e1110c3e55d48cb9f3881>. Acesso em: 15 dez. 2015.

MORAES, Alana; TARIN, Bruno; TIBLE, Jean (Org.). *Cartografias da Emergência: Novas Lutas no Brasil*. São Paulo: Friedrich Stiftung, 2015.

NADAI, Elza; NEVES, Joana. *História do Brasil: da Colônia à República*. São Paulo: Saraiva, 1985.

NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad. Adriano Pilatti. 2. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral: Uma Polêmica*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

RANCIÈRE, Jacques. *O Ódio à Democracia*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Teologia-Política*. Trad. Francisco J. Conde; Jorge N. Pérez. Madrid: Trotta, 2009.

SERRANO, Pedro Estevam A. P. *A Justiça na Sociedade do Espetáculo: Reflexões Públicas sobre Direito, Política e Cidadania*. São Paulo: Alameda, 2015.

SIÉYES, Emmanuel. *Qu'est Que Ce Le Tiers État précédé de L'Essai sur Les Privilèges*. Paris: Alexandre Correard, 1822.

SILVA FILHO, Luiz Marcus da. A conjunção et na definição ciceroniana de populus. *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo: USP n. 21, p. 85-96, jan./jun. 2013.

TROTSKY, Lev. *The Permanent Revolution*. Trad. John G. Wright. Marxists. org. Disponível em: <<https://www.marxists.org/archive/trotsky/1931/tpr/pr-index.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

VERNANT, Jean Pierre. *As Origens do Pensamento Grego*. Trad. Ísis da Fonseca. Rio de Janeiro: Difel, 2002.

VINX, Lars (Org.). *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Cambridge University Press, 2015.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* nº 132/RJ, Brasília, DF, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* nº 186/DF, Brasília, DF, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=186&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

Sites e Links

Câmara dos Deputados Federais:

<<http://www2.camara.leg.br>>

Comissão da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo Verdade Rubens Paiva:

<<http://verdadeaberta.org/>>

Concílio do Vaticano II:

<http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/index_po.htm>

Congresso em Foco:

<congressoemfoco.uol.com.br>

Constituição da China:

<http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/2007-11/15/content_1372963.htm>

Constituição Espanhola:

<<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=1&fin=9&tipo=2>>

Constituição Francesa:

<<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>

Constituição do Weimar:

<http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php>

Datafolha

<<http://datafolha.folha.uol.com.br>>

Memórias da Ditadura:

<<http://memoriasdaditadura.org.br/>>

Senado Federal:

<<http://www.senado.gov.br>>

Supremo Tribunal Federal:

<<http://www.stf.jus.br>>