

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL DOUTORADO**

**GUILHERME VALLE BRUM**

**INCERTEZA DEMOCRÁTICA, LEGITIMIDADE POR REFLEXIVIDADE E  
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O FUNDAMENTO (SIMBÓLICO) DO  
EXERCÍCIO DO PODER PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**SÃO LEOPOLDO**

**2018**

Guilherme Valle Brum

Incerteza democrática, legitimidade por reflexividade e jurisdição constitucional:  
o fundamento (simbólico) do exercício do poder pelo Supremo Tribunal Federal

Tese apresentada como requisito parcial  
para obtenção do título de Doutor em  
Direito pelo Programa de Pós-Graduação  
em Direito da Universidade do Vale do Rio  
dos Sinos – UNISINOS  
Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes

São Leopoldo

2018

B893i

Brum, Guilherme Valle

Incerteza democrática, legitimidade por reflexividade e jurisdição constitucional: o fundamento (simbólico) do exercício do poder pelo Supremo Tribunal Federal / Guilherme Valle Brum -- 2018.

322 f. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018.

Orientador: Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes.

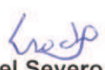
1. Direita constitucional. 2. Democracia. 3. Legitimidade por reflexividade. 4. Jurisdição constitucional. 5. Direito - Integridade. I. Título. II. Moraes, Jose Luis Bolzan de.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL DOUTORADO

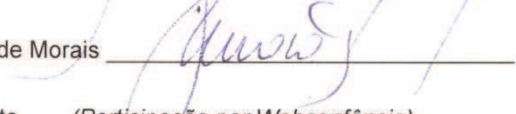
A tese intitulada: “**INCERTEZA DEMOCRÁTICA, LEGITIMIDADE POR REFLEXIVIDADE E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O FUNDAMENTO (SIMBÓLICO) DO EXERCÍCIO DO PODER PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**”, elaborada pelo doutorando **Guilherme Valle Brum**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 09 de julho de 2018.

  
Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,  
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck 

Orientador: Dr. Jose Luiz Bolzan de Moraes 

Membro: Dr. Glauco Salomão Leite *(Participação por Webconfência)*

Membro: Dra. Thami Covatti Piaia 

Membro: Dr. Gerson Neves Pinto 

Mais uma vez e sempre, à Dê.  
Simplesmente por tudo...

Agora, porém, é preciso dividir (melhor, multiplicar) a dedicatória desta tese para contemplar um serzinho especial que nasceu junto com ela: o nosso Dudu.

*Amo vocês porque amo vocês!*

## AGRADECIMENTOS

A Jose Luis Bolzan de Moraes. Muito mais que um orientador, o professor Bolzan é um amigo. Sinto-me privilegiado por ter sido seu interlocutor em incontáveis conversas durante o curso, que invariavelmente começavam com a pergunta “e a tese?”, passavam por trabalho, família (algumas vezes, vinho também) e terminavam em Direito e filosofia política. Sou profundamente grato por todas as suas lições. E espero seguir nessa grande parceria. *Muitíssimo obrigado, professor!*

Ao professor Lenio Luiz Streck, que, por meio de seus textos e palestras, instigou-me, ainda na graduação, a pensar criticamente o fenômeno jurídico. Muito da minha compreensão sobre a dimensão prático-vivencial do Direito se deve a ele.

Aos professores Leonel Severo Rocha e Vicente de Paulo Barretto, pelas fecundas discussões durante os encontros de seus seminários.

Aos colegas do Grupo de Pesquisa Estado & Constituição. *Seguiremos juntos!*

À estimada e brilhante Clarissa Tassinari, pela revisão criteriosa desta tese.

À Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, cujos quadros integro com muita honra, pelo indispensável apoio institucional, que me foi conferido no âmbito de sua extraordinária política de aperfeiçoamento profissional de seus membros e servidores.

Por fim, mais que um agradecimento, uma confissão. A vida foi muito generosa por ter colocado em minha trajetória os melhores colegas de trabalho que alguém poderia ter: as procuradoras e os procuradores do Estado (em ordem alfabética) Anastazia Nicolini Cordella, Cândido Inácio Martins de Oliveira, Márcia Regina Lusa Cadore, Marcos Antônio Miola, Olga Aline Orlandini Cavalcante, Paulo Roberto Basso e Simone Zandoná Lima. Somos mesmo uma *grande famiglia!* Faltam-me hipérboles para expressar minha gratidão pelos incentivos e pela generosidade de vocês. Se pudesse, inflaria um zepelim de agradecimentos e mandaria despejá-los todos na Equipe de Recursos e Atuação Estratégica da Procuradoria Fiscal.

*Se tu falas muitas palavras sutis  
E gostas de senhas, sussurros, ardis  
A lei tem ouvidos pra te delatar  
Nas pedras do teu próprio lar*

*Se trazes no bolso a contravenção  
Muambas, baganas e nem um tostão  
A lei te vigia, bandido infeliz  
Com seus olhos de raio-x*

*Se vives nas sombras, frequentas  
porões  
Se tramas assaltos ou revoluções  
A lei te procura amanhã de manhã  
Com seu faro de dobermann*

*E se definitivamente a sociedade só te  
tem  
Desprezo e horror  
E mesmo nas galeras és nocivo  
És um estorvo, és um tumor  
A lei fecha o livro, te pregam na cruz  
Depois chamam os urubus*

*Se pensas que burlas as normas penais  
Insuflas, agitas e gritas demais  
A lei logo vai te abraçar, infrator  
Com seus braços de estivador*

*Hino de Duran, de Chico Buarque  
(1979), tão tristemente atual nestes  
tristes trópicos.*

## RESUMO

A presente tese aborda a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. O objetivo é defender um modo de legitimação pelo exercício do poder, a chamada “legitimidade por reflexividade”, a partir da teoria democrática de Pierre Rosanvallon, beneficiada pela filosofia política de Claude Lefort e pelas teorias do Direito e da democracia de Ronald Dworkin. A intenção é a de que esse arranjo teórico seja convincente e adequado para fundamentar o poder contramajoritário das cortes constitucionais – mais delimitadamente, no caso, do Supremo Tribunal Federal – quando no desempenho da atividade de revisão judicial dos atos políticos (leis e políticas públicas) dimanados dos poderes Legislativo e Executivo, que contam com uma legitimidade democrática de investidura, conferida pelo procedimento eleitoral-majoritário. Uma das principais conclusões é a de que o modelo democrático-reflexivo é adequado para fundamentar a autoridade das cortes constitucionais. Além disso, a tese conclui que esse tipo de legitimidade não corresponde a um estatuto, mas a uma qualidade, a ser aferida pelo exercício do respectivo poder. É uma questão de grau, essencialmente interpretativa. A conquista da legitimidade não pode ser plenamente atingida, estando vinculada a um buscar incessante. Outra conclusão do trabalho é a de que a integridade do Direito faz parte da dimensão simbólica do poder e, nessa medida, sua função é a de prover reflexivamente uma identidade, no plano dos princípios, para o social. Ainda que seja uma identidade ou uma unidade inerentemente provisória e disputável, dado o caráter aberto, plural e voltado ao futuro próprio dos regimes democráticos.

**Palavras-chave:** Democracia. Legitimidade por reflexividade. Jurisdição constitucional. Direito como integridade.



## **ABSTRACT**

This thesis addresses the democratic legitimacy of constitutional jurisdiction. The aim is to defend legitimacy by the exercise of power, the so-called "legitimacy by reflexivity", based on the democratic theory of Pierre Rosanvallon, benefited by the political philosophy of Claude Lefort and the theories of law and democracy by Ronald Dworkin. The intention is that this theoretical arrangement be convincing and adequate to justify the countermajoritarian power of the constitutional courts when performing the judicial review of political acts (laws and public policies) emanating from the Legislative and Executive powers, which have a democratic legitimacy of investiture, conferred by the electoral-majority procedure. One of the main conclusions is that the democratic-reflexive model is adequate to support the authority of the constitutional courts. Furthermore, the thesis concludes that this type of legitimacy does not correspond to a statute, but to a standard, to be measured by the exercise of judicial power. It is a matter of degree, essentially interpretive. Another conclusion of the work is that the integrity of law is part of the symbolic dimension of power and, to that extent, its function is to provide reflexively an identity, at the level of principles, for society. Although it is an identity that is inherently provisional and disputable, considering the open, plural, and future character of democratic regimes.

**Keywords:** Democracy. Legitimacy by reflexivity. Judicial review. Law as integrity.

## RESUMEN

La presente tesis aborda la legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional. El objetivo es defender un modo de legitimación por el ejercicio del poder, la llamada "legitimidad por reflexividad", a partir de la teoría democrática de Pierre Rosanvallon, beneficiada por la filosofía política de Claude Lefort y por las teorías del Derecho y de la democracia de Ronald Dworkin. La intención es que ese arreglo teórico sea convincente y adecuado para fundamentar el poder contramayoritario de las cortes constitucionales cuando en el desempeño de la actividad de revisión judicial de los actos políticos (leyes y políticas públicas) dimanados de los poderes Legislativo y Ejecutivo, que cuentan con una legitimidad democrática de investidura, conferida por el procedimiento electoral-mayoritario. Una de las principales conclusiones es que el modelo democrático-reflexivo es adecuado para fundamentar la autoridad de las cortes constitucionales. Además, la tesis concluye que ese tipo de legitimidad no corresponde a un estatuto, sino a una calidad, a ser evaluada por el ejercicio de su poder. Es una cuestión de grado, esencialmente interpretativa. La conquista de la legitimidad no puede ser plenamente alcanzada, estando vinculada a un buscar incesante. Otra conclusión del trabajo es que la integridad del Derecho forma parte de la dimensión simbólica del poder y, en esa medida, su función es la de proveer reflexivamente una identidad, en el plano de los principios, hacia lo social. Aunque sea una identidad o una unidad inherentemente provisional y disputable, dado el carácter abierto, plural y orientado al futuro propio de los regímenes democráticos.

**Palabras clave:** Democracia. Legitimidad por reflexividad. Jurisdicción constitucional. Derecho como integridad.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	11
2 A DEMOCRACIA COMO INCERTEZA: O PLANO <i>DO POLÍTICO</i> E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	29
2.1 A Diferença entre <i>o Político</i> e <i>a Política</i> como Diferença Ontológica: o pensamento pós-fundacional e a inevitabilidade do plano <i>do político</i> .....	29
2.2 Democracia como Incerteza, Direitos Fundamentais e Conflito .....	53
3 A DIMENSÃO SIMBÓLICA DO REGIME DEMOCRÁTICO E O PODER COMO UM <i>LUGAR VAZIO</i> .....	75
3.1 As Raízes do Simbólico .....	75
3.2 O Exercício do Poder na Democracia e a Unidade Simbólica da Sociedade .....	85
3.3 Poder e Princípios Geradores da Democracia: o arbítrio e a dimensão simbólica dos direitos fundamentais .....	105
4 CONTRADEMOCRACIA, REPRESENTAÇÃO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA .....	121
4.1 A Necessária Expressão Contrademocrática do <i>Povo-juíz</i> e sua Função Representativa.....	121
4.2 Considerações Adicionais sobre o Trabalho da Representação do Poder nas Múltiplas Expressões da Democracia .....	138
4.3 O Caráter Multifário da Legitimidade Democrática e a Necessidade de uma Democracia de Exercício .....	147
5 LEGITIMIDADE POR REFLEXIVIDADE E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A REPRESENTAÇÃO DO POVO-PRINCÍPIO PELA INTEGRIDADE DO DIREITO .	168
5.1 A Construção da Legitimidade por Reflexividade: características, função representativa e seu lugar na democracia.....	168
5.2 As Cortes Constitucionais como Instituições da Democracia-Reflexiva e suas Potencialidades para o “Florescimento Democrático” .....	198
5.3 A Integridade do Direito como Representação Reflexiva do Povo-Princípio: o desintrincamento simbólico entre direito e poder .....	225
5.3.1 O Direito como Integridade no Contexto do Pensamento Político Pós-Fundacional.....	225
5.3.2 A Representação Reflexiva do Povo-Princípio pela Integridade (Inclusiva) do	

Direito: a autonomia do elemento jurídico em face do poder como condição democrática.....	238
5.3.3 Uma Análise da Legitimidade por Reflexividade do Supremo Tribunal Federal em Dois Casos de Violação à Integridade (Inclusiva) do Direito .....	259
<b>5 CONCLUSÕES .....</b>	<b>278</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>303</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Entre entusiastas,<sup>1</sup> defensores moderados<sup>2</sup> e detratores,<sup>3</sup> a jurisdição constitucional experimentou um ciclo de ascensão global nos mais diversos regimes democráticos.<sup>4</sup> Parece-lhe reservado um espaço cativo nas democracias. A presente tese pretende analisar esse fenômeno. Mas por um caminho oblíquo. A pergunta colocada é sobre o tipo de espaço democrático passível de ser preenchido por uma instituição que exerça a atividade de interpretar oficialmente uma Constituição. Ou, mais refinadamente, o propósito é investigar o que legitima um poder dessa espécie a falar em nome da sociedade. O *tema* de pesquisa, portanto, versa sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Não trata de discutir o melhor arranjo institucional para o cumprimento da função (por juízes eleitos ou politicamente indicados, com mandatos vitalícios ou temporários) nem mesmo teorias dialógicas que entendam ser mais democrático o compartilhamento da tarefa entre mais de um órgão ou poder da República. Em suma, este trabalho assume que as cortes constitucionais têm de fato esse papel a ser desempenhado. No caso do Brasil, isso está definido no artigo 102 da Constituição de 1988. Compete ao Supremo Tribunal Federal, órgão colegiado formado por onze agentes públicos indicados pelo presidente da República, exercê-lo. Eis então o assunto central da investigação: a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal (a qual o autorizaria a “falar por último”, em nome da sociedade, sobre questões de princípio).

O intuito, nessa trilha, é investigar o que fundamenta esse “falar por último” em termos constitucionais, bem como de que modo pode o STF emitir juízos (decisões) caracterizados por essa elevada carga de responsabilidade política com legitimidade

---

<sup>1</sup> Representados pelo ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, que defende como uma das funções próprias às cortes constitucionais a de exercer uma “vanguarda iluminista”, por meio da qual seria possível a essas instituições “empurrar a história quando ela emperra”. BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 23-50, 2015. Número especial.

<sup>2</sup> Os quais entendem a jurisdição constitucional adequada à falta de um possível instituto melhor para falar pelo “povo-princípio”. Vide, exemplificativamente: EISGRUBER, Christopher L. **Constitutional self-government**. Cambridge: Harvard University Press, 2001. Edição Kindle.

<sup>3</sup> Há exagero retórico na expressão. São autores que guardam profundas desconfianças acerca das possíveis virtudes democráticas dos tribunais constitucionais. O conjunto pode ser ilustrado, cada qual a seu modo, por Jeremy Waldron e Mark Tushnet. WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, [S.l.], v. 115, n. 6, 2006; e TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999. Edição Kindle.

<sup>4</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Org.). **The global expansion of judicial power: the judicialization of politics**. New York: New York University Press, 1995. Edição Kindle.

democrática. Melhor indagando: o que autorizaria o Supremo a ser, de fato, um órgão “supremo” relativamente à vontade constitucional em um regime democrático? E, para que sua autoridade possa ser democraticamente legítima, de que maneira deve fazer o que a Constituição de 1988 lhe incumbiu? A tentativa de oferecer respostas a essas e outras questões correlatas delimitará o percurso da pesquisa. Antes, porém, é preciso que fiquem claras duas premissas. Não desconheço a diferenciação adotada comumente pelos constitucionalistas pátrios entre as expressões “jurisdição constitucional” e “controle de constitucionalidade”.<sup>5</sup> Utilizarei, contudo, esses termos de uma maneira intercambiável para designar o mesmo fenômeno: o reexame pelo Poder Judiciário de leis e políticas públicas com base no que dispõe a Constituição do Brasil. Em uma palavra: a revisão constitucional das opções políticas dos Poderes Legislativo e Executivo materializadas em leis e políticas públicas.

A outra premissa que precisa ser explicitada diz com a conhecida amplitude do controle de constitucionalidade brasileiro: concentrado e difuso, passível de ser exercido em qualquer ação judicial por todos os juízes investidos na respectiva função. A circunstância, contudo, não prejudicará o argumento. Antes de tudo porque, apesar de toda essa propagação, permanece com o Supremo Tribunal Federal “a última palavra” sobre o sentido da Constituição. Basta lembrar o fato de que dentre as suas funções está a de reexame das decisões dos tribunais estaduais, regionais e mesmo superiores pela via recursal. Além disso, a difusão da jurisdição constitucional pelo território brasileiro gerou ao longo do tempo reações jurisprudenciais e legislativas que visaram a intensificar a centralidade da atividade no âmbito do órgão de cúpula. Na primeira hipótese de reação institucional, é possível citar, por exemplo, a atribuição dos efeitos *erga omnes* e vinculantes (próprios aos processos ditos “objetivos” de controle de constitucionalidade) ao controle incidental quando levado a efeito pelo STF.<sup>6</sup> Na segunda, além do advento dos mecanismos constitucionais da repercussão

---

<sup>5</sup> Exemplificativamente, a monografia de Luís Roberto Barroso sobre o tema: “As locuções *jurisdição constitucional* e *controle de constitucionalidade* não são sinônimas, embora sejam frequentemente utilizadas de maneira intercambiável. Trata-se, na realidade, de uma relação entre gênero e espécie. *Jurisdição constitucional* designa a aplicação direta da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade. Neste último caso estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3.

<sup>6</sup> Na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 3470 julgada bem recentemente (em novembro de

geral e da súmula vinculante,<sup>7</sup> são também ilustrativas a valorização do sistema de precedentes e a consolidação das hipóteses de reclamação, medidas levadas a cabo pelo Código de Processo Civil de 2015.<sup>8</sup> E mesmo fora dessas hipóteses, ou seja, mesmo quando os pronunciamentos do Supremo não são dotados de vinculação obrigatória aos demais órgãos do Poder Judiciário, impossível negar os efeitos morais e persuasivos que deles dimanam, assegurados não apenas pela eventual qualidade do argumento (o que toca a discussão sobre a própria legitimidade da corte), mas pela

---

2017), o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a constitucionalidade de uma lei do Estado do Rio de Janeiro que vedava a comercialização de amianto, precisou pronunciar-se incidentalmente sobre a compatibilidade constitucional de artigo de lei federal (art. 2º da Lei 9.055/1995) em sentido oposto, isto é, autorizador do comércio da substância. O tribunal decidiu então conceder eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a essa declaração incidental de inconstitucionalidade, entendendo ter havido mutação constitucional do sentido do artigo 52, X, da Constituição de 1988, o qual determina competir ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. O acórdão ainda não foi publicado. Mas é possível encontrar um resumo do seu conteúdo no sítio virtual do STF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo por Temas**, Brasília, DF, n. 884/886, nov. 2017. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativo\\_mensalnovembro2017.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativo_mensalnovembro2017.pdf)>. Acesso em: 9 jun. 2018.

<sup>7</sup> Inseridos na Constituição pela Emenda Constitucional 45/2004 (artigos 102, § 3º, e 103-A), com os respectivos teores: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. [...] § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. [...] Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”. BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1)>. Acesso em: 9 jun. 2018.

<sup>8</sup> “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. [...] Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. [...] Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência. IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.” BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 9 jun. 2018.

posição hierárquica da instituição.

Para a exploração do fundamento que viabilizaria o exercício legítimo do poder do Supremo Tribunal Federal de avaliar a constitucionalidade de leis e políticas públicas será utilizada a teoria de Pierre Rosanvallon sobre a democracia, especialmente na obra em que se propõe a investigar, de modo bem específico, o problema da legitimidade democrática, “*La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*”. Esse texto – que toca temas afetos às áreas da filosofia, da história e da sociologia – defende a hipótese de que a legitimidade nos regimes democrático-constitucionais pode ser obtida não só pelo princípio majoritário, mas por “reflexividade”, por “imparcialidade” e por “proximidade”.<sup>9</sup> A primeira dessas três (a legitimidade por reflexividade) é a que interessará mais de perto à investigação, porquanto é aquela que, segundo o autor, fundamenta o funcionamento das cortes constitucionais.

Rosanvallon, contudo, não se preocupa em discorrer sobre o modo pelo qual essa legitimidade por reflexividade pode ser conquistada. É possível extrair de seu texto apenas alguns indícios de como as cortes constitucionais devem desempenhar seu papel para que se legitimem reflexivamente. Dito de outro modo, não há interesse em fornecer um modelo teórico sobre a forma como a jurisdição constitucional legítima precisa ser levada a efeito. Uma das principais tarefas, então, que assumirei nesta tese será a de “preencher” essa espécie de vazio teórico deixado intencionalmente pelo autor. Para tanto, será preciso integrar à pesquisa alguma noção de regime democrático para verificar não apenas a adequação a esse regime de uma instituição que se legitime reflexivamente, mas para postular a maneira pela qual uma instituição desse tipo (no caso, o STF) deverá desempenhar seu papel.<sup>10</sup> A ideia de democracia

---

<sup>9</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. Rosanvallon fala em legitimidades *de* reflexividade, *de* imparcialidade e *de* proximidade. Nesta tese, porém, essas expressões serão antecedidas da preposição *por*, no sentido de “o modo como se realiza algo”, a fim de melhor explicitar a ideia de que o poder se torna legítimo *por* ser reflexivo, *por* ser imparcial ou *por* ser próximo, isto é, o poder se legitima *por meio do* exercício de uma empresa reflexiva, imparcial ou próxima.

<sup>10</sup> Como alerta Christopher Eisgruber, para responder à questão sobre se uma corte constitucional pode ou não ser representativa do povo, “nós precisamos articular uma teoria da democracia”. Apenas assim será possível saber o que significa “uma boa instituição representativa”. No original: “*Supreme Court justices are unelected and almost impossible to remove from office. What basis can there be for regarding them as representatives of the people? To answer that question, we will have to articulate a theory of democracy: we will, in particular, have to say what counts as a good representative institution*”. (EISGRUBER, Christopher L. **Constitucional self-government**. Cambridge: Harvard University Press, 2001. posição 62. Edição Kindle). É preciso desde já fazer uma observação. Ao longo deste trabalho, há inúmeras citações traduzidas por mim de obras redigidas em outros idiomas. Há outras tantas, não obstante, que optei por manter na língua original da obra. O critério entre traduzir o excerto citado ou



no âmbito da filosofia política de Claude Lefort (autor que influencia marcadamente Rosanvallon) cumprirá a respectiva função.<sup>11</sup> Lefort, no entanto, nunca teve a intenção de erigir uma teoria ou uma doutrina democrática.<sup>12</sup> Como ele mesmo refere, sua intenção é pensar e repensar o político, levando em conta “as questões que emergem da experiência de nosso tempo”.<sup>13</sup> Desse modo, tentarei reconstruir e de alguma maneira sistematizar a “arquitetura conceitual”<sup>14</sup> da filosofia lefortiana, principalmente algumas “chaves” do seu pensar, como a “dimensão simbólica do poder”, o “político” em oposição à “política”, a “democracia como incerteza” e o “poder como um lugar vazio”. E será essa estrutura que permitirá alcançar uma definição com alguma consistência sobre a “legitimidade democrática por reflexividade”, aplicando-a para discutir o fundamento legitimador da jurisdição constitucional.

E para essa definição entrará em cena, por fim, Ronald Dworkin. A sua concepção dos tribunais constitucionais como “fóruns do princípio” é, inclusive, uma das figuras que Rosanvallon tem em mente quando constrói sua hipótese de que essas instituições podem funcionar de modo democraticamente legítimo. O autor francês, porém, não vai muito além do que sugerir o ideário dworkiniano. A inclusão deste ao conceito de legitimidade por reflexividade será desenvolvida no presente trabalho. Mas falar em “ideário dworkiniano” é algo bastante amplo e complexo. Dworkin transitou, durante toda sua longa trajetória intelectual, por diversos ramos do saber: do Direito à filosofia política, de reflexões sobre a moral à teoria democrática e, até mesmo, a incursões nas searas da fenomenologia e da hermenêutica.<sup>15</sup>

---

transcrevê-lo no idioma do texto consultado é único: a tentativa de melhor dar conta, em cada caso, do pensamento do autor utilizado.

<sup>11</sup> Rosanvallon foi um dos autores que deu sequência aos escritos de Claude Lefort (de quem não deixa de ser discípulo) no que Christian Lynch chama de “Escola francesa do político”. LYNCH, Christian Edward Cyril. A democracia como problema. In: ROSANVALLON, Pierre. **Por uma história do político**. São Paulo: Alameda, 2010. p. 20-35.

<sup>12</sup> “Um teórico sem teoria”, como bem coloca Luciano Oliveira: “Ao enfatizar, em Maquiavel, a sensibilidade para os acontecimentos – a *verità effettuale* –, em vez de exercitar-se na ‘idealização da Antiguidade’, como era corrente na Florença de então, Lefort está pondo em destaque um método de trabalho que é também seu, pois essa maior valorização da experiência *vivida* em relação à ‘teoria’ será também um traço persistente na sua reflexão. [...] Daí talvez a sua preferência, como autor, pelos artigos com que entra de chofre nos acontecimentos, em vez de escrever livros – escassos na sua obra –, que são trabalhos mais sistemáticos e se coadunam menos com um pensamento mais afeito a interrogar do que a responder, como é o seu caso”. OLIVEIRA, Luciano. **O enigma da democracia**: o pensamento de Claude Lefort. Piracicaba: Jacintha, 2010. p. 59-60.

<sup>13</sup> LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 9.

<sup>14</sup> A expressão é de Poltier. Vide: POLTIER, Hugues. **Claude Lefort**: el descubrimiento de lo político. Trad. Heber Cardoso. Buenos Aires: Nueva Visión, 2005. p. 40.

<sup>15</sup> Essa transdisciplinaridade característica em Dworkin fica muito evidente em sua obra de maturidade intelectual plena, *Justice for Hedgehogs*, na qual ele mesmo adverte que examina ali “uma larga

Interessam-me para o desenvolvimento deste trabalho as suas teorias do Direito e da democracia. Mas com especial ênfase um enunciado que atravessa a ambas, uma “ideia-força” que serve ao mesmo tempo para legitimar o poder do Estado e exigir-lhe atitude, qual seja, o Direito como integridade. Entretanto, é preciso dizer desde agora: a integridade aparecerá nesta tese em boa medida ressignificada. E não apenas pelas influências de Lefort e Rosanvallon ao argumento, mas também por uma particular leitura feita dela por Gerald Postema<sup>16</sup> e pela própria ideia dworkiniana, apresentada no último capítulo de *Law's Empire*, de integridade “inclusiva” do Direito.<sup>17</sup>

Delimitado, portanto, o tema desta tese, é preciso dizer que o *problema* enfrentando pela pesquisa evidentemente não é novo, mas o interesse em debatê-lo segue atual. A história da filosofia política nos dá mostras seguras de que a controvérsia sobre o que motiva a obediência a uma autoridade é assunto permanente. Sempre se discutiram as razões que devem ensejar o acatamento das pessoas ao poder (democrático ou não), como ilustra a obra clássica sobre os fundamentos do exercício da autoridade de Guglielmo Ferrero.<sup>18</sup> Parece, portanto, não haver dúvidas sobre a ininterrupta relevância da discussão acerca do fundamento legitimador do poder. E a ascendência hodierna dos tribunais coloca mais um ingrediente nessa temática: a inquietante questão a respeito do seu específico – e muitas vezes decisivo – poder de exercer o controle de constitucionalidade de leis e de políticas públicas em uma democracia. De que maneira ou em que medida um pequeno grupo de juízes não eleitos pelo voto popular pode invalidar leis ou reapreciar decisões alocativas de recursos públicos, ambas legitimadas muitas vezes por milhões de eleitores no momento canônico da votação? É possível que isso ocorra e, ainda assim, chamarmos esse regime político de “democrático”? A democracia

---

variedade de questões filosóficas que normalmente não são tratadas todas num mesmo livro. Discutimos, em diferentes capítulos, a metafísica dos valores, o caráter da verdade, a natureza da interpretação, as condições do acordo e do desacordo verdadeiros, o fenômeno da responsabilidade moral e o chamado problema do livre-arbítrio, além de questões mais tradicionais da teoria ética, moral e política”. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 3-4.

<sup>16</sup> POSTEMA, Gerlad J. Integrity: justice in workclothes. In: BURLEY, Justine (Org.). **Dworkin and his critics**: with replies by Dworkin. Oxford: Blackwell Publishing, 2004. p. 291-318.

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 477-492.

<sup>18</sup> Para quem historicamente existiram, além da legitimidade democrática, fundada no princípio da soberania do povo, a legitimidade “eletiva”, frequentemente exercida de modo combinado com a democrática, a legitimidade “hereditária” e a legitimidade “aristo-monárquica”, essas últimas inseparáveis. Vide: FERRERO, Guglielmo. **O poder**: os gênios invisíveis da cidade. Trad. Carlos Domingues. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1945. p. 26-32.

pressupõe direitos fundamentais cristalizados em uma Constituição e, portanto, exercício de poderes contramajoritários? Aliás, exercer a representação do “povo-princípio” é necessariamente um agir contramajoritário?

Há uma recorrente ilustração acerca do debate sobre essas questões: a polarização entre correntes ditas “substancialistas” e “procedimentalistas”.<sup>19</sup> Aquelas enfatizariam o conteúdo substantivo da Constituição e o papel da jurisdição como garantidora de direitos fundamentais (aí incluídos os de caráter social); estas negariam a função dos tribunais como concretizadores de princípios materiais extraíveis da Constituição, confiando à jurisdição constitucional a tarefa de garantir os procedimentos democráticos que assegurem a formação da opinião e da vontade política. Cuida-se de classificação muito geral, pois há consideráveis divergências entre as propostas dos autores representativos da mesma corrente.<sup>20</sup> De todo modo, ainda que o antagonismo entre essas correntes não seja o tema do estudo que desejo desenvolver,<sup>21</sup> a existência, até hoje, de uma disputa teórica tão profunda indica a

---

<sup>19</sup> Para uma boa síntese do conteúdo teórico dessas correntes e do inventário de seus mais representativos autores, vale conferir: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 127-156, e STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 95. O panorama do debate é assim apresentado por Streck: “Contemporaneamente, o papel da Constituição, sua força normativa e seu grau de dirigismo vão depender da assunção de uma das teses (eixos temáticos) que balizam a discussão: de um lado, as teorias procedimentais, e, de outro, as teorias materiais-substanciais. Parece não haver dúvidas de que esse debate é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição constitucional. A toda evidência, as teses materiais colocam ênfase na regra contramajoritária (freio às vontades de maiorias eventuais), o que, para os substancialistas, reforça a relação Constituição-democracia; para os procedimentalistas, entretanto, isso enfraquece a democracia, pela falta de legitimidade da justiça constitucional. Uma *jurisdição constitucional* interventiva ‘coloniza’ o mundo da vida, na acepção de Habermas, corifeu da teoria procedimental do direito”.

<sup>20</sup> Jeremy Waldron, por exemplo, é um autor que dificilmente se enquadraria sem ressalvas em alguma dessas classificações. Ousaria dizer que sua sofisticada proposta teórica estaria mais próxima das ideias procedimentalistas, mas ele próprio as critica: WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Trad. José Luis Martí e Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.

<sup>21</sup> Se fosse, contudo, necessário encaixar o objeto da pesquisa (a tese da legitimidade por reflexividade) em alguma dessas duas correntes, ele seria sem dúvida substancialista. Aliás, o próprio Rosanvallon faz questão de declaradamente afastar-se das posturas procedimentalistas, criticando um de seus mais proeminentes representantes, Jürgen Habermas. A democracia-reflexiva engloba a representação institucional do conteúdo material dos direitos fundamentais. Todavia é preciso esclarecer um ponto que pode gerar alguma controvérsia. Rosanvallon lança objeções ao que em alguns trechos de sua obra chama de legitimidade ou dimensão “substancial” da democracia. A crítica do autor, contudo, precisa ser bem compreendida. Ele não quer com isso afastar qualquer conteúdo material para a configuração do democrático. Mas voltar-se contra uma ideia de substância que pretenda concretizar no poder de uma autoridade o ideal utópico de unanimidade. A sua crítica não atinge modelos conteudísticos de legitimidade só por serem desse tipo (conteudísticos), tanto assim que endossa a ideia dworkiniana do fórum do princípio. Vide: ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 30-31 e 105.

relevância de permanecermos discutindo o problema da legitimidade da jurisdição constitucional.

Outrossim, aproximando esse debate do quadro brasileiro, é possível dizer que o Supremo Tribunal Federal é uma corte substancialista. A jurisdição que exerce não se limita à garantia dos procedimentos formadores da vontade democrática. Como ilustrarão os exemplos elencados ao longo do texto, o STF não apenas invalida leis com base em construções conteudísticas (substantivas) de princípios constitucionais, como reexamina, tendo como parâmetros esses mesmos princípios, o desempenho de políticas públicas, determinando a realocação de recursos do erário para fazer frente a um sem-número de necessidades sociais que julga serem de atendimento necessário pelo Estado, em suas diversas searas federativas. Dessa maneira, a postura teórica dita substancialista favorece, pelo menos em terras brasileiras, um protagonismo judicial que coloca o tribunal constitucional pátrio em uma – hoje aparentemente inegável – posição destacada na nossa democracia.

A desafiadora questão, então, que parece existir é como justificar a autoridade do Supremo Tribunal Federal na concretização dos conteúdos materiais da Constituição da República sem que, com isso, aceitemos sua discricionariedade forte<sup>22</sup>, que no limite leva a uma espécie de arbítrio, de decisionismo, posturas profundamente antidemocráticas. Há alguma maneira de a corte constitucional manter-se fiel ao seu desempenho substancialista e, ainda assim, legitimar-se democraticamente? De que modo, então, ela tem de desenvolver o seu trabalho? É possível aferir uma espécie de “acerto democrático” de suas decisões? E em que consistiria esse “acerto democrático”? Essas perguntas são reconduzíveis a uma principal: de que tipo é a legitimidade que poderia autorizar o substancialismo decisório do Supremo Tribunal Federal em uma democracia? O desafio a que me proponho na tese é, sem adotar uma postura procedimentalista sobre a jurisdição constitucional, defender uma forma de legitimidade para o Supremo Tribunal Federal que, mesmo aceitando seu desempenho substancialista, possa dar conta de responder a essas perguntas.

Nesse cenário, o problema central que se fará objeto da pesquisa poderia ser colocado desta maneira: responder à indagação sobre se o modelo de legitimidade proposto – legitimidade por reflexividade, a partir de Lefort, Rosanvallon e Dworkin –

---

<sup>22</sup> No sentido dworkiniano da expressão: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 52-53.

pode fundamentar, de modo convincente e adequado, a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal quando exerce o controle de constitucionalidade, seja de leis, seja de políticas públicas. Em outras palavras, se a legitimidade por reflexividade, da forma como será enxergada, pode servir de modelo justificador ao exercício do poder jurisdicional “contramajoritário”<sup>23</sup> de decidir sobre a (in)adequação constitucional dos atos políticos dos Poderes Legislativo e Executivo, que contam com uma forma de legitimação apriorística, de investidura, pelo voto popular. Além disso, fará parte do problema investigar se, uma vez concluído pela aceitabilidade da ideia de legitimidade por reflexividade para justificar o controle de constitucionalidade de leis e políticas públicas, as decisões do Supremo Tribunal Federal em casos exemplares vêm atendendo a esse critério de legitimação democrático-reflexivo.

A hipótese principal que a investigação pretende confirmar, simetricamente ao problema que se propõe resolver, é a de que o modelo de legitimidade a ser delineado – a legitimidade democrática por reflexividade – serve bem para fundamentar o poder exercido pelo Supremo Tribunal Federal quando no desempenho da jurisdição constitucional de leis e políticas públicas. A sua *originalidade* pode ser constatada pelos seguintes fatores. O primeiro deles consiste precisamente em pensar um possível conteúdo teórico para a boa intuição de Pierre Rosanvallon de que o modo típico de aquisição de legitimidade pelas cortes constitucionais se dá pelo exercício de um trabalho reflexivo. Colocar a proposta de legitimidade assim concebida no interior do enunciado fenomenológico de democracia feito por Lefort também faz parte do conteúdo de originalidade da hipótese. Isto é, parece haver um considerável grau de ineditismo em colocar a discussão sobre a legitimidade da jurisdição constitucional não apenas em modelos teóricos abstratos, mas no âmbito da experiência examinada pela fenomenologia praticada por autores da Escola francesa do político.<sup>24</sup> Uma conclusão interessante que exsurgerà daí é a de que a legitimidade das cortes constitucionais não corresponde a um estatuto, mas a uma qualidade, a ser aferida pelo exercício do seu poder. É uma questão de grau, essencialmente interpretativa. A conquista da legitimidade não pode ser plenamente atingida. Vincula-se a um buscar incessante.

---

<sup>23</sup> As aspas se devem ao fato de que essa qualificação será posta em dúvida no decorrer do trabalho.

<sup>24</sup> Com veremos nos capítulos oportunos, Claude Lefort herdou seu estilo fenomenológico de Maurice Merleau-Ponty. Pierre Rosanvallon, por sua vez, autoproclama-se “fenomenologista empírico” ROSANVALLON, Pierre. **Por uma história do político**. São Paulo: Alameda, 2010. p. 84-85.

Participa também – e fundamentalmente – da originalidade da hipótese da investigação a ressignificação dos fundamentos da tese da integridade do Direito de Ronald Dworkin. Se a proposta apresentada estiver correta, ela (a integridade) faz parte da dimensão simbólica do poder (no sentido dado a essa expressão por Lefort). E, nessa medida, sua função será prover reflexivamente uma identidade, no plano dos princípios, para o social. Ainda que seja uma identidade ou uma unidade inerentemente provisória e disputável, dado o caráter aberto, plural e voltado ao futuro próprio dos regimes democráticos. Essa circunstância poderá dar razão a Postema quando a considera uma “justiça nas roupas de trabalho da política” e mesmo a Dworkin, quando entende que a integridade deve ser “impura”, porque inclusiva.<sup>25</sup> A partir disso, será possível uma ligação entre o Direito como integridade, o conflito democrático e a autonomia do jurídico enquanto ramo próprio da moralidade política (ou seja, devendo sua inteligibilidade ao plano “do político” lefortiano), tal como pretendido pelo que podemos chamar de “um último Dworkin” (que rejeitou definitivamente a tese da separação).<sup>26</sup> Isso tudo redundará em uma defesa da função representativa do Supremo Tribunal Federal, representação essa vinculada à figuração de um “povo-princípio” (Rosanvallon).

Os *objetivos* da tese – relacionados, evidentemente, à hipótese proposta – são pelo menos três: um de ordem mais geral e outros mais específicos. O primeiro, mais geral, é o de apresentar um modo de legitimação pelo exercício do poder, a chamada “legitimidade por reflexividade”, a partir da teoria democrática de Pierre Rosanvallon, beneficiada pela filosofia política de Claude Lefort e pelas teorias do Direito e da democracia de Ronald Dworkin. A intenção é a de que esse arranjo teórico seja convincente e adequado para fundamentar o poder “contramajoritário” das cortes constitucionais – mais delimitadamente, no caso, do Supremo Tribunal Federal – quando no desempenho da atividade de revisão judicial dos atos políticos (leis e políticas públicas) dimanados dos poderes Legislativo e Executivo, que contam com uma legitimidade democrática de investidura, conferida pelo procedimento eleitoral-majoritário. De uma maneira mais específica, a tese tem o propósito de que essa construção teórica ofereça uma contribuição com alguma originalidade ao debate

---

<sup>25</sup> POSTEMA, Gerlad J. Integrity: justice in workclothes. In: BURLEY, Justine (Org.). **Dworkin and his critics: with replies by Dworkin**. Oxford: Blackwell Publishing, 2004. p. 291-318; DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 477-492.

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 612-635.

jurídico-filosófico sobre a legitimidade dos tribunais constitucionais. A pretensão é a de que seja possível reforçar o ponto de vista dworkiniano, notadamente a sua ideia-força do “Direito como integridade” (com sua correlata noção de “fórum do princípio”), a qual comporá – ressignificadamente, cumprindo uma “função simbólica” à Lefort – o conceito de legitimidade por reflexividade cunhado originalmente por Rosanvallon.

Ademais, há o objetivo de aproximar o conceito de legitimidade por reflexividade assim concebido do discurso técnico-operativo do Direito, o momento da decisão. A ideia é a de tentar mostrar (se há) alguma virtude do projeto teórico da tese no plano prático do fenômeno jurídico, ou seja, uma tentativa de aplicação do marco teórico à dimensão prático-vivencial do Direito. Isso quer dizer que o decisivo não será a conclusão sobre se, nos casos exemplares eleitos (as tradições jurisprudenciais do controle de políticas públicas e do princípio da presunção de inocência), o Supremo Tribunal Federal conseguiu, de fato, legitimar-se reflexivamente.<sup>27</sup> O objetivo perseguido com a análise dessas decisões do STF será o de verificar a adequação ou não do conceito de legitimidade por reflexividade para a aferição da legitimação do agir do tribunal. Se ele (o conceito de legitimidade por reflexividade) poderá ou não servir como parâmetro para avaliar eventual déficit democrático no exercício do poder pela corte constitucional brasileira. Em outras palavras: se, a partir desse parâmetro, será possível sustentar que uma decisão exarada em sede de jurisdição constitucional terá ou não sido democraticamente legítima, porque respeitante da integridade reflexiva do Direito, ainda que discordemos quanto ao seu conteúdo meritório.

Relativamente à *justificativa* para empreender esta investigação, cabe lembrar que o problema da legitimidade das autoridades do Estado foi estudado, ao longo da história, sob as mais diversas perspectivas. Por exemplo, a tradição contratualista, de Hobbes a Locke, de Kant a Rawls, cada um a seu modo, procurou estabelecer fundamentos aptos a justificar, racionalmente, o exercício do poder e os princípios de justiça aceitáveis para reger as sociedades.<sup>28</sup> Nas democracias constitucionais

---

<sup>27</sup> A intuição que tenho – e que desde já adianto – é a de que não consegui. Dizendo-o de outro modo, esses casos ilustrariam bem hipóteses em que a corte constitucional decidiu sem respeitar o critério que fundamenta a aceitação de seu poder (a integridade democrático-reflexiva). Contudo – vale reforçar – essa conclusão nem de longe é a que mais importa para a hipótese do trabalho.

<sup>28</sup> Vide: NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da justiça**. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Trad. Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

contemporâneas,<sup>29</sup> em face dos limites e das crises do Estado Social de Direito,<sup>30</sup> essa questão não só permanece de fundamental importância, como coloca novas e difíceis interrogações. No que toca mais proximamente ao objeto da pesquisa, parece relevante investigar o critério de legitimidade que deve ser satisfeito pelo Poder Judiciário – em especial pelo seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal – para poder invalidar leis democraticamente aprovadas pelo parlamento e prover sobre demandas em cujo bojo são discutidas as possibilidades de respostas do Estado aos anseios de implementação dos direitos fundamentais de recorte social, que se materializam via políticas públicas.

A pertinência de estudar o meio de legitimação das cortes constitucionais para o exercício do controle de constitucionalidade de leis parece autoevidente. No caso brasileiro, dado o perfil marcadamente substancialista do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisdição não se limita à garantia dos procedimentos formadores da vontade política, mas, com base em construções conteudísticas de princípios, reexamina o mérito material de leis (invalidando-as ou não) e o desempenho de políticas públicas, o objeto de estudo da tese assume significativa importância. Em um período retrospectivo curto (em torno de sete anos), passaram pela pauta do Supremo Tribunal Federal assuntos como: reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo (ADPF 132 e ADI 4.277); validade constitucional de passeatas e manifestações públicas favoráveis à descriminalização do consumo de drogas (ADPF 187 e ADI 4.274); antecipação do parto de fetos anencefálicos (ADPF 54); aplicabilidade da chamada “Lei da Ficha Limpa” a fatos anteriores (ADC’s 29 e 30 e ADI 4.578); instituição de cotas em universidades públicas (ADPF 186); rito do processo de *impeachment* (ADPF 378, ADI 5.498 e MS’s 34.127, 34.128, 34.130 e

---

<sup>29</sup> Assim como as entendem Luigi Ferrajoli e Ronald Dworkin: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2008; FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2011; DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>30</sup> Limites e crises destacados por diversos teóricos do Estado: MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. posição 822-884. Edição Kindle; NUNES, António José Avelãs. **O estado capitalista e as suas máscaras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013; HELD, David. **Cosmopolitismo: ideais y realidades**. Trad. Dimitri Fernández Bobrovski. Madrid: Alianza, 2012; SORENSEN, Georg. **La transformación del Estado: mas allá del mito del repliegue**. Trad. Ramón Cotarelo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010; SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales**. Trad. María Victoria Rodil. Madrid: Katz, 2010; ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Trad. Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: UFG, 1997; ROSANVALLON, Pierre. **A nova questão social: repensando o Estado providência**. Trad. Sérgio Bath. Brasília, DF: Instituto Teotônio Vilela, 1998.



34.131); afastamento por deliberação judicial do Presidente da Câmara dos Deputados do seu mandato (AC 4.070); inconstitucionalidade do crime de aborto (HC 124.306); ressignificação do princípio da presunção de inocência para possibilitar a prisão de condenado em segundo grau de jurisdição (HC's 126.292 e 152.752).<sup>31</sup> Esse último caso, como antecipado, será objeto de especial consideração na tese.

Especificamente no que concerne à revisão judicial de políticas públicas, é igualmente importante a discussão a respeito da legitimidade das cortes constitucionais e, em especial, do Supremo Tribunal Federal, cujo perfil ativista nesse campo é notório.<sup>32</sup> Bolzan de Moraes, por exemplo, realça a pertinência do pensar sobre o tema, que tem no seu epicentro um embate entre função de governo e função de garantia em torno das prestações materiais exigíveis do Estado. Esse fenômeno – ainda com o autor – é considerado uma das causas e, paradoxalmente, também uma das consequências de uma possível “crise funcional” por que estaria passando há algum tempo a figura do Estado Democrático e Social de Direito, capaz de pôr em xeque a clássica tripartição de poderes, tendo em vista o “contexto de um Estado que, apesar de social, não rompeu com o modelo econômico – capitalismo – cujo fundamento não é, por óbvio, o da inclusão social”. Em outras palavras: “um Estado que se apresenta como de bem-estar, mas que se executa como de mal-estar”.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> As informações sobre todos os casos podem ser consultadas no sítio virtual do STF: <http://www.stf.jus.br>.

<sup>32</sup> Será analisada ao fim da tese a expressiva jurisprudência do STF sobre o controle judicial de políticas públicas, que autoriza a medida nas mais variadas situações. Por ora, o seu entendimento pode ser sintetizado por esta ementa: “Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. POLÍTICAS PÚBLICAS. EDUCAÇÃO. REFORMA DE ESCOLA PÚBLICA. DETERMINAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. LIMITES ORÇAMENTÁRIOS. VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A jurisprudência desta Corte entende ser possível ao Poder Judiciário determinar ao Estado a implementação, em situações excepcionais, de políticas públicas previstas na Constituição sem que isso acarrete contrariedade ao princípio da separação dos poderes. II – Quanto aos limites orçamentários aos quais está vinculado o recorrente, o Poder Público, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. III – Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 928654 AgR**. Recorrente: Distrito Federal. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma. Brasília, DF, julgado em 09 de março de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4882295>>. Acesso em: 10 jun. 2018). Para uma perspectiva crítica acerca dessa cadeia jurisprudencial, é possível citar: MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional**: entre direitos, deveres e desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015; e MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal**. **A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 16, p. 107-136, 2016.

<sup>33</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. posição 822-884. Edição Kindle.

Um passo bem ousado em direção ao intervencionismo judicial nesse campo foi dado em 2015 pelo Supremo Tribunal Federal. A corte reconheceu, em medida cautelar na arguição de descumprimento fundamental (ADPF/MC) 347, o que denominou de “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro, figura inspirada, pelo que pode ser observado da motivação decisória,<sup>34</sup> em precedente do Tribunal Constitucional da Colômbia. Na oportunidade, o STF reconheceu a existência de “quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária”. E, dentre outras medidas, determinou à União que liberasse “o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos”.

Não parece exagerado afirmar, considerado o quadro ora exposto, que o desempenho do Supremo Tribunal Federal deve ser constantemente posto em questão. É inegável a centralidade que esse órgão público assumiu na democracia brasileira,<sup>35</sup> por uma variada gama de circunstâncias, muitas delas relacionadas aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial.<sup>36</sup> Outrossim, não podemos desconsiderar a existência de um crescente grupo de autores que endossa uma espécie de “movimento teórico” cognominado de neoconstitucionalismo, o qual,

---

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 Distrito Federal**. Requerente: :Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intimado: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, Julgado em: 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

<sup>35</sup> Oscar Vilhena Vieira, por exemplo, é taxativo quanto a esse ponto: o STF estaria “no centro de nosso sistema político”. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 441-464, jul./dez. 2008.

<sup>36</sup> O primeiro deles, inevitável e contingente; o segundo, fruto de uma escolha do decisor, de um ato de vontade, como argumenta Streck (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 62-63). Não é necessário elencar aqui as possíveis causas da judicialização da política ou do ativismo judicial em terras brasileiras, pois sua relação com a pesquisa não é central. Fugiria em demasia do tema. Para justificar o estudo em desenvolvimento, basta que tenhamos, enquanto premissa, a presença marcante desses acontecimentos no Brasil, o que já foi diagnosticado, sob diversificados pontos de vista, em um bom número de trabalhos publicados sobre essas temáticas. Além das já mencionadas obras de Streck, é possível citar, exemplificativamente: VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Revista Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 407-440, jul./dez. 2008; VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 389-406, jul./dez. 2008; RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

em função de seus pressupostos dogmáticos,<sup>37</sup> acaba por fomentar, no âmbito da teoria jurídica, um “perfil ativista” para o nosso Tribunal Constitucional. As pretensões – podemos dizer assim – “revolucionárias” desse movimento já motivaram a exurgência de toda uma literatura crítica denunciando a provável inconsistência filosófica dos seus fundamentos, o que indica, pelo menos, a sua relevância e possível poder de influência sobre as práticas jurisdicionais.<sup>38</sup>

Ainda é preciso referir algo sobre a *metodologia* de pesquisa empregada. Como parto da filosofia política de Lefort, passando pela teoria democrática de Rosanvallon, para interrogar o debate jurídico-filosófico estabelecido acerca da jurisdição constitucional, a tese já estará, desde o início, mergulhada em um estilo de pensar fenomenológico.<sup>39</sup> O “método”,<sup>40</sup> portanto, que orientará os caminhos da pesquisa

---

<sup>37</sup> Segundo Luís Roberto Barroso, sem dúvida um de seus mais representativos expoentes, seriam: o “reconhecimento da força normativa da Constituição”, a “expansão da jurisdição constitucional” e a “nova interpretação constitucional”. (BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. Disponível em: <<http://biblioteca.digita.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 18 ago. 2016). De acordo com Humberto Ávila, em texto de perspectiva crítica sobre o neoconstitucionalismo, estes seriam os pressupostos teóricos defendidos por representantes do movimento: “princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei)”. Em: ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <[http://www.direitodo\\_estado.com.br/rede.asp](http://www.direitodo_estado.com.br/rede.asp)>. Acesso em: 18 ago. 2016.

<sup>38</sup> Além do já mencionado artigo de Ávila, cito, por todos, um texto de Dimitri Dimoulis, no qual apresenta contundente crítica (DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213-225): “O neoconstitucionalismo é uma forma de re(vi)ver uma prática constitucional utilizada há mais de 200 anos, como (velha) solução para problemas que acompanham o direito desde sua estruturação com base na Constituição. Não seria equivocado dizer que, passados dois séculos, esse conjunto de ideologias e práticas institucionais deveria receber a denominação de paleoconstitucionalismo”.

<sup>39</sup> Merleau-Ponty, aliás, é quem descreve a fenomenologia como sendo “um estilo”: [...] “a fenomenologia se deixa praticar e reconhecer como maneira ou como estilo; ela existe como movimento antes de ter chegado a uma inteira consciência filosófica. Ela está a caminho desde muito tempo; seus discípulos a reencontram em todas as partes, em Hegel e em Kierkegaard, seguramente, mas também em Marx, em Nietzsche, em Freud”. (grifo do autor). MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 4. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. p. 2.

<sup>40</sup> “Método” está posto entre aspas porque não se trata de uma fórmula previamente determinada que, seguida corretamente, pode garantir o resultado pretendido. O “método” aqui invocado é aquele sempre precário e provisório, que não permite sua total apreensão e domínio. Como refere o fenomenólogo Martin Heidegger, que nunca chegou a expor com precisão as exatas características do seu “método”, “a palavra *fenomenologia* exprime uma máxima que se pode formular na expressão: ‘para as coisas elas mesmas!’ – por oposição às construções soltas no ar, às descobertas acidentais, à admissão de conceitos só aparentemente verificados, por oposição às pseudoquestões que se apresentam, muitas vezes, como ‘problemas’, ao longo de muitas gerações”. HEIDEGGER,

será o “fenomenológico-hermenêutico”, tal como o descreve Lenio Streck.<sup>41</sup> Compreenderá, nessa trilha, a investigação da literatura sobre o tema escolhido, literatura essa composta, em sua mais expressiva parte, por estudos (livros e artigos) produzidos no âmbito da filosofia política e da filosofia do Direito, notadamente por aqueles que tocam as temáticas da democracia, da legitimidade do poder e da jurisdição constitucional. Haverá um maior aprofundamento na leitura dos autores que integram a matriz teórica do trabalho: Claude Lefort, Pierre Rosanvallon e Ronald Dworkin. Mas isso não significa que não será dada importância a toda uma bibliografia auxiliar e complementar, inclusive a obras de intérpretes importantes desses autores.

Além disso, será realizada pesquisa de jurisprudência. A ideia é a seleção de alguns casos exemplares julgados pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de aferir, no plano da prática da decisão judicial, a operacionalidade do tema proposto para a tese. A escolha dos casos obedecerá a alguns critérios qualitativos, relacionados ao fim perseguido com a investigação dos precedentes. Não se trata propriamente de fazer pesquisa empírica em Direito. O número de acórdãos sequer representará fator determinante; o que efetivamente contará será a qualidade da fundamentação empregada. Isso porque o intuito é somente o de ilustrar alguma potencial virtude do projeto teórico do estudo na dimensão do fenômeno jurídico que acontece na experiência.

Por fim, parece importante descrever brevemente o assunto de cada capítulo que integrará o desenvolvimento desta tese. O *primeiro capítulo* será dedicado à construção de um enunciado de democracia. Partirá da diferenciação (ontológica) ente os planos “da política” e “do político” da sociedade, muito caro ao chamado “pensamento político pós-fundacional”. A ênfase estará no último desses planos (“no” político), porque espaço de inteligibilidade do social e do jurídico, enfim, da “forma” democrática como um todo. Em seguida, as bases filosóficas da ideia de democracia serão lançadas, todas profundamente inspiradas em tópicos lefortianos, tais como: a irreduzibilidade do conflito; a incerteza inerente a essa forma (democrática) de sociedade; os direitos fundamentais como princípios geradores da democracia e o

---

Martin. **Ser e tempo**. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 66.

<sup>41</sup> O “método fenomenológico-hermenêutico” pode ser visto a partir de Heidegger como “revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem, como destruição e revolvimento do chão linguístico da metafísica ocidental”, o que implica considerar a linguagem – o sentido, a denotação – no plano da historicidade e não em um sistema fechado de referências. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. posição 477. Edição Kindle.

poder como “lugar vazio”. No *segundo capítulo*, ainda relacionado aos “fundamentos” democráticos da tese, uma noção tão complexa quanto imprescindível para a construção do argumento virá à tona, qual seja, a noção de “simbólico” ou de “dimensão simbólica” da sociedade, tal como pensada também por Claude Lefort (no que é devedor de Merleau-Ponty). Ela impregna o agir humano como um todo, por isso passa pelo plano do político e, nessa medida, contamina inexoravelmente as definições de democracia, de poder e de Direito. Algum grau de unidade para o regime democrático (sempre em profundo desacordo) somente se torna possível na dimensão instituída e instituinte do simbólico.

Essa a primeira grande parte do trabalho, composta pelos dois primeiros capítulos que em conjunto formarão uma espécie de teoria democrática em cujo interior os demais pontos da tese serão desenvolvidos. O *terceiro capítulo*, então, ficará dedicado às ideias de legitimidade multifária do poder e de sua função representativa, momento em que, com Rosanvallon, será idealizada a figura de um “povo-juiz” como expressão de uma das dimensões de contrademocracia presentes nas sociedades que adotam formas democráticas. Derradeiramente, carregando a maior parte da hipótese da tese, o *quarto capítulo* cuidará especificamente do conceito de legitimidade por reflexividade da jurisdição constitucional, incorporando ao argumento a integridade inclusiva do Direito enquanto modelo por meio do qual a representação do “povo-princípio” poderá ser buscada pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse quarto capítulo, também serão trabalhados alguns casos exemplares da jurisprudência do STF a fim de ilustrar, no âmbito prático-vivencial, a hipótese da investigação. Terminada a exposição, haverá a apresentação de um resumo das principais conclusões da presente tese.

O caminho, portanto, a ser percorrido seguirá os meandros de um diálogo entre a teoria do Direito e a filosofia política.<sup>42</sup> Espero poder conduzir o argumento no interior dessa trajetória. Para tanto, desde os principais enunciados de uma teoria democrática até a defesa do tipo de legitimidade adequada para fundamentar o exercício do poder pelo Supremo Tribunal Federal, um enunciado estará sempre pressuposto. Ora relacionado com a ideia de regime ou de *mise en forme* do social, ora pensado em simbiose com a dimensão simbólica da democracia, o plano

---

<sup>42</sup> As potencialidades de um diálogo desse tipo são abordadas por Bolzan de Moraes em texto específico sobre o assunto MORAIS, José Luis. A filosofia “política” no direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ**, Belo Horizonte, ano 1, n. 5, jan./dez. 2007.

inevitável à convivência em sociedade permanecerá, mesmo implícito, subjacente às reflexões propostas por este estudo. Refiro-me ao plano *do político*, constitutivo do sentido do poder, do Direito e da democracia. E é precisamente por ele, como não poderia ser diferente, que o desenvolvimento do tema desta pesquisa a partir de agora terá início.

## 2 A DEMOCRACIA COMO INCERTEZA: O PLANO *DO POLÍTICO* E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 A Diferença entre *o Político* e *a Política* como Diferença Ontológica: o pensamento pós-fundacional e a inevitabilidade do plano *do político*

A diferença entre *o político* e *a política* traz repercussões para pensar o Direito. Além disso, é fundamental – essa é uma das apostas da presente tese – para a problematização do tema da legitimidade do poder, aí incluída, com especial ênfase, a questão da legitimidade dos agentes públicos que exercem jurisdição constitucional. Contudo, se, de um lado, essa diferença parece bem assimilada no âmbito da filosofia política contemporânea, não vem, de outro, figurando nos estudos daqueles que se dedicam a escrever no campo jurídico. Não saberia indicar as razões. A propósito, a motivação pela qual a reflexão sobre *o político* não vem merecendo a atenção dos juristas poderia ser objeto de específico estudo. Não há, portanto, como realizá-lo nesta oportunidade, mas, de todo modo, partirei da intuição de que esse plano (*do político*) é não apenas constitutivo *da política*, mas também do jurídico. Uma das tarefas assumidas neste capítulo será, então, justificar o porquê.

Um bom exemplo de filósofa que adota a diferenciação entre os planos *da política* e *do político* para fundamentar o seu pensamento sobre democracia é Chantal Mouffe. Na raiz do modelo democrático por ela idealizado (chamado “modelo agonístico”), evidentemente inspirado em Claude Lefort, a dualidade *política/político* reveste-se de uma natureza ontológica, no sentido que a essa expressão atribuiu Martin Heidegger. *A política* estaria, assim, no nível “ôntico”, nível esse em que se investigam os *entes*; *o político*, por sua vez, remeter-se-ia ao plano “ontológico”, aquele em que se examina o que possibilita aos entes existirem, ou seja, cuida-se do plano do *ser*. O ôntico, nessa compreensão, tem a ver com as diferentes práticas da política convencional (a eleição, a organização dos partidos etc.); o ontológico, com a forma pela qual a sociedade é fundada ou, melhor dizendo, com a interrogação dos fundamentos do social. Em Mouffe, é *no político* que se situa a dimensão de antagonismo constitutiva das sociedades humanas, sendo, por seu turno, *na política* o local em que se engendra “o conjunto de práticas e instituições por meio das quais uma ordem é criada, organizando a coexistência humana no contexto conflituoso

produzido pelo político”.<sup>43</sup> Não será possível (nem necessário) desenvolver em detalhes as potencialidades e as características da diferença ontológica tal como estudadas pela hermenêutica.<sup>44</sup> Para o que interessa à construção do argumento, serão trazidos alguns pressupostos e objetivos da produção heideggeriana envolvendo o assunto, mas apenas na medida em que isso possa contribuir para uma melhor compreensão da dicotomia entre os planos *da política* e *do político*, no sentido adotado pelos filósofos disseminadores de um “pensamento político pós-fundacional”,<sup>45</sup> dentre eles, além da citada Mouffe, Claude Lefort, a quem será dedicada maior atenção.

A temática da diferença ontológica em Heidegger foi fundamental para que pudesse erigir seu impactante projeto fenomenológico. Ele investe uma expressiva parte de *Ser e Tempo*<sup>46</sup> para tentar deixar claro (tanto quanto é possível nessa complexa ambiência) em que consiste a diferenciação entre ser e ente. Com efeito, a fenomenologia enquanto forma (método,<sup>47</sup> via de acesso) do filosofar, na perspectiva heideggeriana, tem na pergunta pelo ser seu postulado fundamental. E esse questionar necessita de uma orientação prévia do que se busca, de modo que o sentido do ser já deve estar, de alguma maneira, à disposição para nós. Sempre, como entes, movemo-nos imersos em uma compreensão do ser, ainda que seja uma compreensão vaga e mediana (a qual pode estar impregnada de teorias tradicionais e opiniões que constituam, secretamente, fontes da compreensão dominante). Isso –

---

<sup>43</sup> A hipótese da autora, a partir dessas bases, é a de que a falta de compreensão *do político* em sua dimensão ontológica está na origem de uma incapacidade – notadamente por parte de teóricos liberais – de pensar de forma autenticamente política. MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 8.

<sup>44</sup> Há, não obstante, uma vasta quantidade de estudos no Brasil que se dedicam a interpretar o pensamento heideggeriano. Indico aqui a extensa e rica bibliografia de Ernildo Stein. Como exemplo de leitura introdutória, fica este registro: STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: Edipucrs, 2011. Outros tantos autores adotam a fenomenologia de Heidegger para trabalhar o fenômeno jurídico. Aqueles inseridos no que poderíamos (já) chamar de “tradição hermenêutica” do Direito brasileiro são os mais emblemáticos dessa última vertente. Conferir, por todos, o precursor dessa corrente de pensamento no Brasil, Lenio Streck: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Edição Kindle; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Uma exposição bem detalhada dos – chamemos assim – “pressupostos heideggerianos” aplicados a uma abordagem do Direito pode ser encontrada em: CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. notadamente entre as páginas 57 e 129.

<sup>45</sup> Expressão que será desenvolvida adiante.

<sup>46</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 37-65.

<sup>47</sup> “Método” no sentido explicado na introdução deste trabalho.



diz Heidegger – “é um fato”, a denotar a inevitabilidade de termos todos uma compreensão vivida, não tematizada, do significado do ser. Em outras palavras, o ser, embora inacessível, é incontornável. Estamos sempre nele, mas não temos como acessá-lo a partir do local em que já nos encontramos. Em termos heideggerianos, é possível dizer que “a questão do ser não é senão a radicalização de uma tendência ontológica essencial, própria da presença [do *Dasein*], a saber, da compreensão pré-ontológica de ser”.<sup>48</sup>

O autor utiliza a expressão *Dasein*<sup>49</sup> para designar o “ente que cada um de nós mesmos sempre somos e que, entre outras coisas, possui em seu ser a possibilidade de questionar”. O *Dasein*, ente privilegiado que compreende, é resultado de sua historicidade,<sup>50</sup> a qual tem como condição de possibilidade a temporalidade que dá sentido ao ser desse ente. A temporalidade é o que nos torna uma síntese entre passado, presente e futuro. Interessa-nos, neste momento, principalmente a perspectiva do passado, segundo a qual somos a facticidade de um ente que está e sempre esteve em um “mundo” que nos abriga.<sup>51</sup> O *Dasein*, portanto, tende a

<sup>48</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 41 e 51. Streck articula bem a ideia de compreensão em Heidegger. Vale transcrevê-lo: “Assim, a compreensão, para Heidegger, é o ser de um “poder-ser” que não é preciso reportar a um dado que ainda subsiste, e que tem aliás, por essência, não “poder” subsistir e ser com o *Dasein* e, portanto, existir no mesmo sentido que este. O *Dasein* é de tal maneira que sempre “soube” (compreendeu) – ou não “soube” (compreendeu) – ser tal ou tal. O *Dasein* é, pois, pré-ontológico, isto porque o sentido de ser que é buscado já é alcançado pré-ontologicamente na compreensão do *Dasein*. O *Dasein* pré-domina o processo de compreensão. Por isto, a compreensão é um existencial. É no pré-domínio e no predomínio do *Dasein* que residem as possibilidades da compreensão. *Semelhante compreensão permite-lhe “saber” onde está por si mesmo, isto é, o que é, segundo o seu saber-ser*. Este “saber” não é proveniente de alguma percepção imanente; pertence ao ser do aí que é essencialmente compreensão. E é porque o ser-aí é o seu “aí” sobre o modo da compreensão, que pode se perder e se desconhecer”. (grifo do autor). STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. posição 6852-6873. Edição Kindle.

<sup>49</sup> Na edição de “Ser e Tempo” utilizada neste estudo *Dasein* foi traduzido por “presença”, tendo sido dedicada uma extensa justificativa para essa opção pela tradutora, vide: HEIDEGGER, op. cit., p. 15-32.

<sup>50</sup> A historicidade reivindicada pela fenomenologia em geral é o horizonte no qual o saber das ciências humanas acontece. “A determinação de historicidade se oferece antes daquilo a que se chama de história (acontecimento pertencente à história universal). Historicidade indica a constituição de ser do ‘acontecer’, próprio da presença [do *Dasein*] como tal. É com base na historicidade que a ‘história universal’, e tudo que pertence historicamente à história do mundo, torna-se possível”. Ibid., p. 57.

<sup>51</sup> Há um excerto de Ser e Tempo elucidativo dessa questão: “[...] Em seu ser fático, a presença [o *Dasein*] é sempre como e ‘o que’ ela [ele] já foi. Explicitamente ou não, a presença [o *Dasein*] é sempre o seu passado e não apenas no sentido do passado que sempre arrasta ‘atrás’ de si e, desse modo, possui, como propriedades simplesmente dadas, as experiências passadas que, às vezes, agem e influem sobre a presença [sobre o *Dasein*]. Não. A presença [o *Dasein*] ‘é’ o seu passado no modo de *seu ser*, o que significa, a grosso modo, que ela [ele] sempre ‘acontece’ a partir de seu futuro. Em cada um de seus modos de ser e, por conseguinte, também em sua compreensão de ser, a presença [o *Dasein*] sempre já nasceu e cresceu dentro de uma interpretação de si mesma [mesmo], herdada da tradição. De certo modo e em certa medida, a presença [o *Dasein*] se

compreender seu próprio ser a partir daquele ente com quem se relaciona essencial e constantemente, ou seja, a partir do “mundo”. “Estar em um mundo”, na ótica heideggeriana, é também manter uma relação recíproca com os outros entes que se encontram dentro desse mesmo espaço. Nessa medida, a ideia de “ser-no-mundo” indica fundamentalmente “ser mundo” e não apenas “situar-se dentro de um mundo”. É o sentido concreto da nossa temporalidade, a experiência de “ser sendo” em um mundo compartilhado.<sup>52</sup>

A partir dessas e de outras premissas dessa espécie de quiasmo ôntico-ontológico é que Heidegger vai empreender seu projeto – nada modesto – de desafiar os fundamentos da filosofia ocidental, uma tarefa por ele mesmo denominada de “destruição da história da ontologia”. Em um movimento de contraposição à ideia de um “fundamento último”, sustenta que “o questionar ontológico é mais originário do que as pesquisas ônticas das ciências positivas”. O autor volta-se, nesse caminho,

---

compreende a si mesma [mesmo] de imediato a partir da tradição. Essa compreensão lhe abre e regula as possibilidades de seu ser. Seu próprio passado, e isso diz sempre o passado de sua ‘geração’, não *segue*, mas precede a presença [o *Dasein*], antecipando-lhes os passos” (Ibid., p. 43 e 57-58, grifo do autor). É importante, por outro lado, advertir que foi deliberadamente exposta no texto uma ideia simplificada de mundo em Heidegger. São dedicadas extensas partes de “Ser e Tempo” para tratar de mundo, palavra essa, aliás, polissêmica, como faz questão de alertar o próprio autor (I HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 112).

<sup>52</sup> Mundo construído pela interação com o outro, por um diálogo que nós desde já e sempre somos. “Estar em um mundo” significa estar em um mundo de linguagem. Não será possível – tampouco necessário – apresentar maiores considerações sobre o chamado *linguistic turn* na filosofia. Além de fugir do escopo do estudo, não faria mais do que reproduzir o que já foi realizado por Lenio Streck em trabalho dedicado ao assunto, no qual analisa o desenrolar da filosofia da linguagem desde Platão (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Edição Kindle). Dados os limites desta tese, ficaremos restritos – acerca da específica questão da linguagem em Heidegger – a essa didática construção de Wálber Carneiro: “[...] Husserl já dizia que os objetos se colocam diante de nós por determinadas perspectivas, e nós, intencionalmente, reconstruímos a totalidade desse objeto em forma de fenômeno. Em Heidegger, essa reconstrução não é *intencional* no sentido de ‘deliberadamente buscada’, e sim uma antecipação de sentido provocada pela *facticidade* do *ser-no-mundo*. Uma inevitável e inexorável antecipação que produz a circularidade na diferença, como será visto logo a seguir. Mas, se não é a *intencionalidade* no sentido forte o que possibilitará esse ‘projetar-se’, a resposta em Heidegger para esse fenômeno assume uma nova explicação e revela outra diferença significativa. O que se antecipa não está no sujeito – na consciência – mas sim na *linguagem* à qual o sujeito tem acesso; uma *linguagem* que é a ‘morada do ser’ e, como tal, condição de possibilidade para a compreensão. A *fenomenologia* em Heidegger é um método que busca o ‘acesso’ a essa *linguagem* que se projeta como o “*ser mesmo*”, muito embora ele saiba que esse acesso só pode ocorrer na diferença ontológica, ou seja, no jogo entre a manifestação do *ente* e o desvelamento fenomenológico do *ser*. O *ser* é incontornável e, ao mesmo tempo, inacessível, isto é, por estarmos sempre nele, não podemos contorná-lo, nem tampouco acessá-lo aonde já nos encontramos. Com o método *fenomenológico*, Heidegger pretende eliminar dois grandes erros da metafísica: a entificação do *ser*, isto é, a colocação do *ser* no *ente* e, ao mesmo tempo, o erro decorrente das *aparências* e das *manifestações*. Essa procura o mantém na tradição fenomenológica da busca pela *coisa mesma* e, ao mesmo tempo, projeta um segundo *giro copernicano* na filosofia moderna, comumente descrito como *giro linguístico*”. (grifo do autor). CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva**. Uma teoria dialógica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 63-67.

contra uma tradição que retira a capacidade do ser humano de guiar-se e questionar-se por si mesmo. A origem estaria na ontologia grega, que, segundo o ponto de vista heideggeriano, “ainda hoje determina o aparato conceitual da filosofia, através de muitas filiações e distorções”. Isso serviria como prova de que “uma ontologia assim desenvolvida decaiu e se deteriorou numa tradição que a degrada e a deixa afundar na evidência do óbvio e a transforma em simples material de reelaboração”. Heidegger também aponta, no curso da história, algumas “regiões privilegiadas de ser” que teriam guiado, de maneira primordial, toda a problemática, como “o *ego cogito* de Descartes, o sujeito, o eu, a razão, o espírito, a pessoa”. Tais regiões teriam permanecido “inquestionadas quanto ao ser e à estrutura de seu ser”. O autor afirma então ser necessário abalar a rigidez da tradição petrificada e remover “os entulhos acumulados”. Eis aí a “destruição do acervo da antiga ontologia legado pela tradição”, destruição essa que não tem – é certo – o sentido negativo de arrasar com a tradição ontológica, mas de defini-la e circunscrevê-la em suas possibilidades positivas. Seria preciso perguntar se e até onde, no devir histórico da ontologia, a interpretação do ser está tematicamente articulada com o fenômeno do tempo, bem como se e até onde a questão da temporalidade foi ou podia ter sido elaborada.<sup>53</sup>

A crise da ontologia na qual Heidegger se movimenta é uma crise do fundamento, cuja origem pode ser encontrada no interior da chamada tradição aristotélico-tomista, que apostava em uma explicação metafísica da realidade objetiva dos entes finitos, múltiplos e mutáveis. Nessa tradição, o ser aparece em uma tríplice perspectiva. É lógico, ontológico e teológico, daí que a realidade se explicaria “onto-teo logicamente”. Esse tipo de ontologia, segundo Ernildo Stein, sempre oculta em si um determinado dogmatismo a acarretar-lhe “um sacrifício da lucidez crítica”. Ainda com Stein, é possível afirmar que “a aparente tranquilidade dessa ontologia nasce de seu fundamento absoluto, que lhe garante o domínio do real e a certeza do conhecimento”.<sup>54</sup> Mas, uma vez posto em dúvida o fundamento, seria preciso descobrir onde repousaria o conhecimento, encontrar, assim, um *novo* fundamento.

Desembocam, então, em Descartes essas interrogações. E o fundamento passa a ser buscado na subjetividade. A realidade transcendente é posta em dúvida e o sujeito é colocado como condição de possibilidade para o conhecimento do real.

---

<sup>53</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 57-65.

<sup>54</sup> STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2005. p. 73-75.

Perde-se a noção de ser da tradição aristotélico-tomista dentro da filosofia moderna. “Ela se volta para a subjetividade e para o problema do conhecimento. O transcendental toma o lugar do transcendente”. Não é à toa, pois, que em Kant “o método transcendental deduz da subjetividade não apenas as condições de possibilidade do conhecimento, mas a própria condição de possibilidade dos fenômenos”. Passa-se de um conhecimento metafísico a uma metafísica do conhecimento.<sup>55</sup> E é nessa ambiência, enfim, que brota o desafio de Heidegger à filosofia ocidental, colocando em xeque a ideia de fundamento último, absoluto para o conhecimento. A essa altura já é possível voltar ao ponto deste capítulo: a diferença (agora qualificada como “ontológica”) entre *a política* e *o político*, passando, após, ao desenvolvimento do sentido *do político* para Claude Lefort.

A crise do fundamento cogitada é aquilo que inspira Oliver Marchart a agrupar Jean-Luc Nancy, Alain Badiou, Ernesto Laclau, Chantal Mouffe e Claude Lefort como formadores exemplares de um “pensamento político pós-fundacional”, que tem como característica, precisamente, a edificação de reflexões adotando como ponto de partida a diferença ontológica entre *a política* e *o político*.<sup>56</sup> Marchart está ciente, por outro lado, que essa constelação teórica é formada por intelectuais que não foram discípulos de Heidegger, tampouco postula que tenham adotado integralmente a sua fenomenologia hermenêutica.<sup>57</sup> A ideia é colocar essa corrente de pensamento, como a própria denominação indica, em uma espécie de vertente política de um paradigma pós-fundacional, paradigma do qual Heidegger teria possivelmente sido o precursor ou o expoente maior.

O ponto epicentral do pós-fundacionalismo está na constante interrogação das figuras metafísicas fundacionais (“totalidade”, “universalidade”, “essência”,

<sup>55</sup> STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2005. p. 75-90.

<sup>56</sup> O autor adverte, porém, ser possível atribuir a noção distintiva do político, de um modo provavelmente original, a Carl Schmitt, que de fato procurou diferenciar *o político*, enquanto domínio transcendente, de outros domínios do social, incluindo *o da política*. (MARCHART, Oliver. **El pensamiento político posfundacional: la diferencia política en Nancy, Lefort, Badiou y Laclau**. Trad. Marta Delfina Álvares. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009. p. 13). Apesar dessa constatação, creio ser imperioso ressaltar que Schmitt cunhou seu conceito de *político* – marcando sua autonomia pelo critério amigo e inimigo – a fim de contrapor-se ao liberalismo e não para buscar interrogar o problema do fundamento (metafísico) do social. Vide, notadamente, os capítulos 1.2 e 1.8 em: SCHMITT, Carl. **O conceito do político: teoria do Partisan**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

<sup>57</sup> Muito embora dê a essa constelação teórica – “à falta de outro melhor” – o curioso nome de “heideggerianismo de esquerda”. Marchart justifica essa denominação com base em duas circunstâncias: seriam autores que (i) transcenderam o cientificismo e o estruturalismo e, tendo em conta o que considera as duvidosas inclinações políticas de Heidegger, (ii) orientaram seu pensamento em uma direção mais progressista (MARCHART, op. cit., p. 14).

“fundamento”). Não se cuida de um empreendimento ceticista ao estilo “tudo vale”, mas de um movimento de debilitação dos fundamentos. Dizendo-o de outro modo, esse questionar ontológico não equivale à assunção de uma ausência total ou à erradicação da instância do fundamento. Não se pretende caminhar na direção de um antifundacionalismo, mas – isto, sim – colocar em questão a possibilidade de um “fundamento último” (*fundamentum inconcussum*), de um fundamento enquanto entidade plenamente definida, indisputável, aquele que, metafisicamente, confundiria os planos ôntico e ontológico. A compreensão pós-fundacionalista implica, portanto, a crença, de um lado, na inerradicabilidade da contingência e, de outro, no *político* enquanto momento de um fundar parcial e inerentemente falho.<sup>58</sup>

É preciso deixar bem marcado que o pós-fundacionalismo, efetivamente, não representa uma postura cética.<sup>59</sup> Assumir-se pós-fundacionalista político significa aceitar a ideia de que a atividade política está, sim, sempre envolta em capas sedimentadas de sentido fornecidas pela tradição, mas que estas não deixam de se submeter ao questionamento e a disputas sobre sua melhor interpretação, carecedoras que são de fundamento último. De fato, não há um sólido ancoradouro para buscar as trilhas do *político*. Mas isso não acarreta, necessariamente, a alternativa de entregar-se a qualquer tipo de voluntarismo niilista.<sup>60</sup> O que a diferença

---

<sup>58</sup> MARCHART, Oliver. **El pensamiento político posfundacional**: la diferencia política em Nancy, Lefort, Badiou y Laclau. Trad. Marta Delfina Álvares. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009. p. 14-15.

<sup>59</sup> Nem um ceticismo interno nem um ceticismo externo, no sentido dado a essas expressões por Ronald Dworkin. Vide: DWORKIN, Ronald. Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. **Philosophy and Public Affairs**, [S.l.], v. 25, n. 2, Spring, p. 87-139, 1996. Aliás, parece perfeitamente possível incluir Dworkin, considerado seu antirrelativismo e sua aposta na dimensão interpretativa da política e do Direito, nesse paradigma pós-fundacionalista. O ideário político-jurídico dworkiniano será oportunamente abordado.

<sup>60</sup> Em sentido muito similar é o argumento de Judith Butler: “*But the point articulated forcefully by some recent critics of normative political philosophy is that the recourse to a position – hypothetical, counterfactual, or imaginary – that places itself beyond the play of power, and which seeks to establish the metapolitical basis for a negotiation of power relations, is perhaps the most insidious ruse of power. That this position beyond power lays claim to its legitimacy through recourse to a prior and implicitly universal agreement does not in any way circumvent the charge, for what rationalist project will designate in advance what counts as agreement? What form of insidious cultural imperialism here legislates itself under the sign of the universal? I don't know about the term "postmodern," but if there is a point, and a fine point, to what I perhaps better understand as poststructuralism, it is that power pervades the very conceptual apparatus that seeks to negotiate its terms, including the subject position of the critic; and further, that this implication of the terms of criticism in the field of power is not the advent of a nihilistic relativism incapable of furnishing norms, but, rather, the very precondition of a politically engaged critique. To establish a set of norms that are beyond power or force is itself a powerful and forceful conceptual practice that sublimates, disguises and extends its own power play through recourse to tropes of normative universality. And the point is not to do away with foundations, or even to champion a position that goes under the name of antifoundationalism. Both of those positions belong together as different versions of foundationalism and the skeptical problematic it engenders. Rather, the task is to interrogate what the theoretical*

ontológico-política parece indicar é a crise de um paradigma fundacionalista que, no campo da teoria social e política, seria composto de princípios inegáveis e imunes a revisão, além de localizados fora da sociedade e da política. Está em jogo aí o status atribuído aos fundamentos, de modo que “a ausência primordial (ou ontológica) de um fundamento último é, em si mesma, a condição de possibilidade dos fundamentos enquanto presentes, vale dizer, em sua objetividade ou ‘existência’ empírica como seres ônticos”. (tradução nossa).<sup>61</sup> O raciocínio que subjaz a essa construção é no sentido de que a “ausência” dos fundamentos não goza da mesma natureza que os fundamentos presentes. Estes “fundam” o social apenas de maneira precária, disputável e, portanto, contingente. Localizam-se, pois, no plano ôntico. Aquela – a ausência – é primordial e instituinte. Em uma palavra: ontológica.

Marchart desenvolve detidamente as características básicas do pós-fundacionalismo. E o faz a partir da categoria heideggeriana do “abismo” e seus correlatos (“acontecimento”, “momento”, “liberdade” e a já referida “diferença”), bem como de uma noção própria de contingência, a fim de sustentar não apenas o que chama de um “giro quase-transcendental” provocado pelo paradigma, mas a sua própria aposta em um “fundamento enquanto ausência”.<sup>62</sup> Não será feita – como intuitivo – uma descrição de todas essas figuras e do seu papel no pensamento desse intrigante autor. Contudo (e sempre no sentido de auxiliar em uma melhor inteligência da diferença ontológica *político/política*), é preciso reter que a postulação do “fundamento ausente” não pode ser equiparada a um “cancelamento total” ou a uma “mera” ausência. Ela nos remete à figura do “abismo”, que está no epicentro de uma quase equivalência (ou melhor, de um copertencimento) entre ser e fundamento em Heidegger.<sup>63</sup> O “abismo” é um “fundamento sem fundo”, que, não obstante, não

---

*move that establishes foundations authorizes, and what precisely it excludes or forecloses*”. BUTLER, Judith. *Contingent Foundations: feminism and the question of "postmodernism"*. In: SCOTT, Joan W.; BUTLER, Judith (Org.). **Feminists theorize the political**. Nova Iorque e Londres: Routledge, 1992. p. 3-21.

<sup>61</sup> MARCHART, Oliver. **El pensamiento político posfundacional: la diferencia política em Nancy**, Lefort, Badiou y Laclau. Trad. Marta Delfina Álvares. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009. p. 30.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 34-53.

<sup>63</sup> “Segundo o princípio do fundamento, apenas o ente é respectivamente fundamentado. ‘Ao ser pertence fundamento’ diz pelo contrário tanto como: o ser é enquanto ser, fundado. Em consequência disso apenas o ente tem sempre o seu fundamento. A nova tonalidade põe a descoberto o princípio do fundamento como um princípio do ser. Em conformidade com isto, nós movemo-nos, quando agora debatemos o princípio na nova tonalidade, na área daquilo que poderíamos nomear com uma epígrafe geral de ‘questão do ser’. Quando nós compreendemos o princípio do fundamento como um princípio do ser, então renunciamos, assim parece, à pergunta pela essência do fundamento. Apenas o exatamente oposto é exato. O debate da essência do fundamento alcança antes de tudo

permanece “vazio” no sentido usual do termo. É muito mais uma “abertura”, que decorre de uma perene impossibilidade de seu preenchimento definitivo. Isso nos permite afirmar que a ausência aí é produtiva, e não meramente negativa. Em outros termos, o fundamento pode ser reconhecido como “abismo” e, ainda assim, conservar algo de sua natureza enquanto fundamento, o que implica dizer que “abismo” e “fundamento” formam a figura de um quiasmo (figura essa encontrada no pensamento de alguns fenomenólogos, dentre eles o próprio Heidegger e – como veremos oportunamente – Merleau-Ponty).

A noção de “fundamento sem fundo” (ou, sinonimamente, de “fundamento abissal” ou ainda de “fundamento ausente”), aliada à ideia de “contingência”, entendida esta – de forma muito sintética – como um enunciado operacional que indica, precisamente, a necessária impossibilidade de um fundar definitivo,<sup>64</sup> permitem a Marchart referir-se a um giro “quase-transcendental” provocado pelo paradigma de

---

a sua área competente através do princípio do fundamento acentuado diferentemente. Agora tem de se ter em vista que, e em que sentido é que qualquer coisa como que fundamento pertence à essência do ser. Ser e fundamento pertencem um ao outro de modo concomitante. A partir da sua copertença com o ser enquanto ser, o fundamento recebe a sua essência. Inversamente, o ser enquanto ser rege a partir da essência do fundamento. Fundamento e ser (‘são’) o mesmo, não o igual, o que logo a diferença dos nomes ‘ser’ e ‘fundamento’ indica. Ser ‘é’ na essência: fundamento. Por isso o ser nunca pode anteriormente ter um fundamento, que o deva fundamentar. Em consequência disto o fundamento do ser permanece fora. O fundamento permanece fora do ser. No sentido de um tal permanecer-fora do (*Ab-bleibens*) fundamento do ser, ‘é’ o ser o sem-fundo (*Ab-Grund*). Na medida em que o ser enquanto tal é fundamentado em si próprio, permanece ele mesmo sem fundamento. O ‘ser’ não cai no domínio do poder do princípio do fundamento, mas apenas no do ente.” HEIDEGGER, Martin. **O princípio do fundamento**. Trad. Jorge Telles Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. p. 80-81.

<sup>64</sup> O autor detalha sua ideia de contingência passando por pensadores como Bauman, Derrida e Luhmann. Não é escopo deste trabalho colocar em discussão esse ponto do pensamento de Oliver Marchart, que será apenas resumido aqui, remetendo o leitor à própria obra para uma descrição mais minudente: “Na noção débil, que é também a tradicional, a contingência se refere a essas identidades (ou ‘entes’) que não são nem impossíveis nem necessários, de modo que ‘poderiam ser de outra maneira’. O que essa descrição não descarta é a possibilidade de identidades ônticas cuja existência não é contingente, mas poderia ser necessária, ao menos teoricamente. Em contraposição, ou por radicalização, a noção forte de contingência [adotada por Marchart] implica que o fato de não ser impossível nem necessária é, em si mesmo, necessário para *toda* identidade. O que se descarta aqui é a possibilidade de qualquer identidade que não seja contingente. A noção forte de contingência enlaça, inseparavelmente, a possibilidade de identidade como tal com a impossibilidade de sua plena realização (não contingente); desse modo, afirma a necessidade paradoxal ou aporética do laço entre possibilidade e impossibilidade. Nesse sentido, a contingência pode ser utilizada – e, a rigor, esse é o modo em que a empregamos em nossa investigação – como um termo operacional que indica a impossibilidade necessária de uma clausura sistêmica, em termos científicos, ou da plena entidade dos entes ou do fundamento, em termos ontológicos. [...] a ‘contingência’ como conceito não é senão o nome dado ao fundamento ausente desde o ponto de vista do discurso teórico e sobre as bases do vocabulário tradicional, bem assim da reserva conceitual acessível dentro da teoria e da metafísica. Não há então a menor incoerência na afirmação de que o status da contingência é supra-histórico (por isso transcendental), ainda que a experiência da contingência e sua realização reflexiva estejam submetidas a certas condições histórico-empíricas (por isso é *quase* transcendental, no segundo sentido de ‘quase’)”. (tradução nossa). MARCHART, Oliver. **El pensamiento político posfundacional: la diferencia política em Nancy, Lefort, Badiou y Laclau**. Trad. Marta Delfina Álvares. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009. p. 48-50,

pensamento político pós-fundacional. Esse quase-transcendentalismo é assim denominado porque, de um lado, “indica que fundamento e abismo ou as condições de possibilidade e de impossibilidade estão inseparavelmente entrelaçadas” e, de outro, “sugere que todas as condições transcendentais surgirão sempre a partir de conjunturas *empírico históricas* particulares”. Nessa contextura, o que se revela problemático não é, portanto, a existência de fundamentos (no plural), mas seu “status ontológico”, que se considera agora necessariamente contingente: daí esse movimento ser “quase-transcendental”, traduzindo-se em uma interrogação da condição de possibilidade mesma dos fundamentos. Há, ao que parece, uma espécie de “círculo” entre o transcendental e o empírico: “o histórico é a condição (sempre variável) para que emerja o transcendental”, de maneira que “apenas dentro de uma conjuntura histórica específica [esfera ôptica] é possível questionar o horizonte fundacionalista e desenvolver um contraconceito pós-fundacional de contingência e infundabilidade”. tradução nossa).<sup>65</sup>

Com essas considerações, estamos aptos a situar o pensamento de Claude Lefort sobre o político no ambiente pós-fundacional. O pensamento desse autor caracteriza-se, em grande medida, por uma profunda interrogação acerca das condições de possibilidade dos fundamentos do social (e, por conseguinte, da democracia concebida como *forma de sociedade*). Lefort, um “fenomenólogo a seu modo”,<sup>66</sup> constrói a sua obra também em uma espécie de “quase-transcendentalismo”. Influenciado por Maurice Merleau-Ponty, de quem foi discípulo, mobiliza seu pensar em algum ponto entre – para utilizar a contraposição merleau-pontyana – um “empirismo” e um “intelectualismo”.<sup>67</sup> Não deixa de ser um movimento no sentido de escapar das construções teóricas que visam a obter um controle objetivo de nossa existência. Há, sem dúvida, toda uma dimensão pré-reflexiva em Lefort (precisamente o plano do político), vinculada a nossa experiência, mas que projeta um sentido para fora dela. Nem pura imanência, nem pura transcendência. A objeção, portanto, ao intelectualismo estaria no seu impulso de desconsiderar a experiência, as relações

<sup>65</sup> Ibid., p. 43, 50-51.

<sup>66</sup> OLIVEIRA, Luciano. **O enigma da democracia**: o pensamento de Claude Lefort. Piracicaba: Jacintha, 2010. p. 40-41.

<sup>67</sup> Vide: MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 4. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. p. 23-99. As remissões a Merleau-Ponty serão feitas ao longo do texto com o intuito de marcar as raízes fenomenológicas da obra de Lefort. Espero com isso descrevê-la (a obra lefortiana), no que interessa a esta pesquisa, com mais clareza. Não pretendo – vale deixar bem vincado – proceder a uma apreciação crítica da complexa fenomenologia merleau-pontyana, o que obviamente não caberia no objeto da presente tese.



vividas; contra o empirismo, na tendência a desprezar que a experiência porta em si um significado para além da práxis. Nessa espécie de movimento pendular é que o pensamento de Lefort produtivamente caminha, como que se alimentando dessas tensões.

Uma preocupação permanente para o autor sempre esteve em perscrutar o significado do social, ou seja, indagar sobre o que faz com que uma comunidade ou uma sociedade permaneçam juntas e se distingam das demais.<sup>68</sup> Desde os artigos publicados na década de 1950, quando se debruçava sobre estudos de antropólogos para encontrar o sentido por trás das práticas dos membros de sociedades antigas, estagnantes (sentido esse que de alguma maneira as excedia, mas delas não se desapegava), já adotava um estilo de abordagem fenomenológico (uma tentativa, sempre improvável e provisória, de “chegar às coisas mesmas”, decifrando capas de significados estabilizadas para reinterpretar a experiência). Buscava, pois, significações dos atos (da troca de bens entre os homens, por exemplo) que dessem conta do modo de socialização de determinada comunidade, isto é, analisava a experiência para captar nela algum de seus sentidos não imediatos.<sup>69</sup> Essa maneira de proceder não mudou essencialmente, mesmo após o seu “encontro” com a obra de Maquiavel,<sup>70</sup> momento em que, para Hugues Poltier, Lefort redescobre *o político*, passando da busca de um princípio de inteligibilidade do social para a convicção de que os fatos socioeconômicos não seriam significativos apenas por si. Mas deveriam ser referidos à instituição política da sociedade. Há, portanto, uma espécie de passagem de uma fenomenologia do social para uma ontologia (fenomenológica) *do político*. A motivação para essa guinada estaria no fato de que “o social não pode ser

---

<sup>68</sup> Devo advertir que não discorrerei sobre dados da biografia de Lefort, como, por exemplo, as comumente citadas razões que o levaram a um questionamento do marxismo, ou sua militância política, ou ainda seu papel no desenho de um pensamento político considerado de esquerda. Creio que isso não interferirá no argumento da tese. Para tanto, remeto o leitor aos intérpretes do pensamento lefortiano utilizados neste trabalho: OLIVEIRA, Luciano. **O enigma da democracia: o pensamento de Claude Lefort**. Piracicaba: Jacintha, 2010; POLTIER, Hugues. **Claude Lefort: el descubrimiento de lo político**. Trad. Heber Cardoso. Buenos Aires: Nueva Visión, 2005; FLYNN, Bernard. **Lefort y lo político**. Trad. Gabriel Merlino. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008; HERRÁN, Eric. **La cuestión de lo político: a propósito de Claude Lefort**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

<sup>69</sup> A título ilustrativo, é interessante conferir os artigos “A troca e a luta dos homens” (publicado originalmente em 1951) e “Sociedade ‘sem história’ e historicidade” (publicado originalmente em 1952), ambos reunidos na seguinte obra: LEFORT, Claude. **As formas da história: ensaios de antropologia política**. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes e Marilena Chaui. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 21-35 e 37-56.

<sup>70</sup> Do que resultou um extenso e importante estudo (LEFORT, Claude. **Maquiavelo: lecturas de lo político**. Trad. Pedro Lomba Falcón. Madrid: Trotta, 2010). As influências maquiavelianas no pensamento de Lefort serão objeto de oportuna consideração.

entendido a partir de si mesmo”. Teríamos, assim, de encontrar os princípios de sua formalização em um lugar que lhe é, de algum modo, exterior, transcendente: o lugar do poder.<sup>71</sup> Mas é preciso adiantar: o poder é exterior ao social, mas se manifesta na e a partir da experiência. Esse ponto deverá ficar mais claro quando abordado o problema da dimensão ou matriz “simbólica” da sociedade.

Tal forma de trabalhar, como antecipado, foi herdada de Merleau-Ponty. O próprio Lefort confessa ter aprendido com esse importante fenomenólogo que não deveria tentar encontrar “num suposto real a origem do conhecimento e da linguagem” e que também não seria possível localizar “em uma ordem suposta das ideias o princípio da gênese do mundo real”. Ambas seriam representações falsas; uma remetida à outra. “O ponto de vista da natureza e o da consciência supõem a ocupação de um lugar imaginário de onde as coisas se desvendariam tais como são para um observador que não seria nada, que não teria que assumir o fato de que existe e pensa”.<sup>72</sup> Eis aí o que, em termos merleau-pontyanos, configura um “pensamento de sobrevoo”,<sup>73</sup> totalizante e objetificante, contra o qual Lefort se bate ao longo de toda a sua carreira.<sup>74</sup> Não é à toa, portanto, que o pensamento lefortiano

<sup>71</sup> POLTIER, Hugues. **Claude Lefort**: el descubrimiento de lo político. Trad. Heber Cardoso. Buenos Aires: Nueva Visión, 2005. p. 11. Veremos detidamente essa ideia de poder como polo simbólico de representação e unidade da sociedade em capítulo específico.

<sup>72</sup> LEFORT, Claude. **As formas da história**: ensaios de antropologia política. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes e Marilena Chaui. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 14 e 15.

<sup>73</sup> Nas exatas palavras do filósofo: “[...] Dizer que o mundo é por definição nominal o objeto x de nossas operações é levar ao absoluto a situação de conhecimento do cientista, como se tudo o que existiu ou existe jamais tivesse existido senão para entrar no laboratório. O pensamento "operatório" torna-se uma espécie de artificialismo absoluto, como vemos na ideologia cibernética, na qual as criações humanas são derivadas de um processo natural de informação, mas ele próprio concebido sobre o modelo das máquinas humanas. Se esse tipo de pensamento toma a seu encargo o homem e a história, e se, fingindo ignorar o que sabemos por contato e por posição, empreende construí-los a partir de alguns indícios abstratos, como o fizeram nos Estados Unidos uma psicanálise e um culturalismo decadentes, já que o homem se torna de fato o *manipulandum* que julga ser, entramos num regime de cultura em que não há mais nem verdadeiro nem falso no tocante ao homem e à história, num sono ou num pesadelo dos quais nada poderia despertá-lo. É preciso que o pensamento de ciência - *pensamento de sobrevoo* [grifei], pensamento do objeto em geral - torne a se colocar num "há" prévio, na paisagem, no solo do mundo sensível e do mundo trabalhado tais como são em nossa vida, por nosso corpo, não esse corpo possível que é lícito afirmar ser uma máquina de informação, mas esse corpo atual que chamo meu, a sentinela que se posta silenciosamente sob minhas palavras e sob meus atos. É preciso que com meu corpo despertem os corpos associados, os "outros", que não são meus congêneres, como diz a zoologia, mas que me frequentam, que frequento, com os quais frequento um único Ser atual, presente, como animal nenhum frequentou os de sua espécie, seu território ou seu meio. Nessa historicidade primordial, o pensamento alegre e improvisador da ciência aprenderá a ponderar sobre as coisas e sobre si mesmo, voltará a ser filosofia [...]”. MERLEAU-PONTY, Maurice. **O olho e o espírito**. Trad. Paulo Neves e Maria Ermantina Gaivão Gomes Pereira. São Paulo: Cosac & Naify, 2004. p. 14-15.

<sup>74</sup> Sobre isso, anota Luciano Oliveira: “O termo [pensamento de sobrevoo] é um desses bastante caros a Lefort, que aqui e ali dele lança mão. Ainda no seu livro mais recente, por mais de uma vez, refere-se à sociedade democrática como ‘um mundo subtraído a um ponto de vista de *sobrevoo*’. Creio que

pode ser incluído no paradigma pós-fundacionalista: uma radical interrogação dos fundamentos do social (e, por decorrência, *do político*) caracteriza-o. Foi, a propósito, essa mesma característica (de um pensamento voltado a interrogar e não a responder) que levou Luiz Roberto Salinas Fortes a afirmar que estaria na raiz desse pensar uma espécie de “virulência antidogmática”.<sup>75</sup>

A expressão de Salinas não é exagerada. Já no prefácio de seu *“Essais sur le politique”*, Lefort nos convida a “pensar o político”. Pensá-lo, contudo, levando em conta “as experiências que emergem de nosso tempo” (inevitáveis que são), e não metafisicamente. A pergunta sobre o que é o político não tem como resposta algum conceito que pudesse fixar-lhe a essência, dar-lhe fundamentos últimos. Bem ao contrário, o autor – em frase marcante redigida em forma de indagação retórica – sustenta que toda e qualquer tentativa de fixar a essência do político “entrava o livre movimento do pensar”.<sup>76</sup> Essa é uma das razões pelas quais Lefort nunca teve a intenção de construir uma doutrina filosófica ou desenvolver uma pesquisa sistemática. Esse livro mesmo que ora examinamos é todo composto de ensaios, nos quais o autor busca o que chama de “sinais do político”. O político, na sua visão, furta-se a qualquer objetivação, não sendo propriamente “localizável”. Manifesta, com efeito, apenas “sinais”, que são encontrados – é possível dizer – no “plano ôntico” da sociedade. O político, em suma, é tão somente “pensável”, muito embora, em um relevante sentido, “impregnado” em nós. Parece bem ir às palavras do autor, em passagem que pretende dar conta de elucidar a sua empreitada: [...] nos voltamos ao encontro do político por um movimento deliberado, evidentemente, mas que também se acha na dependência da experiência que temos, aqui e agora, [...] de nosso modo de existência política [...].<sup>77</sup>

---

essa recorrência não é mero gosto estilístico: ela dá conta, a meu ver, da antiga e nunca desmentida ancoragem lefortiana na fenomenologia existencial, de onde se precavê contra a tentação que ronda todo teórico de olhar o mundo como um objeto que ele pode conhecer inteiramente e manipular a seu bel-prazer”. OLIVEIRA, Luciano. **O enigma da democracia**: o pensamento de Claude Lefort. Piracicaba: Jacintha, 2010. p. 78-79.

<sup>75</sup> FORTES, Luiz Roberto Salinas. Nota introdutória. In: LEFORT, Claude. **As formas da história**: ensaios de antropologia política. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes e Marilena Chaui. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 10.

<sup>76</sup> Assim, literalmente, indaga Lefort: “Não seria antes forçoso admitir que toda definição, toda tentativa de fixar a essência do político entrava o livre movimento do pensar e que este, muito ao contrário, só se sustenta com a condição de não prejudicar os limites do político, de consentir numa exploração cujos caminhos não são de antemão conhecidos?”. LEFORT, Claude. Prefácio. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 9.

<sup>77</sup> LEFORT, Claude. Prefácio. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 9-10.

Essa forma interrogativa<sup>78</sup> de explorar o político não significa – como talvez já pareça claro – uma espécie de ceticismo ou de relativismo em Lefort. É antes de tudo uma condição de possibilidade desse agir deliberadamente tomado. Em um prefácio preparado para a edição brasileira de *Essais sur le politique*, o pensador francês critica duramente posturas científicas ou filosóficas de viés solipsista,<sup>79</sup> lamentando “a expansão cada vez mais ampla de um dogmatismo muito pitoresco: o do relativismo”, que remete “os juízos de valor à arbitrariedade das culturas ou dos indivíduos [...], sem suspeitar do perigo ou da bobagem de reconhecer um direito aos que desprezam o Direito, quer dominando pela força e pela superstição, quer idolatrando tiranos”.<sup>80</sup> O interessante é que Lefort introduz essa crítica em um contexto de uma outra, mais ampla, manejada contra o que aponta como as diversas “vestes” do dogmatismo: metafísico, científico, de condenação da filosofia, religioso, antirreligioso, liberal, do progresso, da decadência, da barbárie etc. Isso nos permite concluir que a postura cética ou relativista não deixa de ser para ele uma forma de fundamentalismo. Lefort acrescenta, exatamente nessa linha, que seus ensaios não devem ser lidos como “uma variante do antidogmatismo dogmático”. Ao interrogarem o político, exigem “o abandono dos preconceitos positivistas da ciência ou da sociologia política” e, nesse passo, inserem-se nos domínios da “filosofia política”. Parece certo, por outro lado,

---

<sup>78</sup> O próprio Lefort descreve em que consiste a interrogação que caracteriza o seu “método de trabalho”, fazendo-o nestes termos: “O que é, pois, interrogar? Em um sentido é fazer o enterro do seu saber. Em um outro sentido, aprender graças a esse enterro. Ou ainda: renunciar à ideia de que haveria nas coisas mesmas – ou seja, tanto faz na História, nas sociedades primitivas, em uma república do Renascimento, na sociedade burguesa tal como se institui sob o reino do capitalismo industrial ou ainda nas ideologias ou, enfim, nas obras como as de um Marx ou de um Maquiavel – um sentido inteiramente positivo ou uma determinação em si prometida ao conhecimento, como se isto que analisamos não se tivesse já formado sob o efeito de um deciframento do sentido, em resposta a um questionamento da história, da sociedade, da coexistência, da natureza, como se não fôssemos interpelados por estas questões escondidas em um mundo-outro ou um discurso-outro e como se o ‘objeto’ não devesse nada a nossa própria interrogação, ao movimento de pensamento que nos faz ir até ele e às condições sociais e históricas nas quais se exerce. Renunciar, pois, a uma tal ideia e, em consequência, apontar nas coisas, na história, na vida social ou nas obras de outrem, as discordâncias, as contradições, as fraturas que são sinais da indeterminação do sentido e nos constroem a avançar fazendo a experiência da impossibilidade de uma clausura do saber”. LEFORT, Claude. Prefácio. In: LEFORT, Claude. **As formas da história**: ensaios de antropologia política. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes e Marilena Chaui. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 15-16.

<sup>79</sup> Estou utilizando essa expressão (solipsisimo) no sentido que lhe dá Lenio Streck: como uma postura que parece tentar blindar-se aos efeitos da chamada “viragem ontológico-linguística” ocorrida na filosofia, do que decorre uma atitude, no campo do Direito, de reduzir “a complexíssima questão do ‘ato de julgar’ à *consciência do intérprete*, como se o ato (de julgar) devesse ‘explicações’ a um, por assim dizer, ‘tribunal da razão’ ou decorresse de um ‘ato de vontade’ do julgador”. (grifo do autor). STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 18.

<sup>80</sup> LEFORT, Claude. Ao leitor brasileiro. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 18.

que essa inserção no saber filosófico-político, ao passo que não implica submissão a essa ou àquela tradição, como textualmente afirma o autor, também não o impede de “auferir da experiência de nosso tempo – a experiência da democracia moderna e de suas ambiguidades [...] – novos meios de compreender o que está em causa nos mais diversos registros, através da constituição de um regime [...]”.<sup>81</sup>

E é a partir dessa chave que podemos encontrar no pensamento lefortiano a distinção entre “ciência política” (domínio de estudo *da política*) e “filosofia política” (campo de interrogação e exploração *do político*).<sup>82</sup> Tida em conta tal perspectiva, portanto, a ciência política – ofício dos politólogos e dos sociólogos – acaba por adotar o ponto de vista da ciência em geral, definindo seu objeto de conhecimento a partir da construção ou da delimitação do fato político considerado na sua particularidade, de modo a distingui-lo de outros “fatos sociais” (econômico, jurídico ou estético, por exemplo), bem como do fato “puramente social”, entendido como o modo de relação entre os grupos ou classes da sociedade. Em outras palavras, define seu objeto como se essa observação ou construção não derivasse de uma experiência da vida social, moldada por nossa inserção em um quadro histórico e politicamente determinado. O sujeito da ciência política é aquele empenhado em detectar relações de causalidade entre os fenômenos e leis de organização e funcionamento de sistemas ou subsistemas sociais.<sup>83</sup> Realiza uma espécie de operação de conhecimento que, ao

---

<sup>81</sup> LEFORT, Claude. Ao leitor brasileiro. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 18-19. Essa posição de Lefort também pode ser tributária a Merleau-Ponty, cujo questionamento quanto às condições de veracidade e excessos do subjetivismo e do objetivismo (idealismo e empirismo) atravessa sua carreira. Na obra possivelmente mais impactante que publicara, assim adverte: “A aquisição mais importante da fenomenologia foi sem dúvida ter unido o extremo subjetivismo ao extremo objetivismo em sua noção do mundo ou da racionalidade. A racionalidade é exatamente proporcional às experiências nas quais ela se revela. Existe racionalidade, quer dizer: as perspectivas se confrontam, as percepções se confirmam, um sentido aparece. Mas ele não deve ser posto à parte, transformado em Espírito absoluto ou em mundo no sentido realista. O mundo fenomenológico é não o ser puro, mas o sentido que transparece na intersecção de minhas experiências, e na intersecção de minhas experiências com aquelas do outro, pela engrenagem de umas nas outras; ele é portanto inseparável da subjetividade e da intersubjetividade que formam sua unidade pela retomada de minhas experiências passadas em minhas experiências presentes, da experiência do outro na minha. Pela primeira vez a meditação do filósofo é consciente o bastante para não realizar no mundo e antes dela os seus próprios resultados.” MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 4. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. p. 18-19.

<sup>82</sup> Essa distinção inspira-se uma diferença maior, entre filosofia e ciência em geral, podendo ser encontrada, de maneira detalhada (e com interessantes diferenças de perspectiva), em Leo Strauss: STRAUSS, Leo. **Uma introdução à filosofia política**. Trad. Elcio Verçosa Filho. São Paulo: É Realizações, 2016. notadamente p. 27-74.

<sup>83</sup> LEFORT, Claude. A questão da democracia. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 25-26.

relacionar-se com o seu objeto – “real” ou “ideal” –, faz com que ele surja separado de outros objetos definidos ou definíveis. Assim, nessa medida, “o critério do que é *politique* constitui o critério do que é *non politique*”. Esse sujeito da operação, ao recortar dados sociais a fim de cercar o inteligível, acaba vestindo um figurino de um “puro conhecedor”, como se assim fosse possível alcançar neutralidade científica.<sup>84</sup> Parece claro, apesar de tudo, que Lefort não tem o intuito de invalidar o trabalho dos politólogos e sociólogos. Seu intento é chamar a atenção para o fato de que, por mais que eventualmente pretenda conhecimento pleno e objetivo de seu objeto de estudo, a ciência política fornecerá apenas respostas condicionadas, particulares e restritas, que assim o são porque já devem “algo” a um plano anterior. Podemos dizer, de uma maneira mais ampla, que a própria operação de delimitar o conhecimento por campos de estudo já é, em si e necessariamente, um fato *político*.

Muito diversamente, a filosofia política não ostenta em si essa vontade de objetivação. Refere-se, pois, à experiência que se engendra em função de uma concepção implícita das relações dos homens entre si e de uma concepção de suas relações com o mundo. Aborda a diferença entre a legitimidade e a ilegitimidade, entre a verdade e a mentira, o autêntico e a impostura, a busca de poder ou de interesse privado e a busca do bem comum. É a parte do conhecimento humano que interroga “o político”, beneficiando-se da experiência inscrita no tempo e no espaço sociais. Deve levar em conta a história, os fatos interrogantes e modificadores dos diversos regimes (democrático, totalitário, despótico etc.), bem assim o pensamento dos homens. Diversamente da ciência ou da sociologia políticas, não se vincula a imperativos do conhecimento positivo (imperativos de objetividade e de neutralidade).<sup>85</sup> A filosofia política considera as “formas de sociedade” (expressão cara

---

<sup>84</sup> LEFORT, Claude. Permanência do teológico-político? In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 253.

<sup>85</sup> LEFORT, Claude. **Pensando o político**. Ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 10, 18-19, 26 e 27. Vale rememorar aqui que diferença entre ciência política e filosofia política em Lefort também é em boa medida tributária da ideia de “diferença ontológica” de Martin Heidegger, que, por sua vez, influenciara Merleau-Ponty, inclusive se levadas em conta as tentativas deste último de superação do projeto heideggeriano, como atesta o seu trabalho inconcluso e publicado postumamente. (MERLEAU-PONTY, Maurice. **O visível e o invisível**. Trad. José Artur Gianotti e Armando Mora d’Oliveira. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000). Na linha do que refere Ernildo Stein, “a diferença ontológica nasce da tentativa de resolver o problema epistemológico. O ente é objeto do conhecimento científico e o ser, objeto da filosofia. A filosofia fundamenta a ciência. O conhecimento do ser é a condição de possibilidade do reconhecimento do real. Somente à medida que conheço o ser, conheço algo do real”. STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2005. p. 81.

a Claude Lefort, como veremos em seguida). Nessa medida, tem de proceder por comparação para detectar os sinais do político e, por via de consequência, o modo de instituição do social. Era o que Lefort fazia, no início de sua carreira, quando confrontava o modo de organização e desenvolvimento de sociedades históricas em face da maneira de ser das sociedades estagnantes, bem como o que passa a realizar após a sua “redescoberta” do político, quando empreende cotejos entre a forma democrática de sociedade e as formas absolutista e totalitária, com o intuito de entender o que leva a democracia a manter-se como tal, em um equilíbrio fino sempre em risco de degenerar-se.

O político, objeto de estudo da filosofia política, é inafastável. É uma dimensão do social constitutiva e instituinte das demais. Um espaço de inteligibilidade. Se traçado um paralelo com a ideia de “ser” em Heidegger, é possível dizer que temos todos – e isso é inevitável – uma pré-compreensão (já dada, ainda que mediana) do sentido do político. Cuida-se, portanto, de um plano tão incontornável quanto inacessível. Movemo-nos – desde já e sempre – nele, de maneira que pensar o político nos conecta necessariamente à tradição. A tarefa do filósofo consistirá, então, precisamente em interrogar esses laços com o pensamento em marcha. A interrogação assim posta busca “os princípios geradores” das diversas formas de sociedade, ou, em outra formulação linguística, o seu (da sociedade) “regime”, considerado este no sentido lefortiano, isto é, como a *mise en forme* da coexistência humana. O político – diz-nos Lefort – “não se mostra localizável *na* sociedade”. E só lhe é possível uma afirmação categórica desse tipo porque – como referido – “a própria noção de sociedade já contém a referência a uma definição política”. O espaço dito “sociedade” não é, pois, compreensível em si. Seu esquema diretor (o modo singular de sua instituição) é o que possibilita pensar a articulação de suas dimensões e as relações que no seu interior se estabelecem entre classes, grupos e indivíduos ou entre crenças, práticas e representações. Com efeito, ao desconsiderarmos a referência primordial “ao modo de instituição do social” ou a seus “princípios geradores” ou, ainda, a seu “esquema diretor” (expressões operacionalmente intercambiáveis; todas referidas ao plano *do político*), os quais comandam a configuração não apenas espacial, mas temporal de uma sociedade, estaremos, na expressão lefortiana, cedendo “à ficção positivista”, de sorte que “não se saberia como evitar pôr a sociedade antes da sociedade, colocando como elementos o que apenas é apreensível a partir de uma experiência já social”. Vale marcar novamente: a

distinção analítica entre o que pertence à ordem do econômico, da política (no sentido dado pela ciência moderna) e do jurídico apenas pode ser alcançada porque “possuímos dentro de nós a ideia de uma dimensionalidade originária do social e que ela se dá com a dimensionalidade de sua *forma* originária, de sua *forma* política”.<sup>86</sup>

É preciso, por outro lado, deixar bem marcado que a busca pelo significado do político não nos leva a uma ideia de tipo formalista acerca de *mise en forme* da sociedade. Por decorrência mesma dessa espécie de “impregnância” do político, de sua característica instituinte (preexistente, portanto, às dimensões ou às estruturas elementares do espaço social instituído), a *mise en forme* da sociedade reveste-se, ao mesmo tempo, de uma *mise en sens* e de uma *mise en scène*. “*Mis en sens* porque o espaço social emerge como espaço de inteligibilidade, articulando-se segundo um modo singular de discriminação entre real e imaginário, falso e verdadeiro, justo e injusto, lícito e proibido, normal e patológico”. E “*mise en scène* porque este espaço contém uma quase-representação<sup>87</sup> de si próprio em sua constituição aristocrática,

---

<sup>86</sup> LEFORT, Claude. Permanência do teológico-político? In: LEFORT, Claude. **Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade.** Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 254. Em complemento a essas considerações, parece pertinente a transcrição literal de uma passagem esclarecedora desse artigo, em que Lefort resume bem a visada que considera própria à filosofia política: “A oposição entre o pensamento do político – tomado em todas as suas variantes e em todos os seus momentos – e a ciência política – tomada em todas as suas variantes e em todos os seus momentos – não se dá porque um visaria a sociedade como totalidade e a outra recusaria esse objeto por julgá-lo ilusório. A ciência marxista, por exemplo (não falemos de Marx, cujo pensar é ambíguo e mais sutil), pretende exatamente reconstituir uma totalidade real ou ideal; a ciência parsoniana, igualmente, pretende rearticular sistemas de funções em um sistema dito geral. A oposição se manifesta em um outro nível. O filósofo não está necessariamente em busca do inapreensível objeto que seria a totalidade, mas busca em um regime, em uma forma de sociedade, um princípio de interiorização que dê conta de um modo singular de diferenciação e de relacionamento das classes, dos grupos, ou das condições, e, simultaneamente, de um modo singular de discriminação dos referenciais em função dos quais se ordena a experiência da coexistência – referenciais econômicos, jurídicos, estéticos, religiosos [...]” Ibid., p. 254-255.

<sup>87</sup> O termo “quase-representação”, recorrente nos escritos de Lefort, é inspirado nas ideias de seu mestre Maurice Merleau-Ponty, notadamente na noção de “esquema” corporal (que não é nem imagem *real* nem representação *real*) trabalhada em “Fenomenologia da percepção”. As seguintes passagens dessa obra ajudam a esclarecer: “Da mesma maneira, meu corpo inteiro não é para mim uma reunião de órgãos justapostos no espaço. Eu o tenho em uma posse indivisa e sei a posição de cada um de meus membros por um *esquema corporal* em que eles estão todos envolvidos. [...] Tal fato ocorre porque o sujeito normal possui seu corpo não apenas como sistema de posições atuais, mas também, por isso mesmo, como sistema aberto de uma infinidade de posições equivalentes em outras orientações. O que chamamos de esquema corporal é justamente esse sistema de equivalências, esse invariante imediatamente dado pelo qual as diferentes tarefas motoras são instantaneamente transponíveis. Isso significa que ele não é apenas uma experiência de meu corpo, mas ainda uma experiência de meu corpo no mundo, e que é ele que dá um sentido motor às ordens verbais. [...] Com a noção de esquema corporal, não é apenas a unidade do corpo que é descrita de uma maneira nova, é também, através dela, a unidade dos sentidos e a unidade do objeto. Meu corpo é o lugar, ou antes a própria atualidade do fenômeno de expressão (*Ausdruck*), nele a experiência visual e a experiência auditiva, por exemplo, são pregnantes uma da outra, e seu valor expressivo funda a unidade antepredicativa do mundo percebido e, através dela, a expressão verbal (*Darstellung*) e a significação intelectual (*Bedeutung*). Meu corpo é a textura comum de todos os



monárquica ou despótica, democrática ou totalitária”. Dizendo-o de outro modo, “a forma de sociedade” (*mise en forme*) implica um dar sentido (*mise en sens*) à coexistência humana, bem como um pôr em cena (*mise en scène*) do espaço social. Está em jogo aqui – para além das implicações com o conceito a ser visto de “dimensão simbólica” em Lefort – subjacentemente a ideia do político operando como instituinte do social, a indicar que toda sociedade não é senão política, primordialmente política. Não há, portanto, elemento (jurídico, econômico etc.) que seja anterior à instituição política do social. A *mise en forme* penetra toda a experiência da coexistência, influenciando eficaz e inexoravelmente a dinâmica das relações sociais, tendo em vista que lhes confere algo como um quadro significativo.<sup>88</sup>

---

objetos e é, pelo menos em relação ao mundo percebido, o instrumento geral de minha ‘compreensão’”. (grifo do autor). (MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 4. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. p. 143-144, 196 e 315). Essa influência merleau-pontyana na ideia de quase-representação em Lefort foi percebida por Bernard Flynn, que didaticamente a descreveu: “Com isso, Lefort se refere a que uma sociedade dá a si mesma uma ‘quase-representação de si’. Ao falar de ‘quase-representação’, não está se referindo a uma imagem real – a bandeira, a águia, etc. Em ‘Fenomenologia da percepção’ de Merleau-Ponty, o autor fala em *esquemas corporais*, a noção da postulação de um esquema corporal do corpo de alguém que não é uma imagem ou uma representação reais de si. Apesar de não ser pura e simplesmente visual, tende, sem embargo, à visibilidade. É uma noção mais na linha da unificação espacial e temporal que na de uma imagem literal. A síntese de si que leva a cabo o corpo através de uma quase-representação é uma síntese do visível e do invisível. A *mise en scène* pela qual uma sociedade constitui sua própria identidade é, desse modo, uma quase-representação que consiste em uma síntese, ou um entrecruzamento, do visível e do invisível”. (grifo do autor; tradução nossa). FLYNN, Bernard. **Lefort y lo político**. Trad. Gabriel Merlino. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. p. 154-155.

<sup>88</sup> Hugues Poltier oferece um exemplo muito ilustrativo acerca da operabilidade do modo de instituição da sociedade sobre as identidades sociais. Vale trazê-lo aqui pelo seu bom poder didático (ainda que na narrativa da hipótese haja uma ou outra radicalização): “A noção de formalização de uma sociedade política não deve ser entendida de maneira formal. Remete à dinâmica das relações sociais, de seu estilo, do modo segundo o qual os membros de uma determinada sociedade entram em relação, encarando seu lugar no mundo natural e humano, inclusive sua identidade singular. Uma breve ilustração permitirá aclarar essa questão. Colocar a um homem da Idade Média a pergunta “Quem és?” implica perguntar-lhe, ao mesmo tempo, por sua linhagem e por sua vinculação a um domínio senhorial. A pergunta tende, pois, a receber uma resposta do tipo “Sou filho de... e vivo nas terras do senhor tal”. Em outras palavras, não se concebe a si mesmo tanto como um indivíduo, senão como membro de um corpo do qual não pode se separar nem se isolar, uma vez que esse corpo constitui o verdadeiro ‘sujeito social’. Perguntar a um homem de hoje pela sua identidade é perguntar-lhe “O que fazes?”; a pergunta se dirige, entre outros objetivos, a conhecer a atividade que lhe assegura a subsistência, sendo, outrossim, a resposta reveladora tanto de suas opções como das imposições que pesam sobre a orientação que pretende dar a sua existência. A ideia subjacente aqui é que a escolha de uma atividade é, ao mesmo tempo, a de uma identidade, de maneira que, ao responder à pergunta sobre o que fazemos, estamos dizendo, simultaneamente, o que escolhemos fazer e ser. Essa representação afirma assim, implicitamente, que o homem de hoje é, em ampla medida, o autor daquilo que ele é, que se define mais por suas opções do que por sua hereditariedade. Enquanto que o homem da Idade Média se legitimava antes de tudo por sua inscrição em uma linhagem, o indivíduo moderno se legitima, pelo contrário, acima de tudo pelo que faz, até o ponto de que não evoca senão a contragosto seu status de herdeiro”. (tradução nossa). POLTIER, Hugues. **Claude Lefort: el descubrimiento de lo político**. Trad. Heber Cardoso. Buenos Aires: Nueva Visión, 2005. p. 48-49.

Nesse sentido, todo e qualquer elemento que integre o *locus* no qual os indivíduos de uma dada sociedade entram em relação uns com os outros (inclusive a *política* enquanto objeto de estudo dos politólogos) adquire seu sentido no espaço de inteligibilidade propiciado pelo plano *do político*, que atravessa toda a “carne do social”.<sup>89</sup> Isso resulta em um “quiasmo” ou um “entrelaçamento” entre *a política* e *o político*, em vez de uma distinção ou oposição entre essas esferas. *A política* e *o político* se encontram, portanto, em uma relação de “reversibilidade”.<sup>90</sup> Há clareza no pensamento de Lefort sobre isso. Amparado em Maquiavel, ele sustenta que “a análise das formas de sociedade política induz [...] ao exame das formas de ação, e vice-versa. [...] Ou, para dizer numa linguagem moderna: a reflexão sobre *o político* e a reflexão sobre *a política* são distintas e, ao mesmo tempo, se entrecruzam”.<sup>91</sup> Dessarte – continua o autor em outro texto –, “que algo como *a política* tenha vindo a circunscrever-se em uma época, na vida social, tem precisamente um significado político, um significado que não é particular, mas sim geral”. Estão em causa aqui, novamente – como em um movimento circular –, as ideias de *mise en forme* e de *mise en sens*. O político, nessa linha de intelecção, não se revela a não ser por sinais, no que pode ser designado como “atividade política”, mas – fenomenologicamente falando – em um “duplo movimento de aparição e de ocultação do modo de instituição da sociedade”. É aparição porque faz emergir ao plano do visível “o processo crítico por meio do qual a sociedade é ordenada e unificada, através de suas divisões”; e é ocultação porquanto o lugar da política (*locus* de competição partidária e de formação da instância geral de poder) “designa-se como particular, ao passo que se encontra dissimulado o princípio gerador da configuração de conjunto”.<sup>92</sup>

<sup>89</sup> Essa expressão – extraída de Merleau-Ponty – será explicada no tópico seguinte, quando explorada a ideia de regime político-democrático.

<sup>90</sup> A propósito, também todos esses termos (igualmente de extração merleau-pontyana e referidos à ideia de “carne”), como “quiasmo”, “entrelaçamento” e “reversibilidade”, serão tratados no capítulo seguinte, porquanto compõem – às vezes silenciosamente – o quadro referencial do pensamento de Lefort sobre a democracia. Vide, por ora: MARCHART, Oliver. **El pensamiento político posfundacional**: la diferencia política em Nancy, Lefort, Badiou y Laclau. Trad. Marta Delfina Álvares. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009. p. 134.

<sup>91</sup> LEFORT, Claude. Maquiavel e a *verità effettuale*. In: LEFORT, Claude. **As formas da história**. Ensaios de antropologia política. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes e Marilena Chaui. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 175.

<sup>92</sup> LEFORT, Claude. A questão da democracia. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 25-26. Examinando esse ponto do pensamento lefortiano, Heric Herrán enxerga vestígios da fenomenologia de Heidegger, notadamente da diferença ontológica tal como trabalhada por esse autor: “Aqui de novo, podemos distinguir com nitidez as capas ontológicas heideggerianas da interpretação lefortiana do político. Pois, na visão de Lefort, a diferença entre o político e a política é gerada em um duplo movimento de revelação e de ocultação que diz respeito à sociedade mesma.

Essas reflexões nos põem, mais uma vez, diante da questão da inevitabilidade do político. Ele impregna, inclusive, a identidade singular de cada um de nós, indivíduos sociais que somos, de modo que as reivindicações de moralidade política que desde já e sempre existem(iram) na sociedade como que nos atravessam. Constituem-nos. Pensamos a partir delas, ainda que disso não nos apercebamos.<sup>93</sup> E são por essas e por outras circunstâncias que Lefort faz equivaler a ideia *do político* com as de *regime* ou *forma* da sociedade (*a mise en forme* de sentido e encenação do social). Implica a noção de um princípio ou de um conjunto de princípios geradores das relações que os homens mantêm entre si e com o mundo. O exemplo mais eloquente e antigo desse propósito – diz-nos o filósofo francês – pode ser encontrado em Platão (ou Sócrates), no exame da *politeia*. Ali se forjou originariamente a ideia de “forma de sociedade”. No entanto, se é verdade que Lefort utiliza o termo “regime” para designar *o político*, somente o faz – seguindo as pegadas de Leo Strauss<sup>94</sup> – com o sentido que essa palavra recebe quando empregada na expressão “Antigo Regime”. Nessa expressão estão combinadas duas ideias: a de um tipo de constituição e a de um estilo de existência ou de um modo de vida. A ideia de “Constituição” – é bom ressaltar – deve ser tomada não apenas em sua acepção jurídica, mas enquanto “forma de governo”, no sentido anglo-saxão do termo. Isto é, “como a estrutura, concebida como legítima, do poder, nas suas funções executiva, legislativa e judiciária (sendo ou não explicitamente diferenciadas), estrutura que nela mesma condiciona a legítima distinção dos *status* sociais”. E a ideia – que também nos é fornecida pelo *político* – de “estilo de existência” ou “modo de vida” remete (à semelhança do que se passa com a concepção de regime) a tudo o que pode estar em causa numa expressão tal como *american way of life*: “os costumes e as crenças que atestam um conjunto de normas implícitas comandando a noção do que é justo e injusto, bem e mal, desejável e indesejável, nobre e vil”.<sup>95</sup>

---

Em outras palavras, o que é, talvez, uma das mais frutíferas conquistas filosófico-políticas de Lefort – a saber, a distinção antes mencionada entre o político e a política – claramente imita o empenho ontológico heideggeriano de elucidar a diferença entre o ser e os entes”. (tradução nossa). HERRÁN, Eric. **La cuestión de lo político**: a propósito de Claude Lefort. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 73.

<sup>93</sup> Mais ao fim deste trabalho, essa temática levará a algumas aproximações com o que poderíamos chamar de um “último Dworkin”, que evolui seu pensamento para firmar a ideia do “Direito como ramo da moral política”.

<sup>94</sup> STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. Trad. Bruno Costa Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 164-165.

<sup>95</sup> LEFORT, Claude. Prefácio. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 10-11. Lefort

Tomada em conta essa descrição, se fôssemos organizar as bases filosóficas sobre as quais Lefort constrói o seu conceito de “político”, seria possível enfatizar duas grandes vertentes: de um lado, a fenomenologia (Heidegger e, especialmente, Merleau-Ponty); de outro, a tradição socrático-platônica da filosofia política. Alguém poderia apontar para a ocorrência aí de um paradoxo. Lefort não o nega. Muito antes pelo contrário, seu pensamento é alimentado por essa aparente tensão entre acolher a tradição primeira da filosofia política e, ao mesmo tempo, postular que nossa experiência pode desvelar o que estava fora de alcance para os filósofos da Antiguidade.<sup>96</sup> O autor entende que “esse paradoxo não é novo, pois, afinal, as obras de um Maquiavel, de um Montesquieu e de um Tocqueville já o atestam”, sendo “melhor assumir francamente este paradoxo e afirmar que ele sustenta o próprio exercício do pensar”. Isso porque “a alternativa entre o historicismo e uma filosofia da natureza humana ou uma filosofia tradicional da transcendência [...] parece dar indícios, precisamente, de um pensar que ignora a si mesmo”. O que Lefort está querendo dizer – como ele mesmo, de algum modo, dá conta de explicar – é que esse paradoxo nada mais faz do que apontar para a inevitabilidade da experiência “do pensar a si mesmo que se faz mediante a provação do que vem de *fora*, em

---

defende sua interpretação da “República” de Platão (e, por decorrência, do seu entender sobre a *politeia*) contra uma leitura que indicasse devaneios totalitários nessa obra, o que lhe permite marcar, com muita competência, o modo como o político institui o social: “De fato, a investigação conduzida por Platão em *A República* – da qual é preciso lembrar que era guiada pela busca do que seria, em teoria, o bom regime –, longe de fixar os limites da política, exigia uma interrogação que incidisse, a um só tempo, sobre a origem do poder e sobre as condições de sua legitimidade, sobre a relação mando-obediência em toda extensão da sociedade, sobre as relações Cidade e exterior, sobre as necessidades sociais e a repartição das atividades profissionais, sobre a religião, sobre os fins respectivos do indivíduo e do corpo social – até levar ao reconhecimento de uma analogia entre a constituição da psique e a constituição da *polis*, e finalmente, o que não é menos notável, até sugerir que o discurso sobre a *politeia*, mais geralmente o diálogo, punha em causa relações de caráter político. [...] Sejam quais forem as dificuldades levantadas pela interpretação de *A República*, a única leitura que não podemos duvidar de que esteja radicalmente equivocada é a feita por alguns de nossos contemporâneos a fim de nela descobrir a primeira expressão de uma teoria totalitária. Vale a pena assinalar o equívoco porque procede de uma incapacidade para acolher a ideia de uma necessária instituição política do social, ideia de um espaço que, a despeito de sua heterogeneidade interna, é sensível a si em toda a sua extensão – ou da incapacidade para conceber qualquer unidade sem imaginar uma força de coerção aplicada a reduzir, a um mesmo molde, os diversos modos de atividades, os comportamentos e as crenças, e, ao mesmo tempo, aplicada a sujeitar os indivíduos à vontade de um senhor. Esta disposição de espírito implica, para além do desconhecimento da obra de Platão, o desconhecimento do propósito da filosofia política em geral, e incita a interrogar suas origens”. *Ibid.*, p. 11-12.

<sup>96</sup> A propósito, essa é uma característica mesma do pensamento pós-fundacional, que não pretende acabar com a tradição, mas reinterpretá-la, revolvendo as suas bases metafísicas. Lembremo-nos da “destruição da antiga ontologia” pretendida por Heidegger: nunca teve o sentido negativo de arrasar com a tradição ontológica, mas de defini-la e circunscrevê-la em suas possibilidades positivas HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 57-65.

consequência de sua inscrição em um mundo social-histórico”. Ou, em outra perspectiva, isso significa que não há como afastar “a experiência que o pensar tem de um poder que está na origem da discriminação entre o falso e o verdadeiro, o justo e o injusto, o bem e o mal [...], de uma exigência de julgar e ser julgado – experiência que atesta uma visada do universal”. O ato de pensar e repensar o político é inesgotável. Cuida-se de tarefa que deve sempre ser retomada, uma vez que o saber que fornece é – em termos lefortianos – “incapaz de se desvencilhar do que se dá a interrogar para cada um de seu próprio lugar”.<sup>97</sup>

É preciso observar ainda – não só pela importância que este autor assumirá na construção do argumento deste trabalho, mas porque se trata de descrição muito elucidativa – que a configuração democrática do político no pensamento lefortiano é compartilhada por Pierre Rosanvallon, ele próprio um discípulo de Lefort. O político, em Rosanvallon, pode ser entendido ao mesmo tempo como “um campo” e “um trabalho”, pois ele designa o lugar em que se entrelaçam os múltiplos fios da vida dos homens e das mulheres (uma sociedade como um todo dotado de sentido), mas também o processo pelo qual um agrupamento humano adquire progressivamente as características de uma verdadeira comunidade. *O político* remete, por conseguinte, tanto a uma modalidade de existência da vida comum, quanto a uma forma de ação coletiva que se distingue *da política*. “Referir-se ao político e não à política, é falar do poder da lei, do Estado e da nação, da igualdade e da justiça, da identidade e da

---

<sup>97</sup> LEFORT, Claude. Prefácio. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 13-14. Herrán faz uma boa leitura desse paradoxo produtivo em Lefort. Transcrevo a seguinte passagem de sua obra, já antecipando aqui um assunto afeto ao próximo capítulo (a irredutibilidade ontológica da divisão do social): “O que Lefort sustenta não é, desde logo, que os filósofos políticos clássicos não fossem conscientes da existência da divisão interna ao corpo social – especialmente aquela entre ricos e pobres, como mostra qualquer inspeção da *Política* de Aristóteles. É, muito mais, que a divisão nunca fora concebida por esses filósofos como pertencente à lógica do político (ou como inerente ‘à natureza da cidade’). O que aparentemente contribuía para essa percepção é que, para a filosofia política clássica, o político sempre aparece como expressando o acordo fundamental entre os membros da cidade. Em tal regime ideal, esse acordo giraria em torno do que fossem considerados os fins últimos, naturais, do homem. Em contraste, para Lefort, a divisão é desde o princípio tão inerente à lógica do político que se faz impossível a concordância final da cidade consigo mesma, e não unicamente em relação aos fatos, mas também no que concerne aos princípios. Daí que, segundo Lefort, o que os filósofos políticos clássicos passam por alto não é – obviamente – a importância fundamental do político, mas o fato de o político encontrar-se *constitutivamente aberto*. A filosofia política clássica simplesmente não consegue compreender que a unidade social aponta *eo ipso* a uma sorte de divisão primária ou, em outras palavras, à distância que a sociedade toma consigo mesma no preciso momento em que aparece como sociedade”. (tradução nossa). (HERRÁN, Eric. **La cuestión de lo político**: a propósito de Claude Lefort. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 90). Para esse ponto, ver também (do próprio Lefort): LEFORT, Claude. *Maquiavel e a veritá effettuale*. In: LEFORT, Claude. **As formas da história**: ensaios de antropologia política. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes e Marilena Chaui. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 141-177.

diferença, da cidadania e da civilidade”, ou seja, é falar de tudo aquilo que constitui a *polis* “para além do campo imediato da competição partidária pelo exercício do poder, da ação governamental cotidiana e da vida ordinária das instituições”. E essa questão adquire grande importância nas sociedades democráticas, nas quais as condições de vida comum não são (ou não deveriam ser) definidas *a priori*, fixadas imutavelmente por uma tradição ou impostas por uma autoridade.<sup>98</sup>

Com Rosanvallon – cujo pensar sobre democracia e legitimidade será retomado no momento oportuno – encerramos este primeiro capítulo. Uma narrativa mais analítica sobre a questão do político ou da diferença política/político foi necessária fundamentalmente porque o elemento jurídico (o Direito) não está imune ao plano do político. Não há aí – parece óbvio – uma relação de causalidade, mas a ideia de que o Direito só é pensável enquanto referido ao político. Queiramos ou não, ao nos debruçarmos sobre as questões jurídicas ou sobre casos judiciais, esse pensar já foi confrontado, previa e inexoravelmente, com um material que contém sua própria interpretação e cujo significado é constitutivo de sua natureza. É a inerradicabilidade da experiência engendrada pela concepção implícita – que todo sujeito carrega consigo – acerca das relações dos homens entre si e com o mundo. Estamos falando do ato de pensar o que é pensado em toda sociedade, dando-lhe o estatuto de sociedade humana: a diferença entre a legitimidade e a ilegitimidade, a verdade e a mentira, ou entre as diversas concepções de justiça, de igualdade, de bem comum etc. Lembremo-nos, mais uma vez, da tríplice composição do político (*mise en forme*, *mise en sens* e *mise en scène*) a operar em todo o espaço social. Tentar negar essas pré-compreensões valorativas é um grande equívoco. Como diz Lefort: adotar uma postura pretensamente científica, objetificante, não impedirá que o juízo de valor renasça “hipocritamente sob a fachada de uma hierarquização de determinantes do suposto real” ou se afirme “arbitrariamente no enunciado bruto das preferências”.<sup>99</sup> O trabalho reflexivo que pretende dar fundamentos (jurídicos), mesmo que instáveis, para o social opera a partir dessas orientações prévias. Uma ideia de reflexividade com essas tinturas estará no centro do modelo de legitimidade que pretendo defender para o exercício da jurisdição constitucional. Antes de começar a tocar a temática,

---

<sup>98</sup> ROSANVALLON, Pierre. **Por uma história do político**. São Paulo: Alameda, 2010. p. 73-74.

<sup>99</sup> LEFORT, Claude. A questão da democracia. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 26-27.

porém, será preciso enfrentar a questão da democracia (como incerteza) e a dimensão simbólica do poder, imprescindíveis para a construção da hipótese desta pesquisa.

## **2.2 Democracia como Incerteza, Direitos Fundamentais e Conflito**

A diferença ontológica entre os planos *da política* e *do político* tem papel decisivo para quem se coloca a pensar sobre a democracia. E não será possível desenvolver o argumento deste trabalho sem exercer esse pensar, pois parece evidente que enfrentar o debate sobre a estrutura filosófica de um regime que se caracterize por ser democrático é condição necessária para darmos conta do problema da legitimidade do poder exercido por uma corte constitucional que opere em um regime assim caracterizado. Com efeito, o poder desse tipo de corte (do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro) tem de ser democraticamente legítimo. Difícil negar. Mas qual o sentido que deve ostentar um regime para qualificar-se como democrático? Só é possível afirmar que o exercício da jurisdição constitucional respeita a democracia se tivermos pelo menos uma ideia geral acerca desse sentido. Não farei mais do que isso aqui, ou seja, apresentarei reflexões sobre o significado que acompanha o advento da experiência democrática. A ideia de “regime democrático”, sob esse enfoque, não deixará de exercer uma espécie de função regulativa. Em outras palavras, o tipo de legitimidade a ser exigido do Supremo Tribunal, quando no exercício de controle de constitucionalidade de leis e políticas públicas, deve ser compatível com alguma ideia sobre a democracia, que assim funcionará como um quadro referencial normativo. Novamente: não farei mais do que apresentar essa visão geral e abstrata do sentido do democrático (que nada mais é do que “pensar o político” em sua forma democrática). Até porque é essa mesma ideia geral – inspirada em Claude Lefort – que dá base para a construção da “legitimidade por reflexividade” por Pierre Rosanvallon. A obra de Lefort fornece, de fato, uma chave adequada para alcançar essa noção filosófica geral de democracia, na medida em que a intenção do autor é precisamente pensar, comparativamente, entre regimes amplos de governo. Para lhe sermos mais fiéis, diríamos que seu trabalho consiste em comparar amplas “formas de sociedade”, para assim perscrutar o “enigma” que configura a democracia. No caso da forma de sociedade democrática, ela é trabalhada, notadamente, em oposição à forma totalitária do social.

Apresentada a intenção do capítulo, é preciso deixar bem marcado que, ao aceitarmos o político como instituinte do social, pensá-lo (o político) deve nos indicar alguma coisa sobre a forma das sociedades que contemporaneamente assumem um figurino democrático. Por isso que Lefort faz equivaler o “repensar o político em nosso tempo” com as suas reflexões sobre, em seus termos, a “aventura” que representa o advento da democracia. Como adiantado, o seu pensamento procede sempre por comparação. Creio, aliás, que essa forma de trabalhar é um indicativo da impossibilidade de nos situarmos em uma espécie de “ponto arquimediano” a partir do qual pudéssemos erigir “pensamentos de sobrevoos”. Não há, na obra lefortiana, uma “fora de” quando se trata do político. Enfim, o autor utiliza como estratégia, para buscar o sentido do democrático, a análise do totalitarismo. Este, em Lefort, tanto na sua variante fascista, quanto naquela dita “socialista”, coloca-nos em posição de reinterrogar a democracia. Isso porque a empresa totalitária surge de uma mutação política – mutação de ordem simbólica<sup>100</sup> – que atesta uma alteração de estatuto do poder. É um partido político que, no plano dos fatos, eleva-se como portador das aspirações do povo e detentor de uma legitimidade que o coloca acima das leis; toma o poder destruindo oposições e não presta contas a ninguém, furtando-se a todo controle legal. Esses os traços do totalitarismo mais característicos, que levam a uma condensação entre as esferas do poder, da lei (do Direito) e do saber (do conhecimento).<sup>101</sup>

Essa condensação de esferas é fundamental para a compreensão. Ela levará à afirmação, mais adiante, de que o Direito – ainda que referido “ao político” – precisa manter-se onticamente autônomo, apartado do poder, como condição necessária para a sustentação de qualquer democracia. Mas tratar disso agora seria adiantar um ponto importante do argumento. Neste momento, retenhamos que o dispositivo totalitário opera de maneira a gerar uma representação do “povo-Uno”. Fundamenta-se em uma negativa de aceitação da inerente divisão social, do conflito constitutivo da sociedade.

---

<sup>100</sup> A noção de “simbólico” em Lefort, conforme já sugerido, será tratada em capítulo específico, subsequente a este.

<sup>101</sup> LEFORT, Claude. A questão da democracia. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 27. Devo salientar que Lefort, embora tenha no totalitarismo um fenômeno em si, ele escreve privilegiadamente em face do regime totalitário stalinista. Não é nossa intenção, por óbvio, desenvolver detalhadamente as características desse ou de qualquer outro totalitarismo. Um livro que dá uma boa dimensão do pensar lefortiano sobre o assunto é: LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.



A divisão se operaria apenas entre “povo e seus inimigos” ou entre “interior e exterior”, pois esse regime de força carrega consigo o princípio de uma homogeneidade e de uma transparência para si. Como argumenta Lefort, eis o paradoxo do fenômeno: “a divisão é denegada [*denegada* porque uma nova camada dominante se distingue, um aparelho de Estado se destaca] e, na medida dessa denegação, se vê fantásticamente afirmada a divisão entre o povo-Uno e o Outro”. O “Outro” é alguém situado “fora” do regime. A constituição do “povo-Uno” depende, aliás, da construção incessante de inimigos, porquanto o que está em causa é sempre a integridade do corpo. Na ideologia totalitária (expressão utilizada por Lefort), a representação do “povo-Uno” não está em contradição com a do partido. Aliás, há aí uma espécie de encadeamento da representação, como acentua o autor: “identificação do povo com o proletariado,<sup>102</sup> do proletariado com o partido, do partido com a direção, da direção com o *Egocrata*.<sup>103</sup> A todo momento um órgão é, ao mesmo tempo, o todo e a parte destacada que faz o todo, que o institui”.<sup>104</sup> E é essa lógica da identificação regulada pela imagem de um corpo que explica a condensação – poder/Direito/saber – anunciada acima.

Isso significa que, no regime totalitário, “o conhecimento dos fins últimos da sociedade – das normas que regem as práticas sociais – torna-se propriedade do poder, ao passo que esse poder mostra-se como órgão de um discurso que enuncia o real enquanto tal”.<sup>105</sup> O poder, pois, apropria-se da lei e do saber. Incorpora-os, produzindo “uma espécie de positivização da lei manifesta na intensa atividade legislativa, jurídica, a serviço do Estado totalitário e uma espécie de positivização do conhecimento, manifesta na intensa atividade ideológica”. O papel da ideologia no totalitarismo – tal qual apanha Lefort – é operar como um tipo de “empreendimento fantástico”, que visaria a fornecer um fundamento último do conhecimento em todos os campos. Precisamente por conta dessas circunstâncias, então, é que o totalitarismo é visto pelo filósofo político francês como “o acontecimento maior do nosso tempo”, pois nos obrigaria a sondar a natureza das sociedades modernas. O Estado totalitário, no pensamento lefortiano, só pode ser concebido se relacionado à

<sup>102</sup> Lefort fala aqui, mais especificamente, do totalitarismo stalinista, cujo modelo serve para pensar os demais.

<sup>103</sup> A conhecida expressão de Alexander Soljenítsin é tomada emprestada por Lefort.

<sup>104</sup> LEFORT, Claude. A imagem do corpo e o totalitarismo. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 145-147.

<sup>105</sup> LEFORT, Claude. A questão da democracia. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 28.

democracia e suas ambiguidades. “Nele, a democracia encontra uma potência adversa, mas que ela carrega também dentro de si mesma”. Em outras palavras, é a partir da refutação que o totalitarismo faz da democracia que as virtudes e características desta se desvelam; ou, se quisermos empregar os termos do autor, é a partir da experiência totalitária que a democracia “atualiza as representações que ela contém virtualmente”. O totalitarismo, enfim, confere sentido à “invenção democrática”.<sup>106</sup>

Se assim o é, podemos assumir, desde logo, não ser cabível reduzir a democracia a um simples sistema de instituições. Parece agora, a propósito, fazer ainda mais sentido caracterizá-la como “forma de sociedade” ou “regime” (no significado destacado no capítulo anterior). E para sermos mais fiéis ao que postula Claude Lefort, é preciso dizer que ela (a democracia) está em oposição, enquanto *mise en forme*, não apenas ao totalitarismo, mas também às monarquias absolutistas do Antigo Regime, nas quais “a sociedade representava para si sua unidade, sua identidade como a de um corpo – corpo que encontrava sua figuração no corpo do rei, ou melhor, se identificava com este, enquanto ele se ligava como à sua cabeça”. Essa “matriz simbólica” foi elaborada na Idade Média, sendo, pois, de origem teológico-política: “a imagem do corpo do rei como corpo duplo, ao mesmo tempo mortal e imortal, individual e coletivo, escorou-se, primeiramente, sobre a do Cristo”.<sup>107</sup> O Antigo Regime, na interpretação que dele faz Lefort, seria composto de um infinito número de pequenos corpos que, para além de fornecerem aos indivíduos suas referências identificadoras, deveriam organizar-se no seio de um grande corpo imaginário do qual o corpo do rei figuraria como réplica garantidora da integridade do regime. No entanto, à diferença do que se passa com o partido ou o *Egocrata* no totalitarismo, o monarca (rei ou príncipe) do *ancien régime*, apesar de condensar em sua pessoa o princípio do poder, o princípio da lei e o princípio do saber, deveria supostamente obedecer a um poder superior; “dizia-se, ao mesmo tempo, desligado das leis e submetido à lei, pai e filho da justiça; detinha a sabedoria mas estava

---

<sup>106</sup> LEFORT, Claude. Prefácio à edição de 1981. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites da dominação totalitária**. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 34-35.

<sup>107</sup> LEFORT, Claude. A imagem do corpo e o totalitarismo. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites da dominação totalitária**. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 149. Vide, para aprofundamento no tema, o estudo clássico de Ernst Kantorowicz: KANTOROWICZ, Ernst H. **Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval**. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

submetido à razão”. Seja como for, o fato é que a revolução democrática explode “quando o corpo do rei se encontra destruído, quando cai a cabeça do corpo político, quando, simultaneamente, a corporeidade do social se dissolve”.<sup>108</sup>

De maneira similar, portanto, ao papel que confere ao totalitarismo, Lefort entende ser de certa maneira impossível conceber as principais virtualidades da democracia sem um exercício comparativo em face do sistema monárquico do Antigo Regime.<sup>109</sup> A singularidade da “invenção democrática” só se tornaria plenamente sensível com essa comparação acerca do estatuto (simbólico) do poder em cada regime. Embora na monarquia o poder do príncipe não fosse ilimitado, ele não deixava de figurar em uma espécie de mediador entre os homens e os deuses, ou, sob o efeito da secularização e do laicismo da atividade política, um mediador entre os homens e as instâncias transcendentais figuradas por uma razão soberana ou por uma justiça soberana. Submetido à lei e ao mesmo tempo acima desta, seu poder indicava – e isto é importante – um polo que repousava sobre um fundamento absoluto, incondicionado, fornecendo os princípios de geração e de ordem da sociedade, ao mesmo tempo em que seu corpo figurava a unidade substancial do reino. Em uma palavra: o poder do príncipe dava corpo à sociedade.

À vista, então, desse modelo de regime é que podemos identificar o traço revolucionário e sem precedentes da democracia: o lugar do poder torna-se um *lugar vazio*. Eis aí uma das metáforas mais iluminadoras de Lefort. E representa o fato de que – independentemente das minúcias dos arranjos institucionais (que são estudadas no plano da ciência política) – o poder, agora, é inapreensível. Mantendo-se *vazio*, só pode ser exercido por meio de procedimentos (protegidos pelo Direito) que possibilitem reajustes periódicos, a impedir que os governantes deles se

---

<sup>108</sup> LEFORT, op. cit., p. 150-152.

<sup>109</sup> O autor resume bem a posição que confere à antiga monarquia no seu argumento: “[...] A singularidade da democracia só se torna plenamente sensível quando se traz à memória o significado do sistema monárquico sob o Antigo Regime. Na verdade, não se trata de voltarmos a algo esquecido, mas sim de recolocar no centro da reflexão o que foi ignorado em razão de uma perda do sentido do político. Com efeito, é no quadro da monarquia, de uma monarquia do tipo particular, desenvolvendo-se originariamente dentro de uma matriz teológico-política, fornecendo ao príncipe um poderio soberano dentro dos limites de um território, tornando-o, ao mesmo tempo uma instância secular e um representante de Deus, que se esboçaram os traços do Estado e da nação, e uma primeira separação entre a sociedade civil e o Estado. Longe de se reduzir a uma instituição superestrutural, cuja função derivaria da natureza do modo de produção, a monarquia, por sua obra de nivelamento e de unificação do campo social e, simultaneamente, por sua inscrição nesse campo, tornou possível o desenvolvimento de relações mercantis e um modo de racionalização das atividades que condicionaram a emergência do capitalismo”. LEFORT, Claude. *A questão da democracia*. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 31-32.

apropriem, incorporem-no. Permanece, contudo, infigurável. Ninguém é consubstancial ao poder. Tornam-se visíveis apenas os mecanismos de seu exercício e os homens – simples mortais – que detêm a autoridade política momentânea.<sup>110</sup>

A implicação mais clara dessa mudança de estatuto do poder é um desintrincamento entre as esferas do poder, do Direito (lei) e do conhecimento (saber). Na exata medida em que o poder deixa de manifestar o princípio gerador e organizador do corpo social, não mais condensando em si as virtudes de uma justiça e de uma razão transcendentes, “o Direito e o saber afirmam-se, face ao poder, através de uma exterioridade e de uma irreducibilidade novas”. As consequências disso são muito importantes, inclusive para o argumento deste trabalho. Uma vez que o poder, em sua materialidade, dissipa-se, uma vez que seu exercício se apresenta temporalmente limitado e subordinado ao conflito das vontades coletivas, a autonomia do Direito brota, mas – o que é marcante e muitas vezes despercebido – esta não consegue fixar-lhe a essência (do Direito). A dimensão de um devir do Direito então se manifesta na democracia, repousando em um debate contínuo sobre seu fundamento e sobre a legitimidade do que é (e deve ser) estabelecido. Processo semelhante ocorre com o saber. A sua autonomia “vai de par com um remanejamento contínuo do juízo crítico acerca dos conhecimentos e uma interrogação sobre os fundamentos da verdade”.<sup>111</sup> Ora, isso tudo é precisamente o que o paradigma pós-fundacionalista está a nos mostrar: a impossibilidade de um fundamento último. Essa característica – além das próprias autonomias do Direito e do saber – é essencial para a manutenção do regime democrático. Não parece arriscado afirmar que a democracia – regime em que o poder está constantemente em busca do seu fundamento – é por excelência a forma de sociedade do paradigma pós-fundacionalista.

Daí que, em Lefort, o reconhecimento político dos direitos humanos não seja um tema qualquer.<sup>112</sup> Tais direitos estão em uma relação umbilical com a democracia,

---

<sup>110</sup> LEFORT, Claude. A questão da democracia. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 32. Esse enunciado do “poder como lugar vazio” será explorado em mais detalhes quando abordada, no capítulo seguinte, a questão do “simbólico”.

<sup>111</sup> LEFORT, Claude. A questão da democracia. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 33.

<sup>112</sup> É bom referir, desde logo, que não desconheço a diferenciação comumente feita pela literatura jurídica entre direitos “do homem” (não escritos), “humanos” (positivados em instrumentos de direito internacional) e “fundamentais” (inscritos em textos constitucionais). Todavia essas expressões serão utilizadas de maneira indistinta aqui. Todas referidas à positivação pelo poder (seja em uma Constituição, seja em um tratado internacional) dos direitos reconhecidamente mais importantes

marcando, também eles, a mutação do político de que falávamos. Andam, portanto, de par com o fenômeno da desincorporação (do poder, do Direito e do saber). Aliás, mais importante para caracterizar a democracia do que a relação de autonomia entre essas esferas, é a circunstância de que a dissociação, notadamente, das instâncias do poder e do Direito – de algum modo já presente desde o princípio do Estado monárquico<sup>113</sup> – qualifica-se pelo próprio fenômeno da desincorporação, acompanhado do desaparecimento do “corpo do rei”. Isso não significa que o poder se torne estranho ao Direito. Essas esferas, desintrincadas, articulam-se entre si, de maneira que a legitimidade do poder não pode ser construída sem recorrer ao Direito. O poder “torna-se mais que nunca o objeto do discurso jurídico e, da mesma maneira, sua racionalidade é mais que nunca examinada”. No entanto, não é possível pretender que o Direito ofereça um fundamento absoluto, imutável ao poder. Estamos no paradigma pós-fundacionalista. O poder, a lei e o saber, desincorporados. Doravante, então, “a noção de direitos do homem dá sinal em direção a um foco indomável; nele o direito vem figurar *vis-à-vis* do poder uma exterioridade indelével”.<sup>114</sup>

É, portanto, todo um outro modo de exterioridade do Direito (e dos direitos fundamentais) em relação ao poder que se instaura com a mutação do político. Já observamos que, na monarquia, o príncipe precisava respeitar direitos, os quais se enraizavam em uma espécie de pacto passado cuja memória ele não tinha a faculdade de abolir. Mas esse pacto de reconhecimento de direitos submetia o príncipe apenas porque se conformava a sua própria natureza, como por um exercício de liberdade sua. Havia, portanto, uma relação de consubstancialidade entre a pessoa do príncipe

---

das pessoas. É como faz Claude Lefort. A propósito, o mais relevante a registrar é que autor constrói sua concepção sobre a natureza e a função dos direitos humanos (ou, sinonimamente, direitos “do homem” ou “fundamentais”) em contraposição a Marx. Ele nega a visão de que os direitos humanos corresponderiam a uma espécie de véu ideológico que operaria uma racionalização das relações injustas de propriedade e de força. No interior do pensamento lefortiano, “esses direitos já não parecem mais formais, destinados a acobertar um sistema de dominação, mas vemos investir-se neles uma luta real contra a opressão. [...] Do mesmo modo, o que deveria suscitar nossas críticas não é tanto o que Marx lê nos direitos do homem, mas o que ele é impotente para aí descobrir. Com efeito, Marx cai e nos joga numa armadilha que em outras ocasiões e para outros fins foi bastante hábil em demonstrar: a da ideologia. Deixa-se aprisionar pela versão ideológica dos direitos, sem examinar o que significam na prática, que reviravolta fazem na vida social. E, por isso, torna-se cego ao que no próprio texto da Declaração aparece à margem da ideologia.” LEFORT, Claude. Direitos do homem e política. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites da dominação totalitária**. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 60 e 67.

<sup>113</sup> Relembremos aqui que o poder do príncipe não era despótico. Tinha uma relação, se não de respeito, pelo menos ambígua com a lei.

<sup>114</sup> LEFORT, Claude. Direitos do homem e política. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites da dominação totalitária**. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 62.

e o Direito, de forma que o seu poder, de fato, desconhecia limites. Ocorre que, com a mutação do político, um novo ancoradouro para o Direito é fixado. Não mais uma justiça transcendente incorporada à pessoa do príncipe, mas agora “o homem” vem a ser o seu porto, positivado, inclusive, em Constituições escritas. Mas o que poderia significar “o homem” como ancoradouro do Direito nas democracias? Em Lefort, isso implica um triplo paradoxo, do qual podem ser tiradas importantes consequências para o sentido do democrático. Será necessária, por sua importância para o argumento, a transcrição literal das três figuras desse paradoxo no pensamento do autor:

Primeira figura do paradoxo: a sociedade é concebida doravante como uma sociedade de homens livres e iguais, sociedade idealmente uma nesse sentido e homogênea. Entretanto, dissemos, para além do enunciado dos direitos naturais e no seu próprio enunciado, uma mutação essencial é indicada, pois essa sociedade revela-se doravante impossível de ser circunscrita, pelo fato de que não poderia se relacionar consigo mesma em todos os seus elementos e representar-se como um só corpo, uma vez que foi privada da mediação de um poder incorporado. Em outras palavras, acham-se reconhecidos modos de existência, modos de atividade, modos de comunicação cujos efeitos são indeterminados; e, pela mesma razão, saem da órbita do poder. Segunda figura do paradoxo: os direitos do homem são enunciados; eles o são como direitos que pertencem ao homem; porém, simultaneamente, o homem aparece através de seus mandatários como aquele cuja essência é enunciar seus direitos. Impossível separar o enunciado da enunciação a partir do momento que ninguém poderia ocupar o lugar, à distância de todos, de onde teria autoridade para outorgar ou ratificar direitos. Assim, os direitos não são simplesmente o objeto de uma declaração, é de sua essência declarar-se. Terceira figura do paradoxo: os direitos do homem aparecem como os dos indivíduos, os indivíduos aparecem como tantos soberanzinhos independentes, cada qual reinando sobre seu mundo privado, como tantas microunidades desfeitas do conjunto social; mas essa representação destrói outra: a de uma totalidade transcendente às suas partes. Leva a descobrir uma dimensão transversal das relações sociais das quais os indivíduos são os termos, mas que conferem a estes sua identidade tanto quanto são produzidas por eles. Por exemplo, o direito de um falar, escrever, imprimir livremente implica o de outro ouvir, ler, conservar e transmitir a coisa impressa. Em virtude do estabelecimento dessas relações, constitui-se uma situação na qual a expressão é suscitada, na qual a dualidade do falar e do ouvir no espaço público é multiplicada em vez de se imobilizar na relação de autoridade ou de se confinar em espaços privilegiados. Mesmo considerando as garantias enunciadas sobre o princípio da segurança, não poderíamos nos ater à ideia de uma proteção do indivíduo. É necessário dizer novamente que se encontram assim postas em xeque a noção de uma sociedade que englobaria, ou melhor, incluiria os homens como membros e a de um órgão que decidiria sobre seus próprios movimentos. Mais uma vez encontra-se desfeita a imagem de uma absorção do particular pelo espaço social.<sup>115</sup>

A principal decorrência desse paradoxo triplo é a de que os direitos humanos,

---

<sup>115</sup> LEFORT, Claude. Direitos do homem e política. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 73-74.

apesar de direcionarem o Direito à busca de sua fundamentação, só lhe proveem um fundamento necessariamente disputável e, por isso, instável. Esses direitos, em regimes democráticos, furtam-se a todo poder que pretenda apoderar-se de seu fundamento (ou deles próprios), seja qual for a natureza desse poder: religioso, monárquico ou mesmo popular. “Consequentemente, há neles [nos direitos fundamentais] excesso face a toda formulação efetivada: o que significa ainda que sua formulação contém a exigência de sua reformulação ou que os direitos adquiridos são necessariamente chamados a sustentar direitos novos”.<sup>116</sup> Em suma, não são circunscritos *na* sociedade; seus efeitos não são empiricamente localizáveis, tampouco controláveis.<sup>117</sup> Aqui novamente a ideia de uma dimensão simbólica (a ser

---

<sup>116</sup> Creio ser possível aproximar essa ideia de “excesso” de sentido dos direitos fundamentais em face de sua positivação da noção de instituição (da relação instituído/instituente) em Merleau-Ponty. É interessante o modo como esse fenomenólogo aborda, por exemplo, os excessos de uma obra de arte sobre o que instituído pelo seu artista, o que nos leva à aproximação com Lefort sugerida: “A instituição visível não é senão o suporte de um espírito da instituição, certamente não imutável [...], porém é nele que a mudança mesma é reação do acontecimento sobre o instituído. O instituído é necessário para que haja registro aberto, história. O mesmo sucede com a instituição de uma obra. Não se cuida de uma significação fechada: ou, se há uma, altera-se no caminho. Há um vazio no escritor ou no pintor antes de começar. É escrevendo ou pintando que o artista se encontra. Não por relações associativas de linguagem ou cores. Mas à medida que o livro avança se encontram consonâncias. Ocorre que a vista parcial era a vista total. Contudo esse projeto silencioso só se conhece por suas realizações parciais (em tal capítulo). Um livro é uma série de instituições e traz à tona o fato de que toda instituição tende à série. Daí a impressão de que o livro se faz a si mesmo. A significação ‘total’, o que quer dizer? Esta só existe ao infinito, como soma de encontros de outros espíritos com a obra. Mas a instituição tem, sem embargo, sentido interno e só apresenta sentido externo em razão de seu sentido interno. Mas compreendido, porém compreendido. Tal sentido interno induz justamente ao sentido externo porque está aberto, porque é distância em relação a uma norma de sentido, *diferença*. É esse sentido como distância, deformação, que é próprio à instituição”. (tradução nossa). (MERLEAU-PONTY, Maurice. **La institución**. La pasividad: notas de cursos em el Collège de France (1954-1955). Trad. Mariana Larison. Barcelona: Anthropos, 2012. p. 10-11). É elucidativa, para pensar o extrapolamento do sentido dos direitos nessa relação instituinte/instituído, a interpretação de Chauí acerca dessas reflexões merleau-pontyanas: “O ponto de partida do artista, do escritor, do pensador ‘é um vazio’ no núcleo do instituído, uma ausência que somente o fazer da obra pode preencher; porém, porque toda obra é abertura de um campo ilimitado ou significação aberta, só pode ser experimentada como falta – pedindo outras obras – e como excesso – suscitando outras obras –, e por isso mesmo toda obra pede um porvir, exigindo o futuro não como *telos*, mas como restituição instituinte do passado. Graças à instituição compreendemos, enfim, por que a história das obras de arte e de pensamento não é uma história empírica de eventos, nem uma história racional-espiritual de desenvolvimento ou progresso linear, mas uma história de *adventos*. Se o tempo for tomado como sucessão empírica e escoamento de instantes, ou se for tomado como forma *a priori* da subjetividade transcendental, que organiza a sucessão num sistema de retenções e protensões, não haverá senão a série de eventos. O evento fecha-se em sua diferença empírica ou na diferença dos tempos, esgota-se ao acontecer. O advento, porém, é o excesso da obra sobre as intenções significadoras do artista; é aquilo que sem o artista ou sem o pensador não poderia existir, mas é também o que eles deixam como ainda não realizado, algo excessivo contido no interior de suas obras e experimentado como falta pelos que virão depois deles e que retomarão o feito através do não-feito, do por-fazer solicitado pela própria obra”. CHAUI, Marilena. Merleau-Ponty: da constituição à instituição. **Revista Dois Pontos**: revista dos Departamentos de Filosofia da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Federal de São Carlos, v. 9, n. 1, p. 178, 2012.

<sup>117</sup> LEFORT, Claude. Direitos do homem e política. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os

vista) que extrapola o sentido instituído desses direitos. Lefort é um filósofo político. Não pensa, portanto, os direitos humanos como jurista nem como moralista. Tampouco pretender oferecer uma contribuição ao debate entre positivismo e jusnaturalismo acerca da caracterização dessas posições jurídicas. Suas análises sobre o Direito funcionam como um prolongamento de sua interpretação da democracia. Se a democracia é, ao mesmo tempo, uma forma de sociedade e um modo de exercício do poder, os direitos fundamentais funcionam como seus princípios de formalização, os quais regulam a maneira em que, no ambiente democrático, os indivíduos se relacionam entre si. O princípio da igualdade política é um desses princípios essenciais para a constituição de um espaço público no qual o sentido dos direitos é colocado em disputa. No entanto, essa constatação não nos leva a concluir que os direitos humanos devem a sua existência à (ou se arraigam na) essência de cada indivíduo. As pessoas gozam desse status jurídico privilegiado enquanto membros de uma sociedade democrática. À falta dessas garantias fundamentais do homem, a própria democracia se desmoronaria. Em Lefort, as liberdades, por exemplo, de pensamento, de reunião ou de expressão não são atributos do indivíduo por si mesmo. Elas são constitutivas de uma espécie de “liberdade de relação”, ou seja, são qualificativos do espaço público democrático, de modo que atentar contra elas não é apenas violar direitos individuais, mas – mais do que isso – colocar em risco o regime democrático mesmo.<sup>118</sup>

Consideradas essas características dos direitos fundamentais, bem assim o fato de que não só estão postos como referência última do jurídico, mas figuram como “princípios geradores da democracia”,<sup>119</sup> o Direito próprio a regimes democráticos encontra-se fatalmente destinado ao questionamento, submetido ao teste constante das (novas) reivindicações dos atores sociais, que disputam pelo seu melhor sentido. “Ora, ali onde o direito está em questão, a sociedade, entenda-se a ordem estabelecida, está em questão”.<sup>120</sup> Muito embora o Estado de Direito sempre tenha implicado a possibilidade de uma oposição ao poder (oposição essa fundada no

---

limites da dominação totalitária. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 74.

<sup>118</sup> Vide: POLTIER, Hugues. **Claude Lefort**: el descubrimiento de lo político. Trad. Heber Cardoso. Buenos Aires: Nueva Visión, 2005. p. 80-81.

<sup>119</sup> Assim o afirma textualmente Claude Lefort (Ibid., p. 76).

<sup>120</sup> LEFORT, Claude. Direitos do homem e política. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 74.



Direito), o Estado Democrático excede os limites que lhe foram tradicionalmente atribuídos. A democracia experimenta direitos ainda não incorporados; “é o teatro de uma contestação cujo objeto não se reduz à conservação de um pacto tacitamente estabelecido, mas que se forma a partir de focos que o poder não pode dominar inteiramente”.<sup>121</sup> Os direitos do homem não podem ser vistos, então, dissociados do político. Nada de rigoroso sobre eles pode ser dito se não nos debruçarmos sobre sua natureza política; da mesma forma, não é possível avançar sobre a caracterização do político sem colocar em jogo uma ideia de coexistência humana (mediada pelos direitos).<sup>122</sup> Essa espécie de simbiose entre direitos fundamentais e democracia, participando os dois de uma aventura que coloca a sociedade à prova de sua própria instituição, parece ser uma chave diferente para pensar as relações entre constitucionalismo e democracia, mormente naquilo que se convencionou chamar, no

---

<sup>121</sup> Talvez não fosse preciso o registro, mas aqui não há nenhum tipo de ingenuidade na defesa que faz Lefort dos direitos humanos. Ele mesmo, aliás, apressa-se em – no mesmo local – enfatizá-lo: “É necessário precisar que nada nessas observações invalida as críticas justamente levantadas contra a aplicação de fato dos direitos do homem – mais geralmente contra a elaboração de fato das leis que pretensamente neles se inspiram – ou mesmo contra a representação que leva a acreditar numa liberdade e numa igualdade que valeriam para todos, para além dos acidentes da vida social. Enquanto essas críticas se exercem sobre o terreno dos fatos, atingem sua finalidade, quer denunciem os vícios da legislação nesse ou naquele campo, as iniquidades no funcionamento da justiça, opondo-se aos interesses e à paixões que as comandam, quer desmontem os mecanismos graças aos quais a opinião é manipulada ou fabricada, quer mostrem como a sacralização da propriedade é eficaz para mascarar a oposição do Capital e do Trabalho” Ibid., p. 75.

<sup>122</sup> Mais uma vez, vale invocar Poltier, que parece ilustrar adequadamente o pensamento lefortiano no que pretende dar conta da relação direitos humanos/democracia: “[...] Proclamar esses direitos implica necessariamente, ao mesmo tempo, a postulação de uma exigência política: que esse Estado ou, se se prefere, seus dirigentes reconheçam que não se ajustam aos princípios de direito e que, em consequência, abandonem suas pretensões de definir a legalidade segundo seu desejo. Dessa maneira, o que estabelece essa análise dos direitos do homem é que estes são intrinsecamente políticos, que, sem dúvida, seriam inclusive melhor definidos se os chamássemos de ‘direitos do espaço democrático’. O espaço público democrático é, pois, inseparável dos direitos do homem, da mesma maneira que os direitos do homem não podem desenvolver-se senão na democracia. De maneira que toda apelação aos direitos do homem é, de fato, necessariamente uma apelação à democracia e assim reciprocamente. Os direitos do homem definem a forma legítima que devem adotar as relações humanas e essa forma tem, intrinsecamente, um alcance político. Para expressá-lo de maneira esquemática, um poder não pode, por um lado, conceder os direitos do homem como uma sorte de *ersatz* e, por outro, conservar para si o essencial do poder. De maneira oposta, a instauração de um poder disposto a abolir os direitos do homem em razão de que se tratam de ‘direitos burgueses’ desemboca na instauração de um poder totalitário. Esses dois movimentos – abolição dos direitos do homem e instauração do poder totalitário – resultam indissociáveis. Isso porque esse poder só pode impor-se ao preço de uma proibição sistemática de todas as manifestações de autonomia da sociedade civil ou, o que é o mesmo, do intento de absorção dessa última por parte do Estado. E, por outro lado, seu intento só pode ‘realizar-se’ com a condição de rechaçar com toda energia a legitimidade desses direitos desde o ponto de vista do socialismo. Dessa maneira, povo-Uno, terror e desconhecimento dos direitos do homem revelam pertencer essencialmente à lógica do totalitarismo. Daí a insistência de Lefort em destacar o alcance político dos direitos do homem: resultam indissociáveis da democracia”. (tradução nossa). POLTIER, Hugues. **Claude Lefort**: el descubrimiento de lo político. Trad. Heber Cardoso. Buenos Aires: Nueva Visión, 2005. p. 81-82.

campo jurídico, de “contramajoritarismo”. A especial relação entre ambos configurará uma parte importante do pano de fundo da defesa a ser feita da ideia de legitimidade reflexiva das cortes constitucionais. É interessante notar que o efeito transgressor dos direitos do homem – no qual residiria seu caráter contramajoritário – é, nessa compreensão, conatural à incerteza que caracteriza o regime democrático.

Com efeito, falar em “incerteza democrática” é colocar-se novamente diante do poder enquanto “lugar vazio”. Poder, portanto, desligado do corpo, de maneira que aqueles que o exercem (“simples mortais”) fazem-no apenas temporariamente. Além disso, “não há lei que possa se fixar cujos enunciados não sejam contestáveis, cujos fundamentos não sejam suscetíveis de serem repostos em questão”. Não há unidade que consiga apagar a divisão social. A experiência democrática é, em certo sentido, indomesticável, inapreensível. Funda-se na legitimidade do debate sobre o legítimo e o ilegítimo. Nela, o povo é, sim, dito soberano, mas não cessa de questionar sua identidade, que permanece latente. O totalitarismo, então, não deixa de ser concebido como uma tentativa de dar resposta aos paradoxos que a democracia nos coloca, de “resolver” a indeterminação radical que a sociedade democrática instaura.<sup>123</sup> Indeterminação essa que resulta da institucionalização do conflito, de resto irredutivelmente ínsito à sociedade, simbiótico ao político. Há uma relação notável entre a competição pelo exercício do poder e o conflito na sociedade. A legitimação, pois, do conflito político contém em si o princípio que legitima o conflito social sob todas as suas formas.

Isso tudo não quer significar, por outro lado, que não possamos falar em

---

<sup>123</sup> É a experiência de uma sociedade em si inapreensível. O autor enfatiza então que ela (essa sociedade) não deixa – é claro – de suscitar “um discurso múltiplo que tenta apreendê-la e que, nesse sentido, emerge como objeto pelo fato mesmo de não ser mais impressa na ordem da natureza ou numa ordem sobrenatural”. Ele ainda escreve uma interessante passagem acerca dessa característica da sociedade democrática em face do ímpeto burguês de, em um primeiro momento, tentar resistir a uma temida decomposição do social pela incerteza que doravante o caracterizaria: “Mas me parece notável que o discurso que pode ser imputado à ideologia burguesa se exerça, nos primeiros tempos da democracia, resistindo à ameaça de uma decomposição da sociedade como tal. As instituições, os valores proclamados – a Propriedade, a Família, o Estado, a Autoridade, a Pátria, a Cultura – são apresentados como muralhas contra a barbárie, contra as forças desconhecidas de fora que podem destruir a Sociedade, a Civilização. A tentativa de sacralização das instituições pelo discurso é comensurável à perda da substância da sociedade, da derrota do corpo. O culto burguês da ordem, que se sustenta com a afirmação da autoridade, com suas múltiplas figuras, com o enunciado das regras e das justas distâncias entre os que ocupam a posição do senhor, do proprietário, do homem cultivado, do homem civilizado, do homem normal, adulto, face ao *outro*, todo esse culto testemunha uma vertigem perante a voragem de uma sociedade indefinida”. LEFORT, Claude. A imagem do corpo e o totalitarismo. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 150-151.

“unidade” ou em “identidade” na sociedade democrática. O próprio arranjo da cena política faz com que a divisão surja como constitutiva da unidade (unidade que ocorre, porém, no plano simbólico). É necessário deixar claro esse ponto: ao colocar em xeque a representação da sociedade como totalidade orgânica (inerente à matriz simbólica do Antigo Regime), o regime democrático – a sua maneira – não deixa de ostentar uma identidade (e uma correlata unidade). Como nos diz Lefort: “o desaparecimento da determinação natural, antes vinculada à pessoa do príncipe [...], faz com que a sociedade emergja como puramente social, de sorte que o povo, a nação, o Estado erigem-se enquanto entidades universais [...]”. Assim, se, de uma parte, efetivamente servem como referenciais para os cidadãos e os grupos sociais, de outra, “nem o Estado, nem o povo, nem a nação, figuram como realidades substanciais”. A sua representação está também na dependência de um discurso político, discurso esse – sem dúvida – constitutivo do social, mas, como é próprio em uma democracia, de sentido disputável. Essas circunstâncias levam Lefort a redigir uma de suas provavelmente mais iluminadas passagens, na qual ilustra o grande paradoxo da democracia ao abordar o que representa, nesse regime, a instituição do sufrágio universal: “Precisamente quando a soberania popular deve se manifestar, o povo atualizar-se exprimindo sua vontade, são desfeitas as solidariedades sociais, o cidadão se vê subtraído de todas as redes nas quais se desenvolve a vida social para ser convertido em uma unidade para o cômputo”. Isso o leva a afirmar que, no momento mais representativo da democracia, na eleição, a substância acaba sendo substituída pelo número. Ele não está tentado demonstrar com isso – como talvez pudesse parecer a uma visão menos cuidadosa – a existência de uma deficiência ou de uma fraqueza na democracia. Ao enfatizar que a instituição que supostamente deveria fazer o povo falar em uma só voz acaba por, bem ao invés disso, acarretar a desintegração do seu corpo, Lefort quer indicar que, na forma democrática de sociedade, sua identidade e sua unidade devem ser buscadas no plano eminentemente simbólico (objeto do próximo capítulo, como dito).<sup>124</sup> Nada, aliás, talvez dê conta melhor do que está no epicentro da democracia: a circunstância de que ela se institui e se mantém “pela dissolução dos marcos de referência da certeza”. Circunstância essa que inaugura uma história na qual os homens estão à prova não apenas de uma indeterminação última quanto ao fundamento do poder, da lei e do

---

<sup>124</sup> Nessa perspectiva, vide: NÄSSTRÖM, Sofia. Representative Democracy as Tautology. Ankersmit and Lefort on representation. **European Journal of Political Theory**, [S.l.], v. 5, n. 3, p. 333, 2006.

saber, mas também “quanto ao fundamento da relação de *um* com o *outro*, sob todos os registros da vida social [...]”.<sup>125</sup> Diríamos, pois, em termos lefortianos, que a “invenção democrática” inaugura uma “democracia como incerteza”.

A essa altura é preciso fazer um registro, sob pena de tardar sua apresentação. Muito embora não seja a intenção deste trabalho abordar a importante e sofisticada interpretação que Lefort faz do pensamento de Nicolau Maquiavel, em obra para a qual dedicara nada menos do que quinze anos (*Le Travail de l'oeuvre Machiavel*),<sup>126</sup> é fato que suas concepções de divisão originária da sociedade e de um poder que busca representar/encenar uma unidade social são devidas, em grande medida, aos clássicos produzidos pelo escritor florentino. Desde esse marco, Lefort coloca no centro da ideia de político a irredutibilidade do conflito entre os cidadãos, contrastando a disputa maquiaveliana entre nobres e povo (sob a mediação do poder do príncipe) com concepções políticas mais antigas, fundadas nas ideias de união e de indivisão sociais pressupostas nas imagens do bom regime e da boa sociedade, plenamente reconciliada consigo mesma. Em Maquiavel, a montagem do imaginário da indivisão levava à imagem do governante virtuoso (no sentido ético da expressão, ou seja, daquele líder que promoveria a união social em uma bela totalidade, conduzindo, como que miticamente, a sociedade a um bom porto). A essa imagem, por sua vez, veio a agregar-se a ideia do poder incorporado, ou seja, do poder inscrito em um corpo, o corpo do rei, portador da identidade entre o poder, a lei (o Direito) e o saber (o conhecimento). Daí que – como vimos – a revolução democrática acontece “quando a imagem da boa sociedade una e indivisa e a do poder incorporado se esfacelam sob os efeitos concretos da divisão social e com o surgimento de um sujeito político desprovido de corpo, o povo, desfazendo a identidade entre o poder, o saber e a lei”.<sup>127</sup>

Lefort capta bem a originalidade do pensamento maquiaveliano, no interior do qual a vida social aparece como um inexorável campo de forças, devendo o governante ser capaz de equilibrá-las, ora satisfazendo o interesse de uns, ora de outros, de modo que todos tenham seu desejo em parte – mas nunca totalmente –

---

<sup>125</sup> LEFORT, Claude. A questão da democracia. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 34.

<sup>126</sup> Está sendo consultada para este texto a tradução espanhola da obra de Lefort sobre o pensamento maquiaveliano: LEFORT, Claude. **Maquiavelo**: lecturas de lo político. Trad. Pedro Lomba Falcón. Madrid: Trotta, 2010.

<sup>127</sup> CHAUI, Marilena. Prefácio. In: OLIVEIRA, Luciano. **O enigma da democracia**: o pensamento de Claude Lefort. Piracicaba: Jacintha, 2010. p. 11-12.

realizado. Em outras palavras, Maquiavel coloca o conflito na base do político, estruturante, portanto, da sociedade, uma vez que insuperável. Lefort admite expressamente o benefício que obteve com o estudo aprofundado das obras de Maquiavel. Para o filósofo político francês, a questão da divisão social como constitutiva da sociedade política (e, portanto, inevitável) é um tema central, como adiantado.<sup>128</sup> É nesse ponto – na ideia de inerradicabilidade da disputa – que Lefort vê superioridade do pensamento do florentino sobre o de Marx, por exemplo, para quem as divisões acabariam sendo suprimidas em um estado final e elevado da sociedade. Bem ao contrário, Maquiavel vê produtividade na manutenção do conflito em uma república. Mas não se trata de uma divisão “de fato”, uma divisão que resultaria de uma necessidade natural surgida, por exemplo, da escassez dos bens. Na perspectiva maquiaveliana, a sociedade está sempre dividida entre os que querem dominar e os que não querem ser dominados. Não é – vale insistir nisso – uma divisão fática, contingente, produzida acidentalmente. A sociedade se relaciona consigo mesma na divisão. Os dois humores ou desejos antagônicos (opressão e resistência) não são estranhos um ao outro. A cidade forma um todo, tendo uma representação de si mesma em virtude da divisão primeira. E, nesse cenário, apenas quando o povo é forte, reivindicativo, é que o apetite dos grandes pode ser contido. A liberdade da república – com leis que a garantam – está fundada precisamente na resistência contínua dos oprimidos. Há uma relação fecunda entre lei, conflito e resistência à opressão.<sup>129</sup>

---

<sup>128</sup> LEFORT, Claude. **Maquiavelo**: lecturas de lo político. Trad. Pedro Lomba Falcón. Madrid: Trotta, 2010. p. 567.

<sup>129</sup> “O povo não é, portanto, uma entidade positiva e a liberdade não é definível em termos positivos. A liberdade está ligada à negatividade, no sentido de que implica o rechaço à dominação. Tal é, a meu modo de ver, um dos aspectos fundamentais da argumentação de Maquiavel que, ademais, já se faz sensível em *O Príncipe*: quando a lei é decadente, quando já não há possibilidade de viver em República, é necessário que o príncipe restitua uma transcendência à Cidade encarnando a ‘majestade do Estado’; que faça crer em uma autoridade por cima de todos. Essa tarefa só pode ser cumprida apoiando-se no povo, pois se não aparece mais que como *primus inter pares* sempre estará ameaçado pelos Grandes. [...] Maquiavel, a quem a posterioridade imputa uma idealização de Roma, realiza, ao invés, um exame crítico dos princípios da República romana que rompe com a mitologia dos humanistas do século precedente. Toma Tito Livio como guia, porém, sob o nome dessa autoridade comumente respeitada, introduz uma interpretação que dele o aparta. A grandeza de Roma não se mostra nem nos signos da união do povo, nem nos signos da virtude e da sabedoria do Senado, tão queridos por seus predecessores. Estes viam a causa da destruição da República nos distúrbios provocados pelos Gracos e o desenvolvimento de facções. Maquiavel responde: ‘Creio que os que condenam os tumultos entre os nobres e a plebe atacam o que foi a causa principal da liberdade em Roma, fixam-se mais nos ruídos e nos gritos que nasciam desses tumultos do que nos bons efeitos que produziram, e não consideram que em toda república há dois humores diferentes: o dos Grandes e o do povo, e todas as leis que se fazem em prol da liberdade nascem da desunião entre ambos. E acrescenta, seguindo o mesmo espírito: ‘Os desejos dos povos livres

Essas reflexões sobre a divisão originária, a incerteza democrática, a separação entre lei, poder e saber são pensadas levando em conta o âmbito instituinte *do político*. Isso é, em grande medida, “pensar o político”, na fenomenologia de Lefort. Ainda que não tenhamos a possibilidade de delimitá-lo, conhecê-lo, enfim, apreendê-lo objetivamente (refiro-me aqui *ao político*), não nos é impossibilitado movimentar o pensamento em direção à “carne” do social, local em que *a política* e *o político* ao mesmo tempo se entrecruzam e se distinguem. Esse movimento é proposto pelo autor francês quando coloca a si próprio a indagação sobre a possibilidade de articulação entre pensamento filosófico e crença política ou entre filosofia e experiência democrática. Para refletirmos a partir dessa matriz seria necessário passar de um pensamento “do corpo” para um pensamento “da carne”, tal como o fizera Merleau-Ponty, que, segundo Lefort, utilizara-se desse criativo expediente para, paralelamente, liberar-se da atração por um modelo comunista, redescobrando a indeterminação da história e do ser do social.<sup>130</sup> “Carne” é, de fato, um conceito de extração merleau-pontyana, um tanto especulativo,<sup>131</sup> e que não poder ser plenamente equiparado ao

---

raramente são danosos à liberdade, porque nascem, ou por se sentirem oprimidos, ou por suspeitarem que podem chegar a tanto’. *Humores, desejos*, essas palavras têm o poder singular de evocar a *vida* de uma sociedade, não formam parte da linguagem nobre da razão. Evocam a ideia de uma força que vem de baixo, que resiste à opressão, que só a república pode ceder passo quando cumpre sua razão de ser: dar figura à liberdade política; isso é o que, por si só, dá um significado novo ao republicanismo. [...] A liberdade está ligada ao desejo do povo não porque este seja bom, mas porque esse desejo, quando pode expressar-se, rompe com a lógica da apropriação. Assim é como Maquiavel pode retomar, ao mesmo tempo, a linguagem humanista sobre a virtude, os bons costumes, a boa educação, as boas leis e submetê-los a uma notável distorção: ‘Não se pode, de modo algum, chamar de desordenada uma república na qual existiram tantos exemplos de virtude, pois os bons exemplos nascem da boa educação, a boa educação das boas leis e as boas leis dessas diferenças internas que muitos desconsideram ou condenam. Não há nenhum fetichismo da virtude, da educação, da lei; estas só têm sentido em uma sociedade efervescente na qual a definição do bem, da justiça, da legitimidade está sempre em questão e na qual os imperativos da conservação se combinam com os da inovação. [...] A melhor república não acaba com o problema do político. Distingue-se mais por um abandono tácito da ideia de solução, pela acolhida que faz da divisão e, por efeito desta, da mudança; e, ao mesmo tempo, pelas oportunidades que oferece à ação’. LEFORT, Claude. **Maquiavelo**: lecturas de lo político. Trad. Pedro Lomba Falcón. Madrid: Trotta, 2010. p. 569-577.

<sup>130</sup> LEFORT, Claude. A questão da democracia. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 36.

<sup>131</sup> É possivelmente não maturado, porque trazido no bojo de obra inacabada do autor, postumamente publicada (MERLEAU-PONTY, Maurice. **O visível e o invisível**. Trad. José Artur Gianotti e Armando Mora d’Oliveira. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000). Tanto no prefácio a esse livro quanto no respectivo posfácio, Lefort faz questão de marcar o fato de que o texto se trata mais bem de uma introdução, o que, contudo, não lhe retira a capacidade de suscitar temas importantes para interrogações acerca do paradigma de pensamento filosófico no qual Merleau-Ponty se inseria. A obra, pois, nos dá muito a pensar. Nas exatas palavras de Lefort: “E, de fato, tal é a função das cento e cinquenta páginas manuscritas às quais se acha reduzido o *Visível e o Invisível*: introduzir. Trata-se de dirigir o leitor para um domínio que os seus hábitos de pensamento não tornam imediatamente acessível. Trata-se, notadamente, de persuadi-lo de que os conceitos fundamentais

“ser”, muito menos ao “ente”. A carne do mundo equivale àquilo que possibilita aos “seres serem”, isto é, uma espécie de “estrutura”<sup>132</sup> do ser. Merleau-Ponty a categoriza – provavelmente à falta de melhor expressão na tradição – como um “elemento”. Nem matéria, nem espírito, nem substância, o filósofo utiliza o termo “elemento” no sentido em que empregado para designar água, ar, terra ou fogo, no sentido, pois, de uma “*coisa geral*, meio caminho entre o indivíduo espaço-temporal e a ideia, espécie de princípio encarnado que importa um estilo de ser em todos os lugares onde se encontra uma parcela sua”. A carne não deixa de ser facticidade, possibilitando que “os fatos sejam fatos”, mas também é, simultaneamente, “o que faz com que tenham sentido, que os fatos parcelados se disponham em torno de ‘alguma coisa’”.<sup>133</sup>

Com a noção de *chair* (carne), Merleau-Ponty parece ter pretendido articular um fundo transcendental – de natureza ontológica – composto pelas figuras complementares de *chiasme* (quiasmo), *réversibilité* (reversibilidade) e *écart* (distância, afastamento).<sup>134</sup> Essas noções são empregadas por Martín Plot, em

---

da filosofia moderna – por exemplo, as distinções entre o sujeito e o objeto, entre o fato e a essência, entre o ser e o nada, as noções de consciência, de imagem, de coisa – de que se faz uso constante já implicam numa interpretação singular do mundo e não podem pretender a uma dignidade singular quando nosso propósito é justamente repor-nos em face da experiência, para nela buscar o nascimento do sentido.” Ibid., p. 257-258.

<sup>132</sup> O próprio termo “estrutura” tem um sentido importante em Merleau-Ponty, notadamente em sua obra de início de carreira (MERLEAU-PONTY, Maurice. **A estrutura do comportamento**. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2006). A estrutura – à qual voltaremos, mesmo que brevemente, quando da análise do “simbólico” em Lefort – seria “uma maneira nova de ver o ser” (frase que Marilena Chaui atribui ao próprio Merleau-Ponty, dita em colóquio sobre o termo “estrutura”, ocorrido em 1959; confira-se: CHAUI, Marilena. A noção de estrutura em Merleau-Ponty. In: CHAUI, Marilena. **Experiência do pensamento**: ensaios sobre a obra de Merleau-Ponty. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 197 e 217.

<sup>133</sup> MERLEAU-PONTY, Maurice. **O visível e o invisível**. Trad. José Artur Gianotti e Armando Mora d'Oliveira. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 136. Marilena Chaui, em livro dedicado a interpretar o pensamento de merleau-pontyano, ajuda-nos a esclarecer o conceito de carne: “Merleau-Ponty declara em algumas passagens de *Le visible et l'invisible* que se endereça a uma experiência para a qual não há nome na filosofia tradicional, embora seja nomeada em todas as línguas (caso contrário, a filosofia merleau-pontiana seria inauguração absoluta). Trata-se da experiência da simultaneidade de presença e ausência, visibilidade e invisibilidade, perfeição e inacabamento, totalidade e abertura, tecido conjuntivo e diferenciado do mundo, experiência que foi sempre recalcada pela filosofia que não podia, então, nomeá-la. É ela que Merleau-Ponty nomeia como *carne* ou *quiasma*, procurando assim, para a primeira, um equivalente na velha palavra ‘elemento’ – água, ar, terra, fogo – e, para o segundo, uma figura de linguagem – o entrecruzamento”. CHAUI, Marilena. **Experiência do pensamento**. In: CHAUI, Marilena. **Experiência do pensamento**: ensaios sobre a obra de Merleau-Ponty. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 44-45.

<sup>134</sup> Essas ideias conectadas ao conceito de “carne” aparecem tanto no corpo da obra póstuma de Merleau-Ponty como em “notas de trabalho” publicadas ao fim do texto. Torno a dizer, contudo, que não é – nem poderia ser, dados os limites deste trabalho – minha intenção desenvolver o pensamento merleau-pontyano minuciosamente. Estou apresentando alguns poucos recintos de seu imenso edifício filosófico, sem, obviamente, a intenção de problematizá-los, na medida em que isso possa ser necessário ou mesmo útil para uma boa compreensão do pensamento de Lefort. Transcrevo, portanto, os seguintes trechos de *Le Visible et l'Invisible* para essa finalidade: “Ao

interessante estudo, para pensar a democracia e a política (ou melhor, *o político*). Para ele, o mundo – apontado por Merleau-Ponty – no qual coexistimos e entrecruzamos nossos pontos de vista implica que, para *sermos* autenticamente, devemos ter o poder de descentrar-nos uns aos outros, de opor nosso centro ao outro e vice-versa. Esse seria o poder do conflito que se produziria sob o pano de fundo da pluralidade do “ser carne do social”. É o quiasmo, que enseja uma mediação através de uma reversão, não havendo simplesmente uma antítese entre o “ser para-si” e o “ser para-o-outro”, mas uma espécie de ser intercorporal que os engloba. “E esse ser também é o social, dado que esse mesmo ser não é nem sujeito nem objeto, mas tecido conectivo – carne – associado à comunicação intersubjetiva que se torna o quiasmo da carne social”. Mais precisamente, o que os atores sociais compartilham não é tanto a forma, mas o elemento da sociedade. Ambos – pessoas e sociedade – estão compostos desse

---

falamos de carne do visível, não pretendemos fazer antropologia, descrever um mundo recoberto por todas as nossas projeções, salvo o que possa estar sob a máscara humana. Queremos dizer, ao contrário, que o ser carnal, como ser das profundidades, em várias camadas ou de várias faces, ser de latência e apresentação de certa ausência, é um protótipo do Ser, de que nosso corpo, o sensível sentiente, é uma variante extraordinária, cujo paradoxo constitutivo, porém, já está em todo visível [...]. Se pudermos mostrar que a carne é uma noção última, que não é união ou composição de duas substâncias, mas pensável de per si, se há uma relação do visível consigo mesmo que me atravessa e me transforma em vidente, este círculo que não faço mas que me faz, este enrolamento do visível no visível pode atravessar e animar tanto os outros corpos como o meu. [...] O que significa que cada visão monocular, cada palpação de uma única mão, embora tenha seu visível e seu tangível, está ligada à outra visão, à outra palpação, de modo a realizar com elas a experiência de um único corpo diante de um único mundo, graças a uma possibilidade de reversão, de reconversão de sua linguagem na delas, possibilidade de reportar e de revirar segundo a qual o pequeno mundo privado de cada um não se justapõe àquele de todos os outros mas é por ele envolvido, colhido dele, constituindo, todos juntos, um Sentiente em geral, diante de um Sensível em geral. [...] A carne (a do mundo ou a minha) não é contingência, caos, mas textura que regressa a si e convém a si mesma. Nunca verei minhas retinas, mas estou absolutamente certo de que *alguém* encontrará no fundo de meus globos oculares essas membranas embaciadas e secretas. [...] Mas, como o quiasma dos olhos, esse é também o que faz com que pertençamos ao mesmo mundo – um mundo que não é projetivo, mas que realiza a sua unidade através das impossibilidades tais como a de *meu* mundo e do mundo do outro. Essa mediação pela ruína, este quiasma fazem com que não haja simplesmente antítese para-Si para-Outro, que haja o Ser como contendo tudo isso, de início como Ser sensível e em seguida como Ser sem restrição. [...] Reversibilidade: o dedo da luva que se põe ao avesso – Não há necessidade de um espectador que esteja *dos dois lados*. Basta que, de um lado, eu veja o avesso da luva que se aplica sobre o direito, que eu toque um por meio do outro (dupla ‘representação’ de um ponto ou plano do campo), o quiasma é isto: reversibilidade. É somente através dela que há passagem do ‘Para Si’ ao Para Outrem. Na realidade, não existimos nem eu nem o outro como positivos, subjetividades positivas. São dois antros, duas aberturas, dos palcos onde algo vai acontecer – e ambos pertencem ao mesmo mundo, ao palco do Ser. [...] É que a *reversibilidade* não é *identidade* atual do tocante e do tocado. É sua identidade de princípio (sempre falhada). Não é, contudo, idealidade, porque o corpo não é simplesmente um visível de fato entre os visíveis, é visível-vidente, ou olhar. Dito de outro modo, o tecido de possibilidades que encerra o visível exterior sobre o corpo vidente mantém entre eles certo *afastamento*. Mas esse espaço não é um *vazio*, está cheio precisamente pela carne como lugar de emergência de uma visão passividade que leva consigo uma atividade – e, do mesmo modo, afastamento entre o visível exterior e o corpo que constitui o enchimento do mundo”. MERLEAU-PONTY, Maurice. **O visível e o invisível**. Trad. José Artur Gianotti e Armando Mora d’Oliveira. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 132-133, 136-138, 142, 199-200, 237 e 243.



mesmo elemento, a carne, mas não estão conformadas ou estruturadas da mesma maneira. “Os humanos decidem com suas cabeças. As sociedades, quando são democrático-políticas, reinstituem permanentemente o lugar da decisão”. O lugar da decisão, em regimes democráticos que adotam o princípio da separação dos poderes da República, ora está no Poder Legislativo, ora no Poder Judiciário e ora do Poder Executivo. E mesmo aquelas democracias que não se baseiam em uma ideia forte de divisão de poderes operam dessa maneira (pela constante reinstituição do lugar de decisão). O próprio mecanismo das eleições periódicas possibilita regulares mudanças de composição do cenário político, a impedir o fenômeno da consubstancialização do poder. (tradução nossa).<sup>135</sup>

A sociedade, portanto (e ainda com Plot), realiza sua reversibilidade através da pluralidade de capacidades que os sujeitos sociais possuem para se comunicarem e descentrarem mutuamente. A carne do social é supraindividual, um elemento no qual seres feitos do mesmo elemento (carne na carne) reconhecem-se entre si e experimentam sua copresença. Não se trata de uma copresença “física” apenas, mas de um pertencimento a essa existência comum supraindividual – e, a despeito disso, plural – que configura a carne do social. “Os seres carnis, videntes que se veem a si mesmos vendo, reconhecem quando não se encontram na presença de meros objetos, mas de outros seres reversíveis”. A carne do social pode, então, ser entendida também como uma rede de reconhecimento mútuo entre “videntes visíveis”. E essa ideia de rede entre indivíduos que se comunicam e se descentram ao mesmo tempo nos remete a uma característica da carne do social, sua relativa instabilidade. Não é caos, mas textura que retorna e se ajusta a si mesma (o que faz analogamente ao modo de ser da carne do corpo humano). A novidade do regime democrático, portanto, não é propriamente o seu equilíbrio instável – o social é sempre relativamente instável precisamente por ser carne –, mas a institucionalização da instabilidade mesma. (tradução nossa)<sup>136</sup> Merleau-Ponty, em nota de trabalho, registra que “do mesmo modo que se encontra o campo do mundo sensível como interior-exterior [...], assim também é preciso reaprender a realidade do mundo inter-humano e da história, uma superfície de separação entre mim e o outro que é também o lugar da nossa união”.<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> PLOT, Martín. **La carne de lo social**. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. p. 105.

<sup>136</sup> Ibid., p. 106-109.

<sup>137</sup> MERLEAU-PONTY, Maurice. **O visível e o invisível**. Trad. José Artur Gianotti e Armando Mora d'Oliveira. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 214.

Essa superfície de separação e união (ou, em termos merleau-pontyanos, essa “membrura da intersubjetividade”) é, para Plot, “a superposição e a intersecção institucionalizada pela democracia quando assumo seu ser carne”. A sociedade enfrenta sua própria instituição na forma de carne: a sociedade, como vidente e visível, superpõe-se sem se fundir completamente. Converte-se em agente de si mesma, mas esse “si mesma” é o tecido social, a rede de relações, a pluralidade de perspectivas, mitos e leis. Em uma palavra: novamente *carne*. Esse atuar da sociedade, que não se faz *ex nihilo*, é reversibilidade criadora e não operação extrínseca de um sujeito que aja distintamente de si mesmo. (tradução nossa).<sup>138</sup>

A reversibilidade da carne – sempre iminente, mas irrealizável de modo definitivo – deve-se à circunstância de que tanto o corpo humano como o corpo político são seres constitutivamente bidimensionais. “É essa bidimensionalidade que permite que o corpo seja *do* mundo, e é essa bidimensionalidade o que converte cada uma das muitas perspectivas instituintes (os atores políticos individuais e coletivos) da espessura da carne do social em videntes-visíveis do tecido social que são”. O entrelaçamento de cada agente social e político na cena posta pela sociedade ante si mesma atua como “coisa reversível”. Todos os atores sociais e políticos – enredados no que veem, embora sejam eles mesmos os que veem – “são de e tem uma visão da carne do social, e é esta superposição e entrelaçamento da pluralidade de agentes e visões o que finalmente configura, põe em cena e interpreta a sociedade para si mesma”. Como o aperto de mão (exemplo que traz Merleau-Ponty), que também é reversível (sinto-me tocado e ao mesmo tempo sinto que toco), o ator político, toda vez que atua, sente-se sujeito à ação alheia, visto e julgado por outrem. É bom reforçar algo que ficara apenas entrevisto: “a reversibilidade jamais se completa, nunca leva à convergência total entre o vidente e o visto, o falante e o falado [...]”. É essa uma distância (*écart*) insuperável e, concomitantemente, unificadora entre o vidente e o visto, o falante e o falado, o ser que toca e o ser tocado. Distância e reversibilidade, assim consideradas, formam o quiasmo merleau-pontyano: o interior cruza o exterior tanto como o exterior cruza o interior. O quiasmo não se completa, insistamos nessa característica. “Analogamente, o regime político democrático, ao adotar o ser carne do social, experimenta permanentemente essa incapacidade de completar-se: é seu quiasmo”. E essa seria, para Martín Plot, a chave do enigma democrático-político, isto

---

<sup>138</sup> PLOT, Martín. **La carne de lo social**. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. p. 109-110.

é, “tocar-se, ver-se [...] não é apreender-se como objeto; é estar aberto a si mesmo [...]”. (tradução nossa).<sup>139</sup>

A abertura, entendida dessa forma, é a característica que diferencia essencialmente os regimes democráticos daqueles de matriz teológico-política, os quais acabam superados na exata medida em que as sociedades modernas enfrentam e acolhem o enigma de sua própria abertura a si. Eis aí o que Lefort entende como a dissolução dos marcos ou referenciais de certeza, ou seja, a indeterminação ínsita às democracias. Plot argumenta, então, existir uma espécie de “fracasso de último momento” na forma democrática do social. Não um fracasso no sentido negativo, mas um fracasso que significa não ser possível alcançar um fechamento definitivo, corporizar o poder, pois – como vimos – nada nem ninguém pode ser consubstancial ao poder em uma democracia. “O fracasso de último momento da democracia é a renovação permanente de seu enigma e da incapacidade que tem a carne do social de apreender-se por completo e em transparência”. (tradução nossa).<sup>140</sup>

São essas circunstâncias que levam Claude Lefort a invocar o conceito de “carne” para pensar o político e a democracia. Ele comumente afirma que um autor que praticou uma “escavação” na carne do social foi Tocqueville, cujas obras nos auxiliam “a decifrar a aventura da democracia moderna, incitando-nos a volver à sua fonte, ao passo que, em geral, escrutamos o que se produz ou pode se produzir na sua foz”. Segundo Lefort, Tocqueville explora a mudança que representa o advento da experiência democrática em todas as suas direções, “interessa-se pelos liames sociais e pelas instituições políticas, pelo indivíduo, pelos mecanismos da opinião, pelas formas da sensibilidade e pelas formas de conhecimento, pela religião, direito, linguagem, literatura, história, etc”.<sup>141</sup> Em outras palavras, faz efetivamente uma

---

<sup>139</sup> Ibid., p. 111-113. Essa conclusão, Plot a retira de excerto de uma nota de trabalho de Merleau-Ponty cujo conteúdo literal é este: “O *tocar-se, ver-se* do corpo é para ser compreendido a partir do que dissemos do ver e do visível, do tocar e do tocável. I. e., não é um ato, é um ser para. *Tocar-se, ver-se*, a partir disso, não é apreender-se como objeto, é abrir-se a si, ser destinado a si (narcisismo). Não é, portanto, alcançar-se, é, ao contrário, escapar-se, ignorar-se, o si em questão é de afastamento, é *Unverborgenheit do Verborgen* como tal, que, portanto, não cessa de estar latente ou oculto”. MERLEAU-PONTY, Maurice. **O visível e o invisível**. Trad. José Artur Gianotti e Armando Mora d’Oliveira. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 226.

<sup>140</sup> PLOT, Martín. **La carne de lo social**. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. p. 113.

<sup>141</sup> Lefort dedica uma boa quantidade de textos para interpretar o pensamento de Tocqueville, suas contradições, acertos e potencialidades. É um autor que o influenciou, sem dúvida alguma, mormente no que se refere a sua ideia de democracia enquanto “forma de sociedade”. Confirmando: LEFORT, Claude. Tocqueville: democracia e arte da escrita. In: LEFORT, Claude. **Desafios da escrita política**. Trad. Eliana de Melo Souza. São Paulo: Discurso, 1999. p. 55-91; LEFORT,

“incisão” na carne do social, o que lhe permite – na ótica lefortiana – detectar “as ambiguidades da revolução democrática”. Mas não apenas isso: “a cada momento de sua análise, é levado a desdobrar sua observação, a passar do anverso ao reverso do fenômeno, a desvelar a contrapartida do positivo – o que é sinal novo de liberdade – ou do negativo – o que é sinal novo da servidão”. Em Lefort, Tocqueville é menos um teórico do liberalismo político moderno do que um filósofo que nos brindou com uma importante intuição: a de “uma sociedade defrontada com a contradição geral que manifesta a desaparecimento de um fundamento da ordem social”. O “ser carne” do paradigma político-democrático indica que o social – que o constitui – é uma massa interiormente trabalhada, é latência e deiscência, figurando como “noção última”, entendida esta como algo que não depende de um “fundo oculto”, não supõe um referencial em sujeito algum para desvendá-la.<sup>142</sup> É, enfim, o que permitiu a edificação de sua (de Lefort) poderosa concepção de “forma de sociedade” democrática, na qual o conflito é posto como um “fundamento negativo do social”,<sup>143</sup> de maneira que a unidade e a identidade da sociedade só podem ser alcançadas na “dimensão simbólica”. Esta – a dimensão simbólica – é o tema do capítulo que segue.

---

Claude. Reversibilidade: liberdade política e liberdade do indivíduo. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 197-215; e LEFORT, Claude. Da igualdade à liberdade. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 217-246.

<sup>142</sup> LEFORT, Claude. El cuerpo, la carne. In: LEFORT, Claude. **Merleau-Ponty y lo político**. Trad. Juan Manuel Spinelli. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2012. p. 123-124.

<sup>143</sup> Vide: MARCHART, Oliver. **El pensamiento político posfundacional**: la diferencia política em Nancy, Lefort, Badiou y Laclau. Trad. Marta Delfina Álvares. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009. p. 132-133.

### 3 A DIMENSÃO SIMBÓLICA DO REGIME DEMOCRÁTICO E O PODER COMO UM *LUGAR VAZIO*

#### 3.1 As Raízes do Simbólico

A ideia de “dimensão simbólica” da sociedade, dos direitos e do poder não é autoevidente, apesar de os termos “simbólico” e “símbolo” serem objeto de uso frequente nas diversas áreas da produção cultural. É curioso que o emprego dessas expressões seja muitas vezes feito desacompanhado de uma predefinição de seu sentido, como se estivéssemos diante de expressões de significado unívoco, partilhado “universalmente” pelos seus utentes. Isso porque, como anota Marcelo Neves, “simbólico” pode ser considerado um dos mais ambíguos termos da semântica social e cultural.<sup>144</sup> Para que possamos, então, utilizá-lo com alguma consistência, é preciso oferecer uma definição prévia do respectivo sentido. A concepção de “simbólico” utilizada aqui – para designar um plano, um campo, uma dimensão, uma matriz ou um polo<sup>145</sup> do social (da sociedade) e do político (do poder e do Direito) – seguirá o sentido que Claude Lefort lhe empresta. Ainda assim há um problema: está muito longe de ser tarefa fácil definir esse sentido na extensa e predominantemente ensaísta obra lefortiana. Hugues Poltier, um dos poucos intérpretes do pensamento do filósofo político francês, alerta para essa dificuldade, referindo que a noção de simbólico é uma daquelas “mais ou menos obscuras” de que lança mão o autor.<sup>146</sup>

A própria origem ou filiação filosófica da dimensão simbólica em Lefort é alvo de controvérsia. Bernard Flynn<sup>147</sup> e Warren Breckman<sup>148</sup> – também intérpretes da obra

<sup>144</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 5.

<sup>145</sup> Essas expressões – quando referidas à adjetivação “simbólica” – serão empregadas indistintamente. Lefort não se preocupa em delimitar o alcance semântico de cada uma delas. O importante, como veremos, é termos presente a noção de que o simbólico se relaciona à representação do poder e da sociedade, bem como estarmos seguros acerca do modo pelo qual essa representação opera. Creio, portanto, que a opção por utilizar “plano”, “campo”, “dimensão”, “matriz”, “polo” ou (merleau-pontyanamente falando) “ordem” de maneira intercambiável não prejudicará o argumento do trabalho, desde que fique claro – insisto – o modo como funciona o simbólico no exercício do poder.

<sup>146</sup> Assim como “lugar do poder”, “formalização e colocação em cena”, “determinação-figuração” do lugar do poder, dentre outras um tanto enigmáticas expressões lefortianas. Vide: POLTIER, Hugues. **Claude Lefort: el descubrimiento de lo político**. Trad. Heber Cardoso. Buenos Aires: Nueva Visión, 2005. p. 40.

<sup>147</sup> FLYNN, Bernard. **Lefort y lo político**. Trad. Gabriel Merlino. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. p. 171 e 228 e 230.

<sup>148</sup> BRECKMAN, Warren. Lefort and the Symbolic Dimension. **Constellations**, [S.l.], v. 19, n. 1, p. 30-36, 2012.

lefortiana – enxergam alguns ecos de Lacan nessa construção (advindos da diferenciação lacaniana entre real, simbólico e imaginário), mas ambos enfatizam que não se trata de uma influência marcante, direta, sem derrogações. Breckman, por exemplo, sustenta ser o engajamento de Lefort com Lacan relativamente superficial.<sup>149</sup> Isso nos leva, quase que em um movimento natural, a buscar as raízes do simbólico lefortiano em seu mestre Merleau-Ponty. Essa é a postulação de Marilena Chaui, que inclusive rejeita a possibilidade de Lacan ter sido o responsável por essa noção em Lefort.<sup>150</sup> A “ordem” simbólica é trabalhada já no início da frutífera carreira merleau-pontyana, mas é possível notar a permanência dessa ideia – ainda que implicitamente – na transgressora e tardia noção de “carne” do social (há pouco descrita). O simbólico, então, aparece no livro “A estrutura do comportamento”<sup>151</sup> vinculada a um debate que não deixa de perpassar toda a obra do autor, debate esse travado com a – por ele chamada – “tradição cartesiana” (formada, como ressalta Chaui,<sup>152</sup> pelos dualismos “corpo-consciência”, “fato-ideia” e “sujeito-objeto”,

<sup>149</sup> “As with Merleau-Ponty, Lefort’s engagement with Lacan was, I think, relatively superficial. Consider his rather imprecise usage of key Lacanian terminology. Of Lacan’s triadic distinction between symbolic, imaginary, and real, it is really only the ‘imaginary’ that Lefort periodically uses in Lacan’s sense, as, for example, in the essay ‘The Image of the Body and Totalitarianism.’ Other times, he seems to be using ‘imaginary’ in a way that seems closer to Castoriadis or even just in the ordinary sense of the imagined. [...] We can note that this sets Lefort at some distance from Lacan, who distinguished between ‘reality,’ which is what society designates as real, and the ‘real,’ which is beyond symbolization, indeed even beyond the possibility of symbolization. Lefort’s notion of the real is actually closer to the Lacanian definition of a symbolically instituted ‘reality’ than to the Lacanian ‘real.’ A real beyond all symbolic orders is not a concern for him, nor does he thematize an unsymbolized and unsymbolizable real as a permanent source of disruption and trauma for the symbolic order in the way that is so fundamental to the political thought of Ernesto Laclau and Slavoj Žižek.” Ibid., p. 31-32.

<sup>150</sup> Em intervenção oral feita por ocasião de um colóquio em homenagem a Claude Lefort (Colóquio Internacional: Claude Lefort: a invenção democrática hoje), realizado pela Universidade de São Paulo entre os dias 13 e 16 de outubro de 2015, Chaui sustenta que estaria equivocado “atribuir a distinção entre simbólico, imaginário e real à formulação de Lacan. Não. Lacan deve essa formulação a Merleau-Ponty, na ‘A estrutura do comportamento’ (a distinção entre a ordem física, a ordem vital e a ordem humana). É a ordem humana que introduz o simbólico. E Merleau-Ponty vai definir o simbólico como a relação com o ausente. E por causa dessa relação com o ausente, ele vai dizer ‘onde eu vejo o simbólico?’: no trabalho, na linguagem, na história, no ato revolucionário. A relação com o ausente, portanto, é a relação com o contingente, é a relação com o não-ainda. E é isso que depois, já nos artigos que Lefort está escrevendo para o ‘Tempos Modernos’, nos anos 1940, isso já se anuncia com a noção do ‘vazio’. Está sendo anunciado desde lá. E é só depois que o Lacan se apropria disso, ligado ao trabalho de Lévi-Strauss, que vai ter essa configuração [...]. Então, digamos, [...] a história conceitual que leva Lefort na direção do ‘lugar vazio’ não é o Lacan. É o Merleau-Ponty e a ordem simbólica. E, ao contrário, é o Lacan que é devedor dessa história”. A intervenção da autora ocorre a partir das duas (2) horas e nove (9) minutos de duração do vídeo. MESA 01 - Democracia Lefortiana. São Paulo, 7 nov. 2015. (146 min). Apresentado no Colóquio Internacional: Claude Lefort: a invenção democrática hoje. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4DJnZNVxmGg&t=7910s>>. Acesso em: 7 jun. 2018.

<sup>151</sup> MERLEAU-PONTY, Maurice. **A estrutura do comportamento**. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 189-200 e 250-286.

<sup>152</sup> CHAUI, Marilena. Apresentação. In: CHAUI, Marilena. **Experiência do pensamento**: ensaios sobre

dualidades que marcaram o pensamento ocidental com as filosofias da consciência e o objetivismo científico). Para que possamos compreender, pelo menos minimamente, o simbólico em Merleau-Ponty, é necessário que tenhamos presente o que significa para o filósofo o termo “estrutura”.

O conceito de “estrutura” exsurge como tentativa de alcançar uma nova racionalidade, livre do intelectualismo e do subjetivismo filosóficos, bem como do realismo e do objetivismo científicos. Uma tentativa, pois, de reatar os laços entre a atividade filosófica e a científica por meio de “uma ontologia em que as coisas e as ideias, os fatos e as significações, o mundo e o pensamento se apresentem como dimensões simultâneas de um ser indiviso e internamente diferenciado”. Esse o papel da estrutura: um caminho fora da correlação sujeito-objeto, historicidade imanente, posição e reposição de uma unidade global e inacabada, que carrega em si mesma sua produção. Nem coisa nem consciência, a estrutura é “forma”, mas não uma espécie de “dom que viria a dar forma à matéria caótica, imprimindo-lhe do exterior um sentido que lhe é estranho”. A estrutura, ainda assim, é forma, mas o é enquanto “sentido encarnado”, enquanto produção de uma inteligibilidade espessa que se realiza anteriormente à reflexão. Os instrumentos de conhecimento – modelos científicos elaborados para alcançar a estrutura – são exigidos pela própria estrutura, que funciona, nesse aspecto, como um princípio interior de distribuições observáveis, sem ser – ela mesma – observável.<sup>153</sup> Merleau-Ponty compara essa característica da estrutura com as faces de Janus: de um lado, é sentido, porquanto organiza os elementos que a constituem por meio de um princípio interior; de outro, é opaca, ou seja, o sentido que carrega é indefinido.<sup>154</sup> Chauí interpreta essa natureza “jânica” da

---

a obra de Merleau-Ponty. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. VII.

<sup>153</sup> CHAUI, Marilena. A noção de estrutura em Merleau-Ponty. In: CHAUI, Marilena. **Experiência do pensamento**: ensaios sobre a obra de Merleau-Ponty. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 218, 223 e 229.

<sup>154</sup> A tradução dessa – em alguma medida – enigmática passagem está assim publicada no Brasil: “Como Janus, a estrutura tem duas caras: de um lado, organiza os elementos que nela entram de acordo com um princípio interior, é sentido. Porém, este sentido que carrega é, por assim dizer, um sentido pesado”. (MERLEAU-PONTY, Maurice. **De Mauss a Claude Lévi-Strauss**. Trad. Marilena Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 196. (Os Pensadores). No livro “A estrutura do comportamento”, o autor atribui essa opacidade do sentido da estrutura ao fato mesmo de não ser ela “nem coisa nem consciência”, nestes termos: “A estrutura do comportamento, tal como se oferece à experiência perceptiva, não é nem coisa nem consciência, e é isso que a torna opaca para a inteligência”. Eis aí o paradoxo constitutivo do fenômeno da estrutura: “o comportamento não é uma coisa, mas também não é uma ideia, não é o invólucro de uma pura consciência e, como testemunha de um comportamento, não sou uma pura consciência. É justamente o que pretendíamos ao dizer que ele é uma forma. Encontramos pois com a noção de ‘forma’ o meio de evitar as antíteses clássicas tanto na análise do ‘setor central’ do comportamento quanto na de suas manifestações visíveis. Geralmente essa noção não nos põe em face da alternativa de uma filosofia

estrutura da seguinte e – ao que me parece – adequada maneira: “A opacidade exige o modelo, mas este, instrumento de conhecimento, não se confunde com aquilo de que é conhecimento. O modelo é a ‘objetivação manifesta’ de uma ‘organização latente’, e é esta e não aquela que deve ser denominada estrutura”.<sup>155</sup>

É, em suma, uma “nova maneira de ver o ser”, para além da metafísica substancialista ou “do dualismo da *res cogitans* e da *res extensa*”. Passamos, a partir da noção de estrutura, a vê-lo (o “ser”) como “*ser de indivisão*, pois as estruturas qualitativamente distintas são *dimensões* do mesmo ser”. Não devemos mais, então, falar em “ser posto” ou “ser constituído”, uma vez que não pode permanecer reduzido às categorias e aos conceitos que o entendimento lhe impõe. Em outras palavras, “com a estrutura, deixamos a tradição do que é posto ou constituído pelas operações intelectuais e alcançamos o *há* originário, mais velho do que nossas operações cognitivas, que dele dependem e que, esquecidas dele, imaginam constitui-lo”. Mas ainda mais importante do que isso (pelo menos para os fins desta investigação), a noção de estrutura também “nos afasta da tradição científica fundada em explicações causais de tipo mecanicista ou funcionalista ou em explicações finalistas”, aquelas que recorrem a princípios externos para (tentar) dar conta tanto da gênese como das transformações de uma realidade qualquer. A gênese da estrutura está nela mesma, dotada que é de um princípio interno e imanente de autorregulação. A estrutura também possui um princípio interno e imanente de transformação, sendo, por isso mesmo, “pregnante”, “fecunda”, “produtiva”, o que significa que carrega consigo o motor de seu próprio devir.<sup>156</sup>

Parece brotar dessas reflexões merleau-pontyanas uma amostra da influência que o respectivo autor exerceu sobre Lefort, notadamente sobre as suas ideias de “*político*” e de “*mise en forme* da sociedade”, bem como sobre as suas críticas à causalidade da ciência política. É interessante observar, acerca desse assunto, a forma como Merleau-Ponty mobiliza a categoria filosófica “estrutura” para pensar a sociedade. O autor, examinando a abordagem de Marcel Mauss acerca do fenômeno da “troca” entre os homens em tribos indígenas (e a leitura que dela faz Claude Lévi-

---

que justapõe termos exteriormente associados e de uma outra filosofia que vê em todos os fenômenos as relações próprias do pensamento. Mas, justamente por essa razão, ela é ambígua”. MERLEAU-PONTY, Maurice. **A estrutura do comportamento**. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 199-200.

<sup>155</sup> CHAUI, Marilena. A noção de estrutura em Merleau-Ponty. In: CHAUI, Marilena. **Experiência do pensamento**: ensaios sobre a obra de Merleau-Ponty. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 230.

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 231-233.



Strauss), ressalta que a “estrutura” é a maneira como a troca está organizada em um setor da sociedade ou na sociedade inteira. “Os fatos sociais não são coisas nem ideias: são estruturas”. Por isso, sustenta que “imaginar arquétipos imperecíveis que dominariam a vida de todas as sociedades possíveis seria [...] o erro da velha linguística, quando supunha num certo material sonoro uma afinidade natural para um sentido determinado”. Com efeito, “a estrutura não rouba a espessura ou o peso da sociedade. Esta é, ela própria, uma estrutura das estruturas”. E se a sociedade é, de fato, “a estrutura das estruturas”, Merleau-Ponty não vê como não poderia existir relação entre o sistema linguístico, o econômico e o parentesco ali praticados. Mas essa relação é sutil e variável, de maneira que a sociedade, na condição estrutura, “permanece uma realidade facetada, legitimando miras diversas”.<sup>157</sup>

Lefort também analisa, nas trilhas de seu mestre, o(s) sentido(s) por trás desse fenômeno da troca sob a forma de dons tal como captado por Maus e Lévi-Strauss. A troca, considerada um “fato social total” (ao mesmo tempo econômico, jurídico, moral, religioso e estético), revelaria a totalidade que caracteriza o social, uma espécie de espaço unificado de significados variados. Há um sentido vivido, profundo e anterior a toda reflexão no ato da troca em forma de dons. O intercâmbio, nessa linha de intelecção, supõe “uma experiência primordial graças à qual cada um se sabe implicitamente vinculado ao outro”. A própria ideia de que o dom deve ser restituído carrega em si a suposição de que o outro (o recebedor) agirá como o doador, de maneira que o gesto do retorno manifestado por aquele representa a confirmação da autenticidade do gesto deste. “O dom é, assim, ao mesmo tempo o estabelecimento da diferença e a descoberta da similitude”. Há, portanto, por trás dessas relações de busca por reconhecimento mútuo entre os homens, um movimento da coletividade que pretende comportar-se como uma espécie de “Eu coletivo”. Alerta, contudo, Lefort que esse “Nós” – não tendo, por evidente, o condão de abolir a pluralidade – só existe na medida em que cada indivíduo afirma sua subjetividade pelo dom. “O comportamento dos sujeitos empíricos não se deduz de uma consciência transcendental; esta, ao contrário, constitui-se na experiência”.<sup>158</sup> É possível observar, mesmo nessas reflexões antecedentes ao “encontro” de Lefort com Maquiavel, o

---

<sup>157</sup> MERLEAU-PONTY, Maurice. **De Maus a Claude Lévi-Strauss**. Trad. Marilena Chaui. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 195 e 197. (Os Pensadores).

<sup>158</sup> LEFORT, Claude. A troca e a luta dos homens. In: LEFORT, Claude. **As formas da história**: ensaios de antropologia política. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes e Marilena Chaui. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 21-35.

embrião do que seria o desenvolvimento *do político* e de seu respectivo plano simbólico, os quais efetivamente viriam à tona anos depois na obra lefortiana.

O simbólico é, então, essa dimensão não puramente imanente, tampouco absolutamente transcendente que opera na estrutura que caracteriza a sociedade. É possível deduzir essa afirmação a partir da divisão em três distintas “ordens” que Merleau-Ponty faz no seu conceito de estrutura.<sup>159</sup> Desse modo, sob a noção de estrutura, distribuem-se as ordens (1) física, (2) vital e (3) humana ou simbólica, que correspondem às três “dimensões do ser”. A estrutura física é um sistema de forças em estado de equilíbrio constante ou de mudança constante, no qual nenhuma lei pode ser formulada para partes isoladas, dadas as relações recíprocas entre os vetores que o compõem. A estrutura vital, por sua vez, é um “organismo”, de maneira que o equilíbrio aí não visa à manutenção da ordem dada, mas é criado pela relação do organismo com o ambiente, exprimindo o seu poder adaptativo e inovador. Essas duas ordens de estrutura não serão objeto de maiores considerações, porque desnecessárias ao argumento. A que interessará mais de perto é a dita “ordem humana”, definida como “estrutura simbólica” do comportamento, presente na percepção, na linguagem e no trabalho. “A estrutura na ordem humana é um movimento de transcendência, que põe a existência como poder para ultrapassar a situação dada por um comportamento dirigido para aquilo que está *ausente*”. Somente nessa dimensão é que se pode falar, portanto, em “história propriamente dita”. O comportamento, assim concebido, escava “as dobras do mundo”. Não há espectador puro nem ser puro. Também não existe um mundo conceitual evidente, tampouco mundo “em-si” claro e distinto. Mesmo assim, a estrutura simbólica não deixa de ser reflexionante, mas essa reflexão ocorre no corpo e não na consciência, corpo enquanto vidente e visível, preso no tecido do mundo, “sentinela silenciosa sob minhas palavras e meus atos”. O corpo, nessa perspectiva, acaba por inaugurar a própria estrutura simbólica, “destruindo a oposição do objetivo e do subjetivo porque situa o para-si no domínio que parecia pertencer ao em-si”.<sup>160</sup>

Em Merleau-Ponty, há uma propagação da reflexão corporal nas coisas. Ao se propagar assim, o corpo como que “descobre” o sentido presente tanto nelas (nas

---

<sup>159</sup> MERLEAU-PONTY, Maurice. **A estrutura do comportamento**. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201-286.

<sup>160</sup> CHAUI, Marilena. A noção de estrutura em Merleau-Ponty. In: CHAUI, Marilena. **Experiência do pensamento**: ensaios sobre a obra de Merleau-Ponty. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 234-241.

coisas) como nele próprio. “Quando o pintor diz que é visto pelas coisas em vez de serem elas vistas por ele, põe a visão no próprio mundo – há uma visibilidade secreta nas coisas, que se transforma em visibilidade manifesta por meio do nosso corpo”.<sup>161</sup> Essa – já referida – reversibilidade do sujeito e do mundo, enquanto relação expressiva, dá-se na estrutura simbólica. “Os outros e as coisas se oferecem como polos de *desejo* e a dialética humana nasce aí, na tentativa de apropriação e negação do mundo natural, fazendo emergir o mundo humano da linguagem e do trabalho”. A linguagem e o trabalho permitem ao homem ultrapassar os dados imediatos dos sinais e dos objetos de uso para recriá-los em uma nova dimensão. Eles revelam que a ação humana não pode ser reduzida à ação vital. Na estrutura simbólica, “há um *sentido imanente* que vincula meios e fins, que determina o desenvolvimento da ação como transformação do dado em fins e destes em meios para novos fins, definindo o homem como *agente* histórico propriamente dito”. Essa característica da ordem do simbólico permite a Chaui assim defini-la, em perspectiva com as demais ordens de estrutura: “a ordem física é atualidade; a ordem vital é virtualidade; a ordem humana é possibilidade. A estrutura física é presença; a vital, aderência; a humana, relação com a ausência”. A ordem de estrutura simbólica possibilita, portanto, a descoberta do possível, e o que a caracteriza não é tanto a criação de uma “segunda natureza” (econômica, social ou cultural, para além da biológica), mas – antes de tudo – a capacidade de ultrapassagem de estruturas criadas, seja negando-as, seja criando outras novas.<sup>162</sup> Esse movimento é visível nos produtos do trabalho<sup>163</sup> humano.

---

<sup>161</sup> Ibid., p. 242. Sobre o tema, para melhor compreensão, vale trazer a literalidade de passagem do pensamento do filósofo francês: “Um corpo humano está aí quando, entre vidente e visível, entre tocante e tocado, entre um olho e o outro, entre a mão e a mão se produz uma espécie de recruzamento, quando se acende a faísca do senciente-sensível, quando se inflama o que não cessará de queimar, até que um acidente do corpo desfaça o que nenhum acidente teria bastado para fazer... Ora, uma vez dado esse estranho sistema de trocas, todos os problemas da pintura aí se encontram. Eles ilustram o enigma do corpo e ela os justifica. Já que as coisas e meu corpo são feitos do mesmo estofa, cumpre que sua visão se produza de alguma maneira nelas, ou ainda que a visibilidade manifesta delas se acompanhe nele de uma visibilidade secreta: ‘a natureza está no interior’, diz Cézanne. Qualidade, luz, cor, profundidade, que estão a uma certa distância diante de nós, só estão aí porque despertam um eco em nosso corpo, porque este as acolhe”. MERLEAU-PONTY, Maurice. **O olho e o espírito**. Trad. Paulo Neves e Maria Ermantina Gaivão Gomes Pereira. São Paulo: Cosac & Naify, 2004. p. 18.

<sup>162</sup> CHAUI, Marilena. A noção de estrutura em Merleau-Ponty. In: CHAUI, Marilena. **Experiência do pensamento**: ensaios sobre a obra de Merleau-Ponty. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 242-243.

<sup>163</sup> Merleau-Ponty justifica o uso da expressão “trabalho” para referir-se à ação do homem: “Foi intencionalmente que, em vez de falar de ação, como fazem a maioria dos psicólogos contemporâneos, escolhemos o termo hegeliano ‘trabalho’, que designa o conjunto das atividades através das quais o homem transforma a natureza física e viva”. Um dos exemplos de que se vale o autor para ilustrar a ideia de “produto do trabalho” na ordem humana/simbólica da estrutura é particularmente didático. Por isso, ou seja, pelo seu poder explicativo, vai aqui reproduzido: “Um

A ordem simbólica, tal como concebida pelo filósofo francês, autoriza-o a equiparar o fenômeno revolucionário e o ato de suicídio enquanto acontecimentos próprios da humanidade. Um e outro pressupõem a capacidade de recusar o meio dado e procurar o equilíbrio para além do meio como um todo. São atos da dialética humana que revelariam a mesma essência: “a capacidade de se orientar com relação ao possível, ao mediato, e não com relação a um meio limitado [...]”. Há aí uma ambiguidade fecunda. Os atos humanos se manifestam inicialmente pelas estruturas sociais ou culturais que os fazem surgir, as quais também os aprisionam. “Mas seus objetos de uso e seus objetos culturais não seriam o que são se a atividade que os faz surgir não tivesse também como sentido negá-los e superá-los”.<sup>164</sup> Por isso que a estrutura humana é uma ação que se dá por símbolos (presentificação de uma ausência). É, de fato, uma relação com o possível e com o ausente, o que a torna essencialmente temporal e histórica. Diferentemente das ordens física e vital, cujo equilíbrio se instaura como manutenção da ordem dada (na primeira) ou como adaptação às condições atuais pela virtualidade do organismo (na segunda), o equilíbrio na ordem humana (ordem dos “valores”) é conquistado precisamente graças à capacidade dos agentes de superar a situação atual, criar uma nova a partir da situação dada. “O símbolo ou o valor exprimem justamente um tipo de estruturação em que a ação visa o que está ausente. Por isso nesse nível a linguagem e o trabalho podem fazer sua aparição e, com eles, a dimensão do sentido”. A criação dos símbolos e dos valores equivale à produção mesma de significações, isto é, na ordem simbólica, a estrutura não deixa de ser a própria significação.<sup>165</sup>

---

ninho é um objeto que tem sentido apenas em relação a um comportamento possível do indivíduo orgânico, e, se o macaco apanha um galho para alcançar um objetivo, é porque ele é capaz de conferir a um objeto da natureza um valor funcional. Mas o macaco não consegue construir instrumentos que serviriam unicamente para preparar outros, e vimos que, transformado para ele em bastão, o galho de árvore é suprimido como tal, o que significa que este nunca é possuído como um instrumento no sentido pleno da palavra. Nos dois casos, a atividade animal revela seus limites: perde-se nas transformações reais que opera e não pode reiterá-las. Ao contrário, para o homem, o galho de árvore transformado em bastão continuará justamente um galho-de-árvore-transformado-em-bastão, uma mesma *'coisa'* em duas funções diferentes, visível *'para ele'* sob uma pluralidade de aspectos. Esse poder de escolher e de variar os pontos de vista permite-lhe criar instrumentos, não sob a pressão de uma situação de fato, mas para um uso virtual e, em particular, para criar outros. O sentido do trabalho humano é, pois, o reconhecimento, para além do meio atual, de um mundo de coisa visível para cada Eu sob uma pluralidade de aspectos, o tomar posse de um espaço e de um tempo indefinidos, e mostraríamos facilmente que o significado da palavra, do suicídio ou do ato revolucionário é o mesmo”. MERLEAU-PONTY, Maurice. **A estrutura do comportamento**. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 253 e 272-273.

<sup>164</sup> Ibid., p. 273-274.

<sup>165</sup> CHAUI, Marilena. A noção de estrutura em Merleau-Ponty. In: CHAUI, Marilena. **Experiência do pensamento**: ensaios sobre a obra de Merleau-Ponty. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 244-245.

Chauí aponta, na trilha merleau-pontyana, três aspectos simultâneos que marcariam a inovação introduzida pelo conceito de “forma” ou “estrutura” na filosofia: “princípio unificante, diferenciante e articulador da unidade e da diferença”. E, ainda segundo a autora, “o caráter simbólico da ordem humana é o responsável pelas esperanças que Merleau-Ponty depositou na noção de estrutura como possibilidade das ciências humanas e de uma nova ontologia”. Daí o já ressaltado interesse do fenomenólogo pelas pesquisas de Marcel Mauss, quem – negando-se a manter o indivíduo e a sociedade exteriores um ao outro – teria procurado decifrar o social como um sistema de valores simbólicos. Seus estudos sobre a troca por meio de dons indicam uma experiência que representa o efeito da sociedade enquanto sociedade em ato. Ali, indivíduo e sociedade ocupam posições permutáveis, sendo impossível dizer qual deles é fundante em relação ao outro. O fundamento do social, então, não estaria nem no indivíduo, nem na coletividade em si, mas na sociedade como um sistema de trocas. Por isso que, “com Lévi-Strauss, a antropologia passa a denominar estrutura a maneira pela qual a troca é organizada num setor da sociedade ou na sociedade inteira”. Merleau-Ponty postula que, para a antropologia social, a sociedade seria feita “de sistemas deste gênero: sistema do parentesco e da filiação [...], sistema da troca linguística, sistema da troca econômica, da arte, do mito e do ritual”. A própria sociedade é, nessa visão, “a totalidade desses sistemas em interação”, de modo que, tratando-se de “estruturas”, é possível recusar tais sistemas enquanto “ideias cristalizadas”. Ora, “os sujeitos que vivem numa sociedade não têm necessariamente conhecimento do princípio da troca que os governa, assim como o sujeito falante não precisa, para falar, passar pela análise linguística de sua língua”. A estrutura é, antes, praticada por eles, vivida por eles sem que saibam; ela “os tem”, mais do que eles a ela. A sociedade pode, assim, ser equiparada a uma linguagem viva, que responde a um princípio interno de organização e de distribuição. É “sentido encarnado”.<sup>166</sup>

Em uma complexa passagem de seu artigo sobre a estrutura simbólica em Mauss e Lévi-Strauss, Merleau-Ponty acentua ser “saudável propor, no limite, o programa de um código universal das estruturas, que nos permita deduzi-las umas das outras por meio de transformações reguladas [...]”. A construção dos diferentes

---

<sup>166</sup> Vide: MERLEAU-PONTY, Maurice. **De Mauss a Claude Lévi-Strauss**. Trad. Marilena Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 193 e 196 (Os Pensadores); e CHAUI, Marilena. A noção de estrutura em Merleau-Ponty. In: CHAUI, Marilena. **Experiência do pensamento: ensaios sobre a obra de Merleau-Ponty**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 246-248.

sistemas de estrutura possíveis serviria para “orientar a observação empírica para certas instituições existentes que, sem esta antecipação teórica, passariam despercebidas”. No fundo dos sistemas sociais apareceria, então, uma espécie de “infraestrutura formal”, “pensamento inconsciente” ou “antecipação do espírito humano”, funcionando “como se nossa ciência já estivesse feita nas coisas”. O fenomenólogo francês então salienta que “as implicações de uma estrutura formal podem muito bem fazer com que apareça a necessidade interna de uma certa sequência genética. Mas não são elas que fazem com que haja homens, uma sociedade e uma história”. Com efeito, retratar a sociedade e suas articulações gerais não é fazer metafísica. Os modelos são, sim, instrumentos de conhecimento, mas “o elementar procurado pela antropologia social ainda consiste em estruturas elementares, isto é, em laçadas de um pensamento em rede que nos reconduz por si mesmo à outra face da estrutura e à sua encarnação”.<sup>167</sup>

Interessa-me sobretudo a leitura que Chauí faz desse excerto do pensamento merleau-pontyano. Para a autora, o sentido trazido na e pela estrutura é “espesso”. É, como enfatizado, vivido e praticado pelos sujeitos sociais sem que o conheçam. Os diversos sistemas sociais de troca que compõem a estrutura simbólica, frequentemente complexos, são “recobertos por representações que exprimem a maneira pela qual as trocas são praticadas e vividas, mas que não alcançam o princípio que as engendra”. O antropólogo (ou o cientista social), em face da espessura do sentido (que resulta de sua complexidade e invisibilidade, bem como de sua representação sempre parcial pelos membros da sociedade), ver-se-ia então obrigado a mobilizar um instrumental teórico refinado para abranger a multidimensionalidade das estruturas. Em outras palavras, teria de erigir modelos (esquemas e diagramas). Esses modelos formais, requeridos para a conquista de algum acesso à estrutura, surgem, na linguagem utilizada por Merleau-Ponty, como “antecipações teóricas de instituições existentes”, levando-nos a supor a presença de uma “infraestrutura formal no fundo dos sistemas sociais”, àquilo que o filósofo se refere como “uma espécie de pensamento inconsciente, uma antecipação do espírito humano, como se nossa ciência já estivesse feita nas coisas”. Os modelos, nesse sentido, são um “retrato formal” da sociedade – diz Chauí. Permitem perscrutar as “operações lógicas complexas realizadas pelas próprias populações que as vivem e

---

<sup>167</sup> MERLEAU-PONTY, op. cit., p. 198.

praticam”. É isso que a antropologia procuraria, ou seja, “uma síntese já feita no e pelo próprio social, e é exatamente isso que impede a confusão da estrutura com o modelo”.<sup>168</sup>

### 3.2 O Exercício do Poder na Democracia e a Unidade Simbólica da Sociedade

Vistas as raízes merleau-pontyanas da ideia de simbólico, é preciso resgatar novamente Lefort e sua concepção *do político*. Parece possível, agora, afirmar de maneira mais convincente que essa expressão (*o político*) indica a existência de uma “ordem simbólica” na sociedade. A revolução produzida pelos regimes democráticos ocorreu precisamente por conta de uma mutação nessa ordem, na qual poder, Direito e saber passaram a figurar desintrincados. Seguindo a leitura feita por Chauí, é possível postular que, na dimensão estrutural e instituinte (e, dessarte, “ontológica”) *do político*, há (já) como que uma exigência de que essas três esferas sejam organizadas, enquanto modelo social (no plano “ôntico”, portanto), desincorporadas e autônomas entre si. Essa é uma característica da *mise en forme* da sociedade democrática que, na qualidade de conjunto significativo ou simplesmente “estrutura” (para utilizar a linguagem merleau-pontyana), “não pertence propriamente nem ao mundo exterior, nem à vida interior”.<sup>169</sup> Novamente aqui: nem pura imanência, nem exclusiva transcendência. Trata-se de uma espécie de universalidade “oblíqua” ou “lateral”; simbólica, pois. Merleau-Ponty a mobiliza para pensar as ideias de sociedade e de copertença humana no seu tão complexo quanto instigante artigo sobre a troca e os dons. Vale transcrever, porque marcante, a passagem em que se dedica a explicar o funcionamento desse universal da ordem simbólica:

Mais profundamente: para uma antropologia, não se trata de dar a razão do primitivo ou de lhe dar razão contra nós, e sim de instalar-se num terreno onde sejamos, uns e outros, inteligíveis, sem redução nem transposição temerária. Este espaço comum emerge quando se vê na função simbólica a fonte de toda razão e de toda irrazão, porque o número e a riqueza das significações de que o homem dispõe sempre excedem o círculo de objetos definidos que mereçam o nome de significados, porque a função simbólica deve sempre estar em avanço com relação ao seu objeto e só encontra o real adiantando-o no imaginário. A tarefa é, pois, alargar nossa razão para torná-la capaz de compreender aquilo que em nós e nos outros precede e excede

<sup>168</sup> CHAUI, Marilena. A noção de estrutura em Merleau-Ponty. In: CHAUI, Marilena. **Experiência do pensamento**: ensaios sobre a obra de Merleau-Ponty. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 249-250.

<sup>169</sup> MERLEAU-PONTY, Maurice. **A estrutura do comportamento**. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 284.

a razão.<sup>170</sup>

Assim como a linguagem, considerada enquanto sistema integrante da estrutura simbólica, tem uma “pregnância”, uma presença latente de novas possibilidades expressivas engendradas pela própria língua, assim também o têm o *político*, a sociedade e os próprios direitos. Todos são campos abertos ao ausente e ao possível, nos quais cada significação aponta para um horizonte que ultrapassa o significado instituído. Isso porque “a estrutura é acontecimento”. Nela (na estrutura humano-simbólica), “a necessidade (a totalidade auto-organizada e autorregulada por princípios imanentes) é retomada pela contingência (a ação dos sujeitos históricos) porque o mundo humano é simbólico, portanto, indeterminado, aberto ao possível”. E – acentua ainda Chauí – “a ação humana, quando livre, é o poder para transcender uma situação dada de fato por uma outra que lhe confere nova significação”.<sup>171</sup> É a essa ordem do homem e, portanto, do social que Claude Lefort se remete quando afirma perseguir, em sua obra, “a marca do político” nos fatos, atos, representações e relações. São os “sinais” do político que evidenciam uma “dimensão simbólica do social”. Por isso, ou seja, por essa ideia de dimensão simbólica do comportamento humano é que o autor pode falar em Constituição como “estrutura” (concebida como legítima) do poder (em suas funções executiva, legislativa e judiciária), estrutura que condiciona nela mesma “a legítima distinção dos *status* sociais”. A partir dessa perspectiva simbólica, exsurge toda uma forma peculiar de enxergar a função do poder na sociedade, função essa que se liga intimamente às concepções de “regime” (notadamente “democrático”) e “direitos” (com especial ênfase aos “humanos” ou “fundamentais”).<sup>172</sup>

Tivemos a oportunidade de abordar a “aventura” que representou o advento da democracia, aventura instauradora de um regime de incerteza pela institucionalização do conflito que (já sempre) se encontra irredutivelmente incrustrado na carne do social. Essa incerteza, essa indeterminação, todavia, não é da ordem dos fatos empíricos. Assim como o nascimento do totalitarismo desafia toda explicação que o reduza ao nível da história empírica, “o nascimento da democracia assinala uma

<sup>170</sup> MERLEAU-PONTY, Maurice. **De Mauss a Claude Lévi-Strauss**. Trad. Marilena Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 203. (Os Pensadores).

<sup>171</sup> CHAUI, Marilena. A noção de estrutura em Merleau-Ponty. In: CHAUI, Marilena. **Experiência do pensamento**: ensaios sobre a obra de Merleau-Ponty. São Paulo: Martins Fontes, 2002 p. 253-256.

<sup>172</sup> LEFORT, Claude. Prefácio. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 11-15.



mutação de ordem simbólica, que atesta, o melhor possível, a nova posição do poder”. Com a derrocada da matriz teológico-política própria do *ancien régime*, o poder passou a ocupar, simbolicamente, um “lugar vazio”, inapreensível, infigurável. O poder, mesmo emanando do voto popular, não está alojado no interior da sociedade. Mas também não lhe é completamente externo. Permanece uma instância em virtude da qual a sociedade é apreendida em sua unidade, referindo-se a si mesma no espaço e no tempo. Contudo não mais representa – com o exurgir da experiência democrática – um polo incondicionado. Na terminologia lefortiana: “essa instância deixou de ter referência em um polo incondicionado; nesse sentido, marca uma clivagem entre o *dentro* e o *fora* do social, que institui a correspondência entre ambos; de maneira tácita é reconhecida como puramente simbólica”.<sup>173</sup> Essa transformação implica uma série de outras. A mais evidente e importante delas é o fenômeno da desincorporação, acompanhada do desintrincamento das esferas do poder, do Direito e do conhecimento. Lembremo-nos de que a carne do social (e, na mesma medida, o *político* que lhe é conatural) funciona como um espaço de inteligibilidade. Desse modo, as mudanças acarretadas pela alteração da matriz simbólica da sociedade não são simples consequências derivadas de relações de causa e efeito. Estas – as relações de causalidade – passam a perder sua pertinência se considerada a ordem do simbólico.<sup>174</sup> Estamos no campo da filosofia política e não da ciência política. A preocupação, pois, é com a “estrutura” da sociedade, com sua gênese que está nela mesma, uma vez que carrega consigo o princípio de sua organização e de sua transformação. Em outras palavras, a tarefa não está em descrever ou circunscrever fatos particulares *no* social, mas em pensar a *instituição* do social, no que se inclui um

<sup>173</sup> LEFORT, Claude. Prefácio. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 32-33.

<sup>174</sup> Seria possível utilizar uma expressão própria da fenomenologia para designar o tipo de relações que se travam em função da ordem simbólica: “*pars totalis*”, ou seja, a expressividade universal da experiência, em que cada parte remete às outras e ao todo (na sociedade, “o todo” equivale ao *político*). Fabio Di Clemente, filósofo italiano intérprete de Merleau-Ponty, bem situa a ideia de *pars totalis* no pensamento merleau-pontyano (o que se aplicaria em boa medida a Lefort): “Merleau-Ponty volta a falar de ‘elemento’, lembrando-nos a filosofia iônica. Isso também não deve nos surpreender. O elemento, para os filósofos iônicos, tinha o estatuto de *pars totalis*, que, como tal, ultrapassava as divisões entre a parte e o todo, o individual e o universal, a existência e a essência, entre outras; ademais, para Merleau-Ponty, não diferentemente da carne, ele não é matéria, não é espírito, nem substância. O conceito de mundo merleau-pontyano acaba representando tudo isso, enquanto ‘conjunto em que cada ‘parte’, quando a tomamos em si mesma, abre de súbito dimensões ilimitadas – torna-se parte-total””. JUNGES, Márcia; MAGALHÃES, Thamiris. Um convite à radicalidade. Entrevista com Fabio Di Clemente. **IHU On-Line Revista Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, ano 11, n. 378, p. 31-38, 31 out. 2011. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao378.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2018.

exame da forma de exteriorização e exercício do poder.

Propondo-se a enfrentar a questão sobre a permanência ou não da matriz teológico-política mesmo depois da superação dos regimes despóticos, Lefort redige artigo com considerações importantes para discutirmos a ideia de poder como polo simbólico da sociedade democrática. Pretendo tirar delas algumas consequências que espero sejam produtivas para o enfrentamento da hipótese da presente pesquisa. Naquele texto, o autor enfatiza que o filósofo, quando se põe a refletir sobre *o político* e seus respectivos princípios geradores, fatalmente inclui os fenômenos religiosos em sua reflexão. A ideia é a de que não seria possível separar entre o que diz respeito à forma política (“em virtude da qual são fixadas a natureza e a representação do poder, a natureza e a representação da divisão social [...] e, simultaneamente, são agenciadas as dimensões de uma experiência do mundo”) e aquilo que atine à estrutura religiosa (“em virtude da qual o visível atesta uma profundidade, os vivos são designados por meio da relação com os mortos, a fala dos homens encontra sua garantia em um acordo primordial, os direitos e os deveres são formulados em referência a uma lei originária”). Mesmo, portanto, com a aparente destruição completa da figuração teológico-política do poder pelas revoluções democráticas, o religioso não foi, evidentemente, erradicado da sociedade. Bem diversamente disso, tanto o político como o religioso permanecem direcionando o pensamento filosófico à presença do simbólico. Claro que esse direcionamento – alerta-nos Lefort – não se dá “no sentido conferido pelas ciências sociais, mas sim no sentido em que um e outro comandam, por meio de suas próprias articulações, um acesso ao mundo”. Nada impede, nessa linha, que se conceba um conflito entre essas duas estruturas da sociedade, o que é mesmo “tacitamente reconhecido” com muita frequência.<sup>175</sup> Não é a intenção deste trabalho – como parece óbvio – discorrer minudentemente sobre as relações entre o político e o religioso, muito menos problematizá-las. Interessa-me a constatação de que essas duas instâncias conferem inteligibilidade ao mundo, governando, em um importante sentido, nosso acesso ao real, considerado aqui como o existente empírico.<sup>176</sup> Eis aí uma relevante função do poder, o qual só pode –

---

<sup>175</sup> LEFORT, Claude. Permanência do teológico-político? In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**. Ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 258-259.

<sup>176</sup> Tal como se passa com a sua noção de “simbólico”, Lefort não se preocupa em descrever o sentido que empresta a conceitos correlatos, como “imaginário” e “real”. Valho-me de um importante intérprete do seu pensamento, Bernard Flynn, para quem, “segundo Lefort, o simbólico é o que dá acesso ao real; para ele, o *real* significa aquilo que ocorre na realidade empírica. Não conserva o

segundo o pensamento lefortiano – existir enquanto representado.<sup>177</sup>

Há, de fato, uma ligação entre poder, ordem simbólica e *mise en scène* (“posta em cena”, “representação”) da sociedade. Daí a postulação de Lefort no sentido de que a filosofia moderna não pode ignorar sua relação com a religião moderna. Não pode permanecer à distância do trabalho da imaginação, submetendo-o a um puro objeto de conhecimento. O filósofo deve exercer também “um trabalho”, mas um trabalho do pensar filosófico, uma interrogação sobre o fenômeno. Isso o coloca em contato com o simbólico. Indagar-se sobre a permanência do teológico-político é colocar-se na órbita da dimensão simbólica da sociedade. O problema, então, que deverá ser enfrentado está em apreciar a mudança que contém a representação de um poder sem fundamento religioso. É ao desenvolvimento das consequências dessa pergunta que o autor se dedica no artigo ora examinado. E uma delas está relacionada precisamente à circunstância de que “é impossível dissociar a posição do poder de sua representação, pois confere ao poder um estatuto simbólico”. A novidade presente na *mise en forme* das democracias modernas “atesta uma nova determinação-figuração do *lugar do poder*”. A reflexão sobre o poder implica – com especial ênfase em regimes democráticos – referir-se a um lugar a partir do qual ele se deixa ver, ler, nomear. É, nesse sentido, sua forma enquanto polo simbólico que se entremostra, antes mesmo que possamos analisar suas determinações empíricas. Manifesta, portanto, uma espécie de “exterioridade da sociedade a si mesma, garante-lhe uma quase reflexão sobre si mesma”. Um “quase-transcendentalismo”, para empregar uma terminologia pós-fundacionalista. Lefort adverte que devemos evitar projetar essa exterioridade no real, sob pena de não mais fazer sentido para a sociedade. O poder

---

sentido lacaniano, segundo o qual indica uma relação com aquilo que escapa a toda simbolização.” (tradução nossa). FLYNN, Bernard. **Lefort y lo político**. Trad. Gabriel Merlino. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. p. 171.

<sup>177</sup> O “simbólico”, conceito muito presente no transcorrer da trajetória intelectual de Lefort, é – como antecipado – tão complexo quanto central para a compreensão de seu pensamento. Nem sempre, contudo, sua abordagem vem explicitada em seus textos, de modo que a captação do sentido correto com que emprega essa expressão não é trabalho dos mais fáceis. Não obstante, uma característica – decorrente da ideia de ordem simbólica – que com frequência traz o filósofo político francês é exatamente o fato de que o poder pode funcionar apenas como representado, isto é, o poder político e sua representação são inseparáveis. Há nesse argumento influência do pensamento de Ernst Kantorowicz, no seu já citado clássico “*The King's Two Bodies*”, em que fala de uma dupla natureza – de um lado, física e mortal; de outro, incorruptível, eterna – do corpo do rei no curso da Idade Média (KANTOROWICZ, Ernst H. **Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval**. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998). O que parece mais interessar a Lefort em Kantorowicz é efetivamente a *representação* dessa dupla natureza do corpo do rei. Esse é, a propósito, o diagnóstico de Luciano Oliveira, com o qual concordo. OLIVEIRA, Luciano. **O enigma da democracia: o pensamento de Claude Lefort**. Piracicaba: Jacintha, 2010. p. 74.

dá sinais de um *fora* a partir do qual a sociedade se define. Eis aí o seu enigma, o enigma “de uma articulação entre interior-exterior, de uma divisão instituindo um espaço comum, de uma ruptura que simultaneamente é relacionamento, de um movimento de exteriorização do social que vai de par com um movimento de interiorização do social”.<sup>178</sup>

Bernard Flynn fala em uma “dialética sem síntese” entre unidade e pluralidade nesse modo de ser do poder: “a obstinação da divisão social e do conflito não eviscera a unidade da sociedade; sem embargo, não é uma unidade alcançada ou alcançável”. (tradução nossa).<sup>179</sup> Ela, a unidade, poderia talvez ser melhor definida como uma atividade ou um trabalho do poder de permanente busca. Essa característica, aliás, que assume o poder na sociedade democrática – gerar estabilizações provisórias de sentido em meio a um conflito ineliminável – dá conta de uma já referida singularidade dessa forma de sociedade em Lefort. A democracia representativa moderna é o único regime em que a representação do poder o atesta como um “lugar vazio”, metáfora que indica uma separação entre simbólico e real. Esse ateste vem tanto por meio de um discurso que defende o não pertencimento do poder a ninguém, no sentido de que quem o exerce não o detém tampouco o encarna, como pela institucionalização do conflito com o reconhecimento dos direitos de liberdade, da competição partidária e do exercício apenas periódico do poder por autoridades eleitas pelo voto.<sup>180</sup> Contudo não devemos simplesmente confundir ou equiparar a institucionalização do conflito e o discurso de que o poder não pertence a ninguém com a postulação de que o poder designa, nas democracias, um lugar vazio. Esta indica uma potência simbólica. Não se trata de uma mera formulação discursiva. O discurso da inapropriação do poder – muito embora, também ele, constitutivo do social – pode ser formulado por atores

---

<sup>178</sup> LEFORT, Claude. Permanência do teológico-político? In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 261-262.

<sup>179</sup> FLYNN, Bernard. **Lefort y lo político**. Trad. Gabriel Merlino. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. p. 289-290.

<sup>180</sup> O autor obtempera o argumento da inauguração, pela democracia moderna, do poder como não pertencente a ninguém, o que não retira, por evidente, o caráter emancipatório e revolucionário desse tipo de regime, que atesta mais do que isso (atesta o poder como um “lugar vazio”; isso, sim, representa – como veremos – uma novidade no plano simbólico da sociedade): “Sem dúvida, com razão será observado que o princípio de um poder que é proibido à apropriação dos homens afirmou-se na democracia antiga, porém, quase não seria preciso lembrar que a representação da Cidade e a definição da cidadania residem na discriminação fundada em critérios naturais ou, o que nesse caso dá no mesmo, sobrenaturais.” LEFORT, Claude. Permanência do teológico-político? In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 262-263.

políticos, porquanto subentende uma representação que fazem de si mesmos (por meio da qual recusariam a si e a cada um o direito de tomar posse do poder). Diz-nos acerca desse ponto Lefort que a velha fórmula grega “o poder está *no meio*” não deixa de preservar um vínculo com a presença de um grupo, grupo esse que tem uma imagem de si, de seu espaço e de seus limites. Dessa maneira, ao dizermos que o poder não pertence a ninguém, estamos na verdade afirmando o não pertencimento do poder a nenhum “*d’entre nós*”. Por outro lado, a referência a um lugar vazio furtar-se-ia à própria fala, porquanto, nessa fórmula, não está pressuposta uma comunidade cujos membros se encontrariam na posição de “Sujeitos”<sup>181</sup> pelo só fato de serem membros. Indicar um “lugar vazio” equivale a exprimir uma sociedade sem determinação positiva alguma, irrepresentável na figura de uma homogênea comunidade. Daí a conclusão do autor, no sentido de que o motivo que faz com que a divisão da sociedade não nos remeta, nos regimes democráticos modernos, a um polo localizado *fora* dela (“Deus”, “Cidade”, “terra santa”) também faz com que não sejamos direcionados a um *dentro*, imputável a uma eventual “substância” da comunidade. Há sempre disputa aí. A própria “imagem” da comunidade é disputável. O poder provisoriamente a fixa em um plano simbólico, mas – insisto – não erradica o conflito, a pluralidade, a divisão, que ocorrem no real, mas também na ordem simbólica, o que é próprio do comportamento humano, como vimos ao abordar Merleau-Ponty.<sup>182</sup> Vale evocar, em nome da clareza, a exata terminologia lefortiana

---

<sup>181</sup> O fenomenólogo emprega essa expressão com a letra “s” maiúscula para designar o “sujeito de conhecimento” ou o “homem de ciência”, aquele que seria capaz de captar a substância, a totalidade da sociedade por uma visada de “sobrevoo”.

<sup>182</sup> Lefort, em artigo no qual se dedica a criticar a concepção marxista de ideologia e de divisão empírica dos homens nas operações de produção, utiliza uma frase um tanto enigmática, com certo exagero retórico, mas muito interessante para designar o simbólico da divisão social, qual seja, “a divisão social não está na sociedade”. Ele justifica essa assertiva invocando, precisamente, a ordem do simbólico, acusando Marx de negá-la: “[...] o próprio conceito de divisão do trabalho reenvia a um fato bruto, um fato de evolução, decerto que aos olhos de Marx, mas que se inscreve num campo já preparado secretamente de maneira a dar a ilusão de que os elementos estão naturalmente determinados. A esse respeito, nada mais significativo do que o esforço de Marx, na *Ideologia Alemã*, para regressar às origens da divisão do trabalho e sua afirmação de que, primitivamente, ela nada mais era senão a divisão do trabalho no ato sexual. Eis onde o positivismo de Marx se desvenda sem equívoco. A tese supõe aquilo que precisamente escapa à explicação: uma divisão de sexos tal que os parceiros se identificariam mutuamente como diferentes, portanto, elevariam essa diferença à reflexão e se representariam como homem e mulher. Para notar que não se trata de um simples descarrilamento na interpretação, basta observar que no mesmo fragmento da *Ideologia Alemã*, quando Marx enumera as três condições fundamentais da história da humanidade, a procriação é apresentada como o ato de produção da família, da dupla relação homem/mulher, pais/filho. Assim como a cópula está encarregada de fornecer o modelo primitivo da cooperação e da divisão social, a procriação está encarregada de fornecer o engendramento histórico da humanidade. Nos dois casos encontra-se negada a articulação da divisão – a dos sexos e a das gerações – com o ‘pensamento’ da divisão, um ‘pensamento’ que não poderia ser deduzido desta,

sobre esse assunto: “o motivo que faz com que não exista materialização do *Outro* – graças ao qual o poder teria função de mediador, fosse qual fosse sua definição –, também faz com que não exista uma materialização do *Um* – o poder tendo então a função de encarnador”.<sup>183</sup>

Isso tudo dá conta de que a unidade da sociedade representada pelo simbólico do poder não pode, na democracia, apagar a sua inerente divisão. Em outras palavras, “o poder não se desprende do trabalho da divisão no qual se institui a sociedade, e esta, simultaneamente, só se refere a si mesma à prova de uma divisão interna que se mostra, não de fato, mas geradora de sua constituição”.<sup>184</sup> Vimos que Lefort densifica filosoficamente sua ideia de que o conflito é irreduzível na sociedade a partir de uma leitura que faz de Maquiavel, materializada em estudo extenso e importante sobre a obra do florentino (“*Le Travail de l'oeuvre Machiavel*”).<sup>185</sup> O autor francês

---

visto que está implicado na definição dos termos. É a ordem do simbólico que se encontra negada, a ideia de um sistema de oposições em virtude do qual as figuras sociais são identificáveis e articuláveis umas com relação às outras, a relação que os agentes sociais mantêm com a representação; ou digamos, ainda, que Marx se recusa a reconhecer que a divisão social também é originariamente a do processo de socialização e do discurso que o nomeia. Fazer a crítica de Marx não induz, de modo algum, a afirmar o primado da representação e em recair na ilusão, denunciada por ele, de uma lógica das ideias independente, nem elimina a tarefa de descobrir os mecanismos que tendem a assegurar a figuração de uma essência imaginária da comunidade. Muito pelo contrário, procuramos concebê-las, mas sem ceder à ficção naturalista. Ora, a tentativa supõe que se deixe de confundir a divisão social com a repartição empírica dos homens na operação de produção. Não podemos determiná-la, como também não podemos determinar a divisão dos sexos, num espaço objetivo que lhe preexistiria; não podemos referi-la a termos positivos quando surgem como tais em seu próprio movimento. É o espaço social que se institui com a divisão, devemos pensar, e só se institui na medida em que aparece para si mesmo. Sua diferenciação através das relações de parentesco ou das relações de classe, através da relação entre Estado e sociedade civil, é indissociável do desdobramento de um discurso à distância do suposto real, discurso enunciador da ordem do mundo. Impossível, portanto, ocupar uma posição que permitisse abarcar a totalidade das relações sociais e o jogo de suas articulações; e impossível, de resto, abarcar a totalidade do desenvolvimento histórico, fixar uma origem e um fim para a divisão social, visto que mascararíamos, então, nossa própria inscrição no registro do discurso que está posto em jogo na divisão e tal ignorância nos incitaria a tomar nossa representação como real em si. No presente, o que nos parece marcar o limite do pensamento de Marx é sua maneira de tratar o processo da representação como se se engendrasse nas aventuras da cooperação e da divisão, como se essa realidade se determinasse no nível natural do trabalho. Assim sendo, ele só poderia expor-se a confundir a ordem do ideológico e a do simbólico, a reduzir o discurso mitológico, religioso, político, jurídico, etc. à projeção de conflitos ‘reais’ no imaginário, finalmente, a fazer com que as marcas da lei e do poder decaiam para o plano empírico, a convertê-los em ‘produtos’ sociais”. LEFORT, Claude. **As formas da história**: ensaios de antropologia política. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes e Marilena Chaui. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 306-308.

<sup>183</sup> LEFORT, Claude. Permanência do teológico-político? In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 263.

<sup>184</sup> LEFORT, Claude. Permanência do teológico-político? In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 263.

<sup>185</sup> Esta a respectiva tradução espanhola, de que me valho aqui: LEFORT, Claude. **Maquiavelo**. Lecturas de lo político. Trad. Pedro Lomba Falcón. Madrid: Trotta, 2010.

acolhe a postulação maquiaveliana de que a divisão social, longe de significar sua negação, é constitutiva da sociedade política, o que se manifesta de forma muito eloquente nos regimes democráticos,<sup>186</sup> com o surgimento de um sujeito político desprovido de corpo (o povo). A divisão pode “constituir” graças a uma “saída simbólica” propiciada pelo poder, o qual, seguindo na trilha lefortiana, não é apenas o meio de que se vale a sociedade para adotar decisões que afetam a generalidade de seus membros, mas – mais profundamente – concerne à identidade e à definição da sociedade como tal. Não fosse o poder, não haveria “espaço social”, mas apenas indivíduos justapostos no espaço físico. Enquanto simbólico, o poder representa uma espécie de exterioridade da sociedade com respeito a si mesma, ponto a partir do qual atua reflexivamente, ou seja, não apenas “refletindo” a imagem do social, mas também “reflexionando” acerca de sua (da sociedade) unidade. Como anota Poltier, *“sólo en favor de esa separación de la sociedad con el lugar del poder como polo simbólico, consigue su unidad y se instituye un espacio común”*. E acrescenta: *“en tanto lugar en el que la sociedad se entrega a ver su unidad, el poder es al mismo tiempo el lugar en el que ella reflexiona los principios de lo que Lefort llama su ‘formalización’, es decir, de su diferenciación en elementos y de su relación”*.<sup>187</sup>

Esses “princípios de formalização do social”, estando incrustados *no político* ou, para manter a terminologia ora empregada, na ordem simbólica, não se encontram à disposição de ninguém, seja indivíduo, grupo ou classe, porquanto constitutivos da própria identidade da sociedade e de seus membros. E só podem ser assim, eficazmente operativos, porque se impõem a todos e a cada um como marcos significativos de sua ação. Atuam como esquema reitor que possibilita a formalização das relações sociais, evidenciando o seu sentido ao mesmo tempo que lhes põe em cena. Formam, pois, a “estrutura” ou a “carne” do social. A visibilidade e a inteligibilidade desses princípios reitores é assegurada precisamente pelo lugar que dá à sociedade uma “quase-representação” de si mesma, de sua unidade: o poder, que – como registrado – ostenta em Lefort uma dimensão, muito antes do que instrumental, simbólica.<sup>188</sup> Vale reforçar ainda mais esse aspecto, pois gerará

<sup>186</sup> Vide: OLIVEIRA, Luciano. **O enigma da democracia**: o pensamento de Claude Lefort. Piracicaba: Jacintha, 2010. p. 47; e CHAUI, Marilena. Prefácio. In: OLIVEIRA, Luciano. **O enigma da democracia**: o pensamento de Claude Lefort. Piracicaba: Jacintha, 2010. p. 11-12.

<sup>187</sup> POLTIER, Hugues. **Claude Lefort**: el descubrimiento de lo político. Trad. Heber Cardoso. Buenos Aires: Nueva Visión, 2005. p. 50.

<sup>188</sup> POLTIER, Hugues. **Claude Lefort**: el descubrimiento de lo político. Trad. Heber Cardoso. Buenos Aires: Nueva Visión, 2005. p. 49.

consequências para a hipótese deste trabalho.

Em diversas oportunidades, o autor acentua essa espécie de “qualidade” do poder, sendo mesmo enfático ao afirmar ser “preciso reconhecer que não há – em qualquer sociedade que seja – poder algum que se reduza à dominação ou à direção de um Estado cujo traço distintivo seria o monopólio da violência legítima [...]”. (tradução nossa).<sup>189</sup> Inclusive, em obra tardia (1999) dedicada a uma análise política e filosófica do regime totalitário comunista (e que não deixa de traduzir seu pensamento em estágio mais maduro), Lefort chega a sugerir uma definição de “poder”, nestes exatos termos:

Polo da autoridade, agente da coesão da sociedade, redutor dos conflitos reais ou virtuais que compreende, [o poder] é simultaneamente garantidor de uma lei que excede as regras comumente respeitadas e de uma permanência que não deriva da simples coexistência de fato de grupos que compartilham um mesmo território, no mais das vezes a mesma língua, e ligados por obrigações recíprocas devidas aos imperativos da vida em comum. A delimitação de um lugar de poder atesta uma assimetria do espaço social, figurando-o, seja quando exerce uma força de coesão, seja quando isso lhe está proibido, como se observa no caso de numerosas sociedades selvagens. Assim, não se pode conceber o poder como uma instituição entre outras e situá-lo *na* sociedade, ainda que se lhe atribua uma função predominante. Sem dúvida, aparece nela através da presença visível de alguém ou de alguns que supostamente o encarnam ou são seus depositários; mas é sempre por meio de mitos, de rituais, de cerimônias, ou de uma elaboração religiosa, como são feitos ostensivos os signos do poder e de sua distância. (tradução nossa).<sup>190</sup>

Vale destacar, a propósito dessa conceituação de poder, que a sua (do poder) desincorporação, o fato de que aqueles que o exercem dependem do voto e só gozam de legitimidade na medida em que lhes seja reconhecida pelo povo, não contradiz a afirmação de que o lugar do poder não está circunscrito no interior da sociedade. Lembremo-nos de que o lugar do poder deve permanecer simbolicamente “vazio”. De tal maneira que, sendo vedado a qualquer um ocupá-lo, será sempre desde esse lugar impreenchível que a sociedade adquirirá uma “quase-representação” de si, por mais dividida que esteja, por múltiplas que sejam as oposições trabalhando em seu interior. A desincorporação do poder de que fala Lefort não se reduz a um dispositivo jurídico-funcional. É preciso que o soberano tenha deixado de encarnar a sociedade, não esteja mais postado acima das leis. Isso – é certo – implica uma distinção operativa,

<sup>189</sup> LEFORT, Claude. **La complicación**: retorno sobre el comunismo. Trad. Víctor Goldstein. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2013. p. 150.

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 150.



tacitamente reconhecida, entre o simbólico e o real. E há aí, sem dúvida, um tipo de paradoxo: do interior da sociedade o poder indica um lugar que excede seus limites, projeta-se para *fora*, enquanto, concomitantemente, comunica-se consigo mesmo por meio das suas várias instituições e de seus antagonismos internos. Mas se cuida de um paradoxo fecundo, que deixa claro o estatuto simbólico do poder. Com efeito, “não há poder que, duradouramente arraigado na sociedade, não tenha uma função simbólica, assim como não há sociedade política cuja constituição não tenha uma significação simbólica”. (tradução nossa).<sup>191</sup> A só ideia de prover uma unidade já implica um projetar-se.

Como visto, nos regimes democráticos, essa “não encarnação” do poder – o qual passa a não mais se identificar com uma entidade metafísica transcendental, tampouco fica condensado *na* sociedade – impede que abarque em si o Direito (a lei) e o conhecimento (o saber). Ele já surge, portanto, limitado. É claro que isso exige uma institucionalização do conflito e, no momento do voto, uma “quase-dissolução” das relações sociais. Vale remarcar, aliás, que esses dois fenômenos atestam de modo muito significativo a articulação entre as ideias de poder como instância simbólica (como “lugar vazio”) e de sociedade como não detentora de unidade substancial. A institucionalização do conflito, nesse sentido, não está à disposição do poder democrático (que dela depende) e traz consigo, correlatamente, um bom número de direitos que dizem respeito ao conjunto da vida social, como, por exemplo, as liberdades de opinião, de expressão e de associação e a garantia de circulação de pessoas e de ideias. Institucionalizar o conflito pressupõe o reconhecimento, em alguma medida ou extensão, desses direitos, que – como veremos a seguir – também ostentam um excedente de sentido acarretado por seu estatuto simbólico.

A propósito, é justamente por conta de tal relação (de ordem simbólica) entre institucionalização do conflito e direitos fundamentais que Lefort pode afirmar que “a ideia de uma cisão, tão frequentemente evocada, entre as esferas do Estado e da sociedade civil parece obscurecer, ao invés de esclarecer, os traços do fenômeno democrático”. Uma cisão canônica entre essas instâncias impediria a demarcação de uma “configuração geral das relações sociais na qual a diversidade e as oposições se tornaram sensíveis”. O poder político, nesse sentido, institui uma *cena* (*mise en scène*) na qual “o conflito se representa aos olhos de todos (desde que a cidadania não mais

---

<sup>191</sup> LEFORT, Claude. **La complicación**: retorno sobre el comunismo. Trad. Víctor Goldstein. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2013. p. 150-152.

é reservada a um pequeno grupo) como necessário, irreduzível, legítimo”. Por outro lado, o poder acarreta, é claro, a quem o exerce o ônus da decisão. Com isso, acaba fixando provisoriamente uma identidade para o social, mas não deixa de, simultaneamente, contribuir para a formação simbólica da cena na qual a divisão e a disputa aparecem não apenas de fato, mas legitimamente de direito. Pouco importa – por evidente – que partidos políticos, por exemplo, autoproclamem-se defensores do “interesse geral” e da “união”. Isso não apaga o simbólico, a vocação da sociedade democrática para a divisão. Lefort rememora, no artigo sobre a permanência ou não do teológico-político, um fenômeno que observara em diversas oportunidades, intimamente relacionado às ilações acerca do poder ali e aqui apresentadas: o fato de que o sufrágio universal, embora fundado no princípio da soberania popular, acaba por, no momento mesmo em que esse princípio seria mais solicitado, transformá-lo “em pura diversidade de indivíduos, cada qual abstraído à rede dos liames sociais nos quais sua existência é determinada”. De fato, talvez nada seja efetivamente tão representativo do paradoxo democrático (divisão/identidade) do que reconhecer que a referência última à identidade do povo esteja de algum modo “encobrendo a enigmática arbitragem do Número”.<sup>192</sup>

Ao ligarmos os temas do poder, do simbólico, do povo e do voto, reconectamo-nos à concepção de que, nas democracias modernas, o “ser do social” se furta a uma determinação, sua carne acaba formada por um questionamento interminável de seus fundamentos. O poder, o Direito e o conhecimento não mais repousam em portos seguros. O lugar vazio do poder e a dissolução dos marcos referenciais de certeza são, nesse sentido, conaturais. E esse conjunto de fatores atesta a separação do real e do simbólico. Mas – alerta Lefort – “essa separação é apenas indicada; é operante, porém, não é *visível*; não tem estatuto de objeto para conhecimento”. O que, então, aparece aos nossos olhares? Segundo o filósofo político, o que capta a nossa atenção são os “atributos” do poder, os “traços distintivos” da competição para alcançá-lo, bem assim “os mecanismos que comandam a formação de uma autoridade pública, a seleção dos dirigentes e, mais amplamente, a natureza das instituições que têm o encargo do exercício ou do controle dessa autoridade” (dentre essas últimas se enquadra, considerado o cenário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, cuja

---

<sup>192</sup> LEFORT, Claude. Permanência do teológico-político? In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 264.

legitimidade é objeto deste trabalho). A conclusão, enfim, é a de que a dimensão simbólica do social e do poder, nos regimes democráticos modernos, “deixa-se ignorar pelo próprio fato de não mais ser transmutada na representação de uma diferença entre o mundo visível e o mundo invisível”.<sup>193</sup>

Essa conclusão deve ser compreendida de maneira relacional com as reflexões de Lefort sobre o “dispositivo teológico-político” cristão, ou seja, acerca da organização simbólica na qual viveu a Europa pré-moderna. A teologia cristã punha em forma (*mise en forme*) uma relação entre a humanidade e o mundo. Como anota Flynn, “os indicadores simbólicos, que são as bases da lei, do poder e do conhecimento, localizavam-se então *em outro lugar*, um mundo invisível afirmado por uma imensa maioria”. Dizendo-o de um modo mais claro, ao abordar o cristianismo em seus estudos sobre o teológico-político, Lefort pretende dar conta da estrutura simbólica do *ancien régime*. O rei representaria ali, ao mesmo tempo, a unidade do reino e a intersecção com o divino, reivindicando nessa medida a legitimidade de seu poder. A unidade assim constituída transcende o plano dos eventos particulares, engendrando uma identidade em profundidade, por meio da qual os vivos se relacionam com os mortos e com o futuro. É uma unidade que se projeta no corpo do rei, constituindo o espaço social em que os conflitos de classe se desenvolvem e no qual podemos distinguir os usos legítimos e ilegítimos do poder. Lefort rejeita a ideia de que a religião funcione apenas como uma ideologia ou que seja simplesmente uma opinião equivocada. A religião postularia, a seu ver, “a não identidade da sociedade consigo mesma, a *écart* que distingue a identidade da sociedade com respeito a si mesma”. Em suma, a religião representa, na pré-modernidade, “o Outro”, a alteridade irreduzível do social, “um excesso de ser sobre a aparência”. (tradução nossa).<sup>194</sup> A experiência de “não coincidência”, nas sociedades pré-modernas, está, portanto, posta na relação dos homens com outro mundo, o mundo invisível de Deus ou dos deuses. É o que compõe – insisto – a estrutura simbólica do antigo regime. Tanto o

---

<sup>193</sup> LEFORT, Claude. Permanência do teológico-político? In: LEFORT, Claude. **Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade**. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 265.

<sup>194</sup> FLYNN, Bernard. **Lefort y lo político**. Trad. Gabriel Merlino. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. p. 149, 158, 167 e 168. Parece-me importante registrar que a ideia de “Outro” em Lefort também é tributária de suas raízes merleau-pontyanas. Flynn lembra que, embora Lefort escreva comumente a letra “O” de Outro de forma maiúscula, o que guarda ressonâncias com o “O” maiúsculo do Outro de Lacan, trata-se, de fato, de uma mera ressonância e não de uma coincidência. “Pelo contrário, o pensamento de Lefort aponta para certos aspectos da obra de Merleau-Ponty, na medida em que a identidade do corpo se constitui através de uma divergência fundamental, uma *écart* consigo mesmo.” (tradução nossa). *Ibid.*, p. 169.

político como o religioso são “articulações internas do simbólico que, de maneira simultânea, marcam nossa finitude e nos abrem ao mundo”. Entretanto, uma vez que o simbólico, na pré-modernidade, é representado pelo elemento religioso, há ali como que uma identificação com o imaginário (confluência que vai determinar o próprio acesso ao real). Não é possível, a partir de um ponto de vista interno à sociedade pré-moderna, distinguir entre si tais dimensões. Em outras palavras, a pré-modernidade pode ser considerada, no interior do pensamento lefortiano, a própria condição que tornaria essa distinção impossível, isto é, o simbólico, o imaginário e o real não poderiam ser analiticamente decompostos (e assim percebidos) por aqueles que viveram nas sociedades desse período histórico. O religioso, então, fixa as bases do simbólico em um imaginário místico, e o real acaba sendo determinado por essa relação.<sup>195</sup>

---

<sup>195</sup> Em mais de uma oportunidade foi realçado que não existe, em Claude Lefort, maior preocupação com a descrição do quanto entende por “simbólico”, “imaginário” e “real”. O simbólico daria acesso ao real, sendo “o real” meramente aquilo que ocorre na realidade empírica e não o que escaparia à simbolização. Bernard Flynn foi um de seus intérpretes que desenvolveu o tema com algum detalhamento. E embora Flynn não aceite a existência de uma influência marcada de Lacan no pensamento do filósofo político francês, utiliza-se das descrições lacanianas de “simbólico” e “imaginário” (com algumas adaptações, como admite) para explicar o sentido dessas expressões em Lefort, notadamente em sua relação com o fenômeno da passagem da democracia ao totalitarismo (tema já adiantado e que será retomado ainda neste capítulo). Pelo seu poder didático e, pois, na crença de que auxiliará em uma melhor compreensão do ponto ora tratado, reproduzo a exposição de Flynn: “O pensamento de Lefort toma emprestado certos aspectos [...] do pensamento de Lacan e os transforma: sua teoria do totalitarismo pode ser reformulada em termos lacanianos. Segundo Lacan, a ordem simbólica é a ordem do significante. Como bem se sabe, Lacan deriva seus conceitos linguísticos da obra de Saussure, para quem a linguagem é um sistema de diferenças sem termos positivos, o que equivale a dizer que um significante é o que é somente a partir de sua referência a um sistema de referências em essência ausente. A possibilidade do discurso, o ordenamento sintagmático dos significantes se encontra em uma indefinição fundamental. É, por princípio, impossível determinar antecipadamente o que pode ser dito em uma linguagem. Para Lacan, o desejo, existente em um nível do significado como mediado através da ordem simbólica, não está sujeito à satisfação, dado que cada objeto de desejo existe dentro de um sistema metonímico de substituições. Todos esses aspectos do indeterminado são os desejos totalitários de anulação, surgidos a partir da dissolução da legitimidade simbólica. É pelo medo gerado pela percepção que a sociedade tem de si mesma como algo fragmentado (*morcelé*) que ‘vemos o desenvolvimento da fantasia do Povo-como-Um, o começo da busca de uma identidade substancial, de um corpo social unido a sua cabeça, de um poder encarnado, de um Estado liberado de sua divisão’ (*DPT*, 20). Esse desenvolvimento sucede em todos os níveis do imaginário. Segundo Lacan, o imaginário, à diferença da ordem simbólica (caracterizada por sua referência à ausência e à indeterminação), é especular e se caracteriza por um ‘sujeito’ cativado por sua própria imagem. O imaginário não apenas se refere à vista em oposição ao discurso; pelo contrário, caracteriza-se por um tipo particular de visão, uma visão que não reconhece, mas mal interpreta. Não obstante, o imaginário não faz surgir o erro, mas, sim, a ilusão. Em *O futuro de uma ilusão*, Freud faz uma distinção entre o erro e a ilusão a partir do papel que desempenha a satisfação do desejo na constituição de uma ilusão. Segundo Lacan, o eu se constitui no nível do imaginário; o protótipo dessa constituição é o reconhecimento da criança, seu mal reconhecimento de si mesmo frente ao espelho na idade de dezoito meses. Antes desse acontecimento, a criança experimenta uma incapacidade para coordenar os movimentos de seu corpo, atravessa a experiência à qual Lacan chama de ‘o corpo fragmentado’ (*le corps morcelé*). O ‘reconhecimento’ que realiza a criança através da identificação com a imagem do espelho é eficiente para superar esse estado de angústia;

Daí que a dúvida colocada por Lefort quanto à permanência ou não do teológico-político na modernidade não possa ser respondida nem de maneira afirmativa nem negativamente. Ela se refere tanto a uma continuidade como a uma descontinuidade. Há continuidade porque a pergunta nos coloca frente à experiência de não identidade da sociedade consigo mesma, na medida em que está em jogo nossa relação com o Outro, com aquele que não está propriamente “dentro” da história humana. Nesse peculiar sentido, há uma permanência do teológico-político pré-moderno (já foi sugerido que, para Lefort, a fantasmática busca de supressão desse “Outro” está no germe das tentativas totalitárias). A descontinuidade, por outro lado,

---

sem embargo, ao engendrar tal integração até esse momento ausente, produz um mal reconhecimento: apesar da importância da identificação imaginária para o desenvolvimento da criança, a identidade do ser humano não se estabelece a partir de uma identificação especular com uma imagem. Segundo Lacan, a ‘identidade’ humana se estabelece no registro simbólico, não no imaginário; assume-se a identidade humana ao assumir-se o nome do pai. A ascensão ao nome do pai (*nom du père*) se realiza mediante a submissão ao ‘não’ do pai (*non du père*), isto é, mediante a passagem através da tragédia edípica que gera a proibição do incesto. A criança assume assim uma identidade que, tal como sucede com a linguagem que fala, transcende-a por todos os lados, pois já não é ela nem a origem do sistema de parentesco dentro do qual se desenvolve nem a origem da linguagem que fala. A criança existe no território do Outro. Como vimos, o totalitarismo deseja negar o Outro. Através da identificação imaginária com a imagem do Povo-como-Um, o totalitarismo busca negar a ordem simbólica e, com ela, a dimensão do Outro. Tal negação é possível ao nível do indivíduo: se chama demência. Apesar de as ações dos governos totalitários abundarem em analogias com delírios e extravagâncias dos loucos, Lefort não se arrisca a desenvolver esse tipo de argumentação, e por uma boa razão, a saber: a proposição de tais analogias o conduziria ao psicologismo. Apesar de haver em sua obra um entrecruzamento de discursos psicanalíticos e políticos, não existe uma redução de um ao outro. Como observamos mais acima, a psicanálise não funciona como uma grande narrativa em seus escritos. A diferença mais notável entre os dementes e os projetos totalitários é que, enquanto a demência é verdadeiramente possível, o projeto totalitário não o é; isso se deve a que toda sociedade concebível, para não dizer histórica, articula-se, na realidade, em termos de divisões, conflitos, interesses, oposições, etc. No projeto totalitário, a impossibilidade de eliminar a divisão social se evidencia na ‘reaparição de uma clivagem, mais profunda que em qualquer outro regime, entre o discurso do poder e a forma pela qual o povo experimenta sua situação’ (*DPT*, 234). O intento de apagar toda *alteridade* é um exercício do imaginário realizado sobre a ordem simbólica; é um esforço para eliminar a eficiência do discurso. Deseja ‘abolir a distância entre a enunciação e o enunciado [*l’enonciation et l’annonce*] e gravá-lo em cada sujeito, sem se importar com a significação das palavras’ (*DPT*, 234). Por fim, essa imposição se faz transparente, e o partido que pretendia encarnar a sociedade termina por existir em sua periferia. Por exemplo, pense-se no ‘Partido dos Trabalhadores Polacos’, composto em sua totalidade por policiais e burocratas. Quando ressurgiu a divisão social, começaram a aparecer tanto as aspirações democráticas como a antiga religião. Nesse momento, os ‘pedidos democráticos’ e o cristianismo se entrecruzam em uma circunstância específica desde o ponto de vista histórico, e para além dessa conexão fática, manifesta-se uma conexão simbólica entre as instituições democráticas e a fé cristã. Segundo Lefort, ambas exigem a legitimidade da dimensão do Outro: por um lado, a democracia, por ser uma afirmação do irreduzível da divisão social e da exterioridade da sociedade com respeito a si mesma; por outro, o cristianismo, porque em uma sociedade totalitária, em resposta ao intento fantástico de comprimir o espaço e o tempo dentro dos limites do corpo social, reaparece ‘uma referência a um corpo ausente que simboliza um lapso de tempo impossível de ser apropriado, dominado ou reduzido’ (*DPT*, 235). Como vimos, tanto o cristianismo como a democracia reconhecem a dimensão impossível de dominar do Outro”. (tradução nossa). FLYNN, Bernard. **Lefort y lo político**. Trad. Gabriel Merlino. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. p. 282-284.

guarda relação com o fato de que, nas exatas palavras de Flynn, “*la modernidad es la condición en la cual la figura, pero no el lugar de lo Otro, se borra*”. Isto é, há uma indeterminação radical na base identitária da sociedade, *no político*, indeterminação essa que impede a materialização do “Outro”. O poder – voltamos ao ponto – passa a ocupar um lugar vazio e a democracia, institucionalizando o conflito, inaugura uma experiência de incerteza irreduzível. Não é – como salientado – uma forma do social em que toda identidade estaria nihilisticamente corroída. Há identidade nas sociedades democráticas modernas, mas ela guarda uma vinculação com o indeterminado, com o disputável. É fruto de um equilíbrio instável, o que leva Flynn a afirmar que, “*si la ocultación del cuestionamiento de la oposición entre lo imaginado y lo real es la base de la sociedad premoderna, [...] la modernidad es la eliminación de esa ocultación y el reconocimiento de que toda determinación, toda definición puede cuestionarse*”. Desse modo, na sociedade moderna, é possível distinguir o simbólico do imaginário e do real. O simbólico em Lefort – recordemos – dá acesso à realidade, o que nos leva a inferir que, durante a pré-modernidade, quando o simbólico permanecia determinado pelo imaginário, a abertura ao mundo era muito estreita, limitada que estava por toda essa pré-compreensão do social direcionada à religião, ao mito. O acesso ao real, na modernidade, acontece de uma forma sem precedentes, precisamente porque deixa de haver essa determinação do simbólico pelo imaginário. Contudo, em troca, “devemos pagar o preço da perda da certeza que tal determinação nos dava [...]”. A modernidade política, desincorporando o poder, não mais conta com uma figura de mediação que possa encarnar a “quase-representação” da sociedade. O lugar do Outro – vale insistir, ainda com Flynn – permanece, mas sua representação determinada desaparece. Em outras palavras, “o lugar do Outro segue presente, mas segue presente enquanto *lugar vazio*”. (tradução nossa).<sup>196</sup>

É em face desse cenário que o totalitarismo viria, na compreensão lefortiana, oferecer uma “resposta” às contradições, aos paradoxos suscitados pelos regimes democráticos. Trata-se, para o autor, de uma investida contra a historicidade que caracteriza as sociedades democráticas, contra a abertura ao futuro propiciada pela sua inerente incerteza. Vimos que, nos regimes democráticos, a procura pela unidade não se desfaz da experiência da divisão, e o poder não é simples órgão de dominação, mas instância de legitimidade e identidade, dado que – ao mesmo tempo circunscrito

---

<sup>196</sup> FLYNN, Bernard. **Lefort y lo político**. Trad. Gabriel Merlino. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. p. 170-171.

na sociedade e cumprindo função instituinte – enuncia-se como não pertencente a ninguém, designando um “lugar vazio”. Ao apontar, contudo, para esse núcleo latente – o povo –, o poder político “corre o risco de ver sua função simbólica anulada, de decair nas representações coletivas no nível do real, do contingente, quando os conflitos se exasperam e conduzem a sociedade ao limite da fratura”. Em outras palavras, o poder fica exposto a precipitar-se no “abismo da particularidade, de excitar o que Maquiavel julgava mais perigoso que o ódio, o desprezo; como aqueles que o exercem ou a ele aspiram estão expostos à ameaça de tomar figura de indivíduos ou bandos simplesmente ocupados em satisfazer seus apetites”. O totalitarismo, presente em germe no próprio simbólico da democracia, procura instalar um dispositivo com o objetivo de exorcizar essas ameaças, dispositivo tendente a soldar, no nível do imaginário, poder e sociedade, a fim de apagar os sinais da divisão social e banir a indeterminação que funda a experiência democrática. Referi que o totalitarismo estaria de algum modo latente na própria ordem simbólica da democracia porque, conforme Lefort, a tentativa totalitária “vai ela mesma beber numa fonte democrática, conduz à sua plena afirmação a ideia do povo-Uno, a ideia da Sociedade como tal, carregando o saber de si mesma, transparente a si mesma, homogênea [...]”. Na frase lapidar do autor: “a partir da democracia e contra ela o corpo assim se refaz”. Mas o que se refaz é diferente do que outrora havia se desfeito, é bom recordar. A imagem do corpo do príncipe – escorada sobre a do Cristo e que informava a sociedade monárquica – tinha nela investido o pensamento da divisão entre o visível e o invisível, o pensamento da mediação entre o mortal e o imortal. Muito embora o príncipe condensasse em si os princípios do poder, o do saber e o da lei, era ao mesmo tempo desligado e submetido ao Direito, “pai e filho da justiça”. Algo diferente se passa no totalitarismo. Aqui, a posição do “Egocrata” coincide consigo mesma, assim como ocorre com a sociedade, que supostamente também consigo se identifica. “O atrativo do todo não se dissocia mais do do desmembramento. Uma vez desfalecida a velha constituição orgânica, o instinto de morte se desacorrenta no espaço imaginário fechado e uniforme do totalitarismo”.<sup>197</sup>

---

<sup>197</sup> LEFORT, Claude. A imagem do corpo e o totalitarismo. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 151-152. A ideia de que um abalo na ordem simbólica da democracia pode dar ensejo a investidas totalitárias é tema recorrente nos escritos de Lefort. Em outra formulação – que vale ser transcrita pela sua clareza – assim o autor descreve a precipitação da mudança no regime democrático: “Com efeito, se o modo de instauração do poder e a natureza de seu exercício, de modo geral a competição política, mostram-se incapazes de dar forma e sentido

---

à divisão social, o conflito aparece como *de fato* em toda a extensão do social. Dissipa-se a distinção do poder como instância simbólica e como órgão real. A referência a um lugar vazio cede diante da imagem insustentável de um vazio efetivo. A autoridade dos homens que detêm a decisão pública, ou procuram se apropriar dela, se apaga para só deixar ver indivíduos ou clãs empenhados em satisfazerem-lhes o apetite de potência. A oposição dos interesses entre classes e categorias diversas, mas, igualmente, a diferença entre opiniões, valores e normas, tudo o que dá sinal de uma fragmentação do espaço social, de uma heterogeneidade, está à prova de um desmoronamento da legitimidade. Nessas situações-limite, efetua-se um investimento fantástico nas representações que fornecem o indício de uma identidade e de uma unidade sociais, e se anuncia a aventura totalitária.” (LEFORT, Claude. *Permanência do teológico-político?* In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**. Ensaio sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 267-268 e 270). A partir dessa reflexão, penso ser interessante esclarecer outro aspecto que pode eventualmente gerar dúvidas quanto à concepção de ordem simbólica em Lefort. Refiro-me a sua diferenciação em face da ideologia, notadamente da ideologia marxista. O autor dedicou-se a escrever sobre isso em artigo já citado aqui: (LEFORT, Claude. *Esboço de uma gênese da ideologia nas sociedades modernas*. In: LEFORT, Claude. **As formas da história**. Ensaio de antropologia política. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes e Marilena Chaui. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990). Bernard Flynn fornece uma clara interpretação do texto no tocante a essa diferença simbólico/ideológico que entendo ser relevante destacar: “Lefort começa observando os diferentes usos da palavra ‘ideologia’, os quais fizeram do termo algo inútil. Para ele, isso não se trataria apenas de um erro; pelo contrário, como diria Freud, é uma ilusão que ‘atesta uma nova resistência a um descobrimento que poria em perigo a certeza do sujeito’ (PFM, 183). Como vimos em certo detalhe, a condição pré-moderna é uma condição na qual é impossível distinguir entre o real, o imaginário e o simbólico. Na sociedade pré-moderna, o simbólico está dado como uma interpretação imaginária através da firmação de *outro lugar*; o real se considera determinável apenas na medida em que já está determinado desde outro lugar. Vimos que, para Lefort, a *modernidade* é a condição na qual o lugar da instituição da sociedade se torna um ‘espaço vazio’. Porém não seria essa a interpretação que a modernidade faz de si. Lefort sustenta que a interpretação que a modernidade faz de si é o que chama de ideologia. Diferentemente de Marx, vê a ideologia como um conceito específico desde o ponto de vista histórico no qual não está incluída a religião e que não poderia ser aplicado às sociedades pré-modernas. [...] No pensamento de Lefort, a ideologia se converte em terreno específico no qual se representa a essência do social. Escreve: ‘as oposições de todo tipo passam a ser determinações do universal, a dominação se converte em uma expressão da lei’ (PFM, 185). Observa que no pensamento de Marx há uma clara afinidade entre a ideologia e o político; ambos se consideram expressões do fato de que a socialização da sociedade não está completa. Sem embargo, para Marx a possibilidade de completude está ‘incrustada na realidade, é uma possibilidade à qual o comunismo dará expressão efetiva’. Nesse pensamento, a ideologia faz real uma forma imaginária, ‘essa unidade que só o movimento real – a saber, a negatividade do trabalho e a prática do proletariado – concretizará’. Lefort objeta o pensamento de Marx no momento em que coloca a instituição do social ao nível do real, isto é, em um processo real de produção social. Sustenta que Marx, ao fazer isso, funde o nível da ideologia com a dimensão simbólica do social. [...] Em tal concepção de ideologia, há uma oposição entre ideologia e conhecimento, vale dizer, entre a unidade imaginária e a divisão real. Detrás da máscara ideológica se esconde a dura realidade. A concepção que Lefort tem da ideologia moderna reverte e reescreve, em certo sentido, a noção de Marx. Segundo Marx, o que a ideologia oculta é o real, enquanto para Lefort a ideologia é um intento de ‘ocultar o enigma de sua forma política, de neutralizar os efeitos das divisões sociais e temporais, produzidas ali, para reestabelecer o real’ (PFM, 191). Seu objetivo máximo é reduzir a indeterminação do social. A ideologia moderna não opõe o conhecimento ao real; em certo sentido, é conhecimento do real. [...] Lefort não está tão somente identificando ideologia com conhecimento; pelo contrário, está falando da *função* que pretende desempenhar o conhecimento. [...] Em um nível histórico-social, Lefort vê na ideologia moderna o que Merleau-Ponty chama de ‘positivismo’, isto é, a paixão pelo real, a coisificação e o abandono da indeterminação enigmática que mascara nossa inserção no Ser. Em referência às ideias expostas com mais detalhe em ‘Permanência do teológico-político?’, Lefort intitula uma subseção de ‘Gênese da ideologia nas sociedades modernas’ como ‘A divisão social não está na sociedade’. A ideologia mascara ‘a brecha’ em função da qual a sociedade não pode ser idêntica a si mesma [...]. A ideologia ocultaria ‘o enigma da instituição’ (PFM, 202). Lefort define ideologia como aquilo que mascara a dobra do discurso sobre si mesmo. Isso se leva a cabo mediante a supressão de todos os signos que possam destruir o sentido de certeza sobre a



O pensamento que subjaz às concepções totalitárias de sociedade visa, portanto, a uma aniquilação do simbólico pelo imaginário, como se pudesse colocá-lo nos registros do real, enxergando o exercício do poder como meramente “de fato”. Esse modo de pensar gera uma imagem da sociedade espontaneamente “de acordo consigo mesma”, que corresponderia a uma multiplicidade de empreendimentos “transparentes uns aos outros”, desenvolvendo-se “num tempo e num espaço homogêneos”, ou seja, “uma maneira de produzir, de morar, de comunicar, de se associar, de pensar, de sentir, de ensinar que traduziria como que uma só maneira de ser”. Cuida-se – a partir de uma confusão entre real e simbólico – de um movimento que oculta “a pluralidade, a fragmentação, a heterogeneidade dos processos de socialização e igualmente o caminhar transversal das práticas e das representações, o reconhecimento mútuo dos direitos”. Para Lefort, o que desafia essa – por ele chamada – “imaginação realista” é exatamente a circunstância de que a sociedade é inerentemente dividida, mas ao mesmo tempo pode organizar-se em busca de sua unidade, ainda que jamais a conquiste nos registros do real. Ou, em outras palavras, “que testemunhe uma identidade comum latente, que se relacione consigo própria pela mediação de um poder que a excede e que, simultaneamente, haja formas de sociabilidade múltiplas, não determináveis, não totalizáveis”.<sup>198</sup> Em resumo: a imaginação realista é desafiada pelo simbólico, dimensão que inexoravelmente impregna o agir humano e, portanto, o exercício do poder, permitindo conceber a sociedade como sociedade política.<sup>199</sup>

---

natureza do social. Reprime todos os signos da criatividade histórica, daquilo carente de nome, do oculto à ação do poder, do quanto se separa através dos efeitos dispersos da socialização; todos os signos que fazem uma sociedade, ou a humanidade, estranhas a si mesmas. [...] O ideal se postula como uma representação do real e como uma norma. [...] A ideologia burguesa se faz efetiva através de uma certa duplicação da linguagem, por exemplo, a Família se refere à família real, porém ao mesmo tempo a transcende e a justifica; a Família se oferece como uma norma para a regulação da família. Ao se referir à transcendência, erige-se a construção ideológica para evitar qualquer contingência.” (tradução nossa). FLYNN, Bernard. **Lefort y lo político**. Trad. Gabriel Merlino. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. p. 237-241.

<sup>198</sup> LEFORT, Claude. Direitos do homem e política. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites da dominação totalitária**. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 84-85.

<sup>199</sup> Uma tal concepção (da sociedade como sociedade política) exige uma reflexão sobre a natureza e o lugar do poder na imbricação entre sociedade civil e Estado. Como vinha destacando, é preciso, sobretudo, “reconhecer o caráter simbólico do poder em vez de reduzi-lo à função de um órgão, de um instrumento a serviço de forças sociais que lhe preexistiriam. Na falta dessa perspectiva não se vê que a delimitação de uma esfera do político é acompanhada de um modo novo de legitimação, não somente do poder, mas das relações sociais como tais. A legitimidade do poder funda-se sobre o povo; mas à imagem da soberania popular se junta a de um lugar vazio, impossível de ser ocupado, de tal modo que os que exercem a autoridade pública não poderiam pretender apropriar-se dela. A democracia alia estes dois princípios aparentemente contraditórios: um, de que o poder

Está implícito nessas observações um aspecto interessante do problema da dimensão simbólica do poder e da sociedade na democracia: a função desempenhada por uma concepção de “povo”, que será trabalhada em maior detalhe quando apreciada a especificidade da questão da legitimidade do poder. De todo modo, cumpre esclarecer desde já que, embora Lefort não tenha propriamente uma teoria acerca do sentido desse elemento social (o “povo”) enquanto instância de legitimação do exercício de autoridade, não deixa de marcar a impossibilidade de figurá-lo nas democracias modernas. Relembremos o fato de que se encontra abolida não a dimensão, mas a “figura” do outro em regimes democráticos, o que implica o não despreendimento do poder em relação à divisão na qual se engendra. A ideia, portanto, de unidade ou de identidade que decorre do poder é permanentemente reelaborada. “A nova posição do poder vem acompanhada de uma reelaboração simbólica, em virtude da qual as noções de Estado, povo, nação, pátria, humanidade adquirem um significado igualmente novo.” No caso do povo, é o elemento que “detém a soberania; é tido como expressão de sua vontade; o poder se exerce em seu nome; os homens políticos invocam-no constantemente... Porém, sua identidade permanece latente”. Nesse sentido, o povo soberano – sob a ótica lefortiana – depende, em boa medida, do discurso que o designa e de sua definição jurídica. Assim ganha a sua disputável identidade. E apesar de dissolver-se simbolicamente no momento mesmo de manifestação de sua soberania, como observado em mais de uma ocasião, Lefort se nega a concebê-lo apenas como “uma ficção que não faria nada além de recobrir a eficácia de um contrato, graças ao qual uma minoria se submeteria a um governo saído da maioria [...]”. Nesse caso, estaríamos trocando a “ficção de uma unidade em si” por uma “ficção de uma diversidade em si”; ou, em outros termos, privando-nos de compreender adequadamente as aspirações que se manifestaram ao longo da história

---

emana do povo; outro, que esse poder não é de ninguém. Ora, ela vive dessa contradição. Por pouco que esta se arrisque a ser resolvida ou o seja, eis a democracia prestes a se desfazer ou já destruída. Se o lugar do poder aparece, não mais simbolicamente mas como *realmente* vazio, então os que o exercem não são mais percebidos senão como indivíduos quaisquer, como compondo uma facção a serviço de interesses privados e, simultaneamente, a legitimidade sucumbe em toda a extensão do social; a privatização dos agrupamentos, dos indivíduos, de cada setor de atividade aumenta: cada um quer fazer prevalecer seu interesse individual ou corporativo. No limite não há mais sociedade *civil*. Porém, se a imagem do povo se atualiza, se um partido pretende se identificar com ele e apropriar-se do poder sob a capa dessa identificação, desta vez é o princípio mesmo da distinção Estado-sociedade, o princípio da diferença das normas que regem os diversos tipos de relações entre os homens, mas também dos modos de vida, de crenças, de opiniões que se encontra negado – e, mais profundamente, é o princípio mesmo de uma distinção entre o que depende da ordem do poder, da ordem da lei e da ordem do conhecimento. Opera-se, então, na política uma espécie de imbricação do econômico, do jurídico, do cultural. Fenômeno que é justamente característico do totalitarismo.” Ibid., p. 92-93.

das sociedades democráticas, as quais, “sob o signo da instauração de um Estado justo ou da emancipação do povo, longe de marcar uma regressão no imaginário, tinham por efeito impedir a sociedade de se petrificar em sua ordem”.<sup>200</sup> É – novamente aqui – o simbólico da sociedade que está em jogo.

### 3.3 Poder e Princípios Geradores da Democracia: o arbítrio e a dimensão simbólica dos direitos fundamentais

Ao assumirmos como existente e operativa essa dimensão simbólica da sociedade, cujo poder é um dos polos que a “encena”, provendo-a de um instável equilíbrio identitário, colocamo-nos em face da discussão sobre o arbítrio ou a discricionariedade em sentido forte<sup>201</sup> no exercício da autoridade. Pelas reflexões até aqui apresentadas, é possível dizer, com boa dose de segurança e seguindo o pensamento de Lefort, que o paroxismo de uma situação de arbitrariedade abala a ordem simbólica de tal maneira que a própria democracia, enquanto *mise en forme* da sociedade, põe-se em xeque, expondo-se ao risco das temíveis investidas totalitárias, que viriam à tona com o objetivo de “resolver” a insuportável instabilidade. Essa circunstância atesta, de um modo geral, que o regime democrático não convive bem com o exercício arbitrário do poder, que assim presencia uma gradativa asfixia de sua dimensão simbólica e, por conseguinte, a crescente erosão de sua legitimidade, perdendo a eficácia da função, que lhe é própria, de dar identidade ao social: “[...] *lo que produce la erosión de la legitimidad es, ante todo, la incapacidad de ver que las normas no pueden degradarse a intereses y que el juicio político no debe ser el ejercicio de una voluntad arbitraria ni debe percibirselo como tal*”.<sup>202</sup> Oportunamente, esse assunto voltará, notadamente quando incorporada à hipótese desta pesquisa a ideia de integridade do Direito (Dworkin) como condição para a legitimidade por

<sup>200</sup> LEFORT, Claude. Permanência do teológico-político? In: LEFORT, Claude. **Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade**. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 267-268 e 270.

<sup>201</sup> No sentido dworkiniano da expressão, que significa uma situação em que um agente público (nessa categoria incluídos os governantes e os juizes) não esteja limitado por qualquer padrão de autoridade quando tenha de deliberar sobre determinado assunto público. Em Dworkin, jamais haveria essa “discricionariedade no vazio” (em sentido forte, portanto), que habilitaria os magistrados, por exemplo, a escolher livremente a possibilidade interpretativa do material jurídico que melhor satisfizesse o seu senso pessoal de justiça, vide: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 52-53.

<sup>202</sup> FLYNN, Bernard. **Lefort y lo político**. Trad. Gabriel Merlino. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. p. 274-275.

reflexividade (Rosanvallon) do Supremo Tribunal Federal. Por ora, pretendo apenas explorar essa relação do arbítrio do poder político com os princípios geradores da sociedade, ou seja, com o esquema simbólico reitor que forma *o político* instituinte do social.

Para tanto, retomemos Hugues Poltier. Vimos que, no entendimento desse intérprete do pensamento lefortiano, os “princípios de formalização do social”, que compõem a ordem simbólica são postos em cena pelo poder, o qual, todavia, deles não dispõe, dado que constitutivos da própria identidade da sociedade. Dessa maneira, porque constitutivos do viver em comum, a alteração desses princípios tem potencial para acarretar mudanças (bruscas) na ordem social e política. Conforme Poltier, a menos que se pretenda precipitar a sociedade em um processo revolucionário, os detentores de autoridade legítima não podem tocar “*lo que se encuentra en el corazón mismo de una forma de sociedad*”. Não dispõem eles de iniciativa para fazê-lo, legitimamente, segundo sua própria vontade. Movimentando-se, contudo, nesse sentido, ou seja, pretendendo produzir mudanças no estatuto simbólico (nos princípios geradores) da sociedade, o poder que ostentam se revelará arbitrário, derruindo a legitimidade de que então gozava. “*Sólo merced a una lenta e imperceptible erosión de la creencia en los principios que se hallan en la base de un orden social y político determinado, de pronto éste resulta derribado y reemplazado por outro*”. Seria possível, portanto, definir o simbólico da sociedade negativamente, dizendo que reúne todos os princípios que não estão – porque constitutivos de si – ao alcance da ação transformadora do poder, isto é, tudo o que não pode ser por este transformado sem que o regime (a *mise en forme* do social) reste ameaçado.<sup>203</sup> A

---

<sup>203</sup> Poltier prossegue o detalhamento das consequências da dimensão simbólica lefortiana. Assim entende a sua relação com a revolução, exposição que – sem ser ora endossada na integralidade, pelo menos sem uma maior reflexão – é trazida à tona para auxiliar na compreensão do modo de atuação e da função dessa dimensão da ordem humana para a coesão social: “Em homenagem à clareza, também é preciso sinalar que do que acaba de ser dito surge que ninguém – nem os ocupantes do poder, nem a classe dominante, nem tampouco a classe ‘emergente’, etc. – se encontra em condições de controlar as transformações que se produzem na ordem do simbólico. Um processo revolucionário – e esse é o ponto essencial – nunca é, para falar com propriedade, obra de quem são seus atores. A possibilidade de um processo revolucionário reside nas mutações que afetam a ordem simbólica, tornando a antiga ordem insustentável, insuportável, carente da legitimidade de que pretendia ser portadora. O colapso do regime deliquescente sem dúvida supõe a ação desses homens que se convertem nos arautos da criação de uma nova ordem social. Mas o que importa advertir com clareza é que dita ação, em si mesma, supõe o desmoronamento da legitimidade simbólica do regime que se encontra em decomposição. Dessa maneira, pode-se dizer que os atores revolucionários são, antes de tudo, os reveladores simbólicos da mutação em marcha na ‘carne’ do social. Inicialmente, são os espelhos por cujo intermédio a sociedade realiza em profundidade a transformação simbólica que, sem que se advertisse, já vinha sendo operada nela. Em uma segunda instância, operam à maneira de um formidável acelerador das mudanças sociais,

autoridade, nesse sentido, movimenta-se já “no simbólico-político” (plano, como vimos, inafastável), ostenta inexoravelmente uma pré-compreensão de seus correlatos princípios (dentre os quais estão inseridos os direitos fundamentais, que também têm sua dimensão simbólica). Por isso fornece, a partir do exercício do seu poder, a identidade da sociedade, encenando-a, conferindo-lhe uma “quase-representação” de si. Não pode, pois, ter a pretensão de “criá-la” (essa identidade) jamais, como se agisse em uma espécie de “grau zero de sentido”.<sup>204</sup>

Há, portanto, clara ligação entre “o político” e “o simbólico” da sociedade. Não restam dúvidas de que entre ambos há uma espécie de simbiose. As relações travadas no âmbito *do político* têm um sentido simbólico que, por isso mesmo, não se refere nem propriamente ao interior nem exclusivamente ao exterior da sociedade. Localiza-se, pois, em uma dimensão quase-transcendental do social, para utilizar a linguagem pós-fundacionalista. Deveras, enquanto constitutiva das relações sociais, na medida em que definidora dos referenciais de verdade, de legitimidade e de justiça, a ordem simbólica não pode ser exterior à sociedade. Mas por encenar uma totalidade, atribuindo identidade, atua em projeção, de modo que também não pode ser-lhe completamente inerente. Ainda com Poltier, seria possível dizer que é em razão do simbólico que se constituem “as crenças de segundo plano dos indivíduos, a partir das quais podem ser articuladas e manifestadas crenças expressas, sem as quais sua própria formulação seria impossível”. É o simbólico que possibilita, nesse sentido, a abertura ao mundo. Não temos acesso ao real senão pelo simbólico, enquanto instituídos simbolicamente em nossa identidade e em nossas crenças mais

---

e seu acionamento anuncia uma ordem social que corresponderia mais à nova configuração simbólica em processo de formação”. (tradução nossa). (POLTIER, Hugues. **Claude Lefort**: el descubrimiento de lo político. Trad. Heber Cardoso. Buenos Aires: Nueva Visión, 2005. p. 51-52.

<sup>204</sup> Essas considerações são importantes para a hipótese desta pesquisa e serão oportunamente revisitadas quando abordada a ideia de “legitimidade por reflexividade” da jurisdição constitucional. Vide, para uma analogia com a ideia de linguagem e círculo hermenêutico: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 388-389. Na mesma linha: OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 68-73; e RICOEUR, Paul. Prefácio. In: GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. A expressão “grau zero de sentido” é utilizada por Streck em contexto semelhante de crítica ao arbítrio do poder: “Qual seria a razão de ser de uma teoria hermenêutica que admitisse que o direito é aquilo que o ‘intérprete autorizado’ diz que é? Sem medo de errar, nada mais, nada menos, isso seria retornar ao último princípio epocal da metafísica moderna: a vontade do poder (*Wille zur Macht*). E, em consequência, estar-se-ia a admitir um ‘grau zero na significação’ e, conseqüentemente, um constante ‘estado de exceção hermenêutica’”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. posição 10723. Edição Kindle.

fundamentais, muitas delas implícitas. “O corolário dessas informações é imediato: antes de termos incidência no simbólico, é o simbólico que incide em nós”. Por esse motivo que, mesmo ao tomar o poder, não dispomos *ipso facto* de uma margem de manobra frente às definições simbólicas. A identidade da autoridade, bem assim suas crenças dependem do modo de instituição do social. “Nem o indivíduo nem o poder estão em condições de conceber um ponto de vista exterior à instituição simbólica a partir do qual poderiam questioná-la”. (tradução nossa).<sup>205</sup> E é isso que possibilita Bernard Flynn postular, como vimos, que o arbítrio (a discricionariedade forte) no exercício do poder provoca erosões de legitimidade da autoridade. Esta não pode se colocar em um ponto arquimediano ou em um plano anterior à instituição do social para, a partir “de fora” do simbólico, pretender pô-lo em xeque, negá-lo. Ao intentar fazê-lo, seu agir se mostrará fatalmente arbitrário. O poder – insistamos – é polo de identidade e de unidade da sociedade. Tem seu estatuto simbólico. E é pela existência desse mesmo estatuto que pode cumprir sua função de prover identidade/unidade ao social. Mas – aqui o ponto – é igualmente nele (no simbólico) que sustenta sua legitimidade.

Uma vez mais podemos notar como Lefort se beneficiara da sua leitura de Maquiavel. Tais consequências da dimensão simbólica do poder são também potencialmente extraíveis dali.<sup>206</sup> Como refere Flynn, “*aun si uno dice que las cosas poseen una tarea que debe descifrarse, debe tener cuidado con la imagen dado que, si bien el príncipe no es el gran hacedor no es, tampoco, el gran intérprete*”.<sup>207</sup> Não pode haver, segundo a leitura lefortiana do clássico florentino, “poder de interpretação”

<sup>205</sup> POLTIER, Hugues. **Claude Lefort**: el descubrimiento de lo político. Trad. Heber Cardoso. Buenos Aires: Nueva Visión, 2005. p. 52-53.

<sup>206</sup> “Lefort sustenta que tanto ‘O príncipe’ como ‘Os discursos’ tratam, em um sentido profundo, da constituição do político, é dizer, do campo no qual se situam os sujeitos políticos, no qual a força se transforma em poder político. Em seu trabalho posterior, esse campo é denominado de ‘a forma simbólica do social’. [...] Dado que Roma é a sociedade histórica *par excellence*, isto é, uma sociedade aberta à contingência, ao acontecimento, a ideia mesma de uma desistoricização soa como uma verdadeira perversão. Essa dimensão da obra de Maquiavel resulta extremamente atrativa para Lefort. Sustenta que o êxito importante de *Os discursos* de Maquiavel é ter modificado a representação mítica do passado e ter feito com que seus leitores ‘reconhecessem como todas as sociedades se submetem à mesma história, expõem-se aos mesmos acidentes, estão divididas pelos mesmos antagonismos, formam-se na base de uma eleição que escapa à vontade dos indivíduos, mas que, sem embargo, leva em si um sinal de intenção humana (TM, 585). Sustenta que o *reconhecimento de uma historicidade fundamental* é a característica que define uma sociedade moderna [...], e que Maquiavel é o primeiro a ter reconhecido esse fenômeno. A sociedade pré-moderna e, em um sentido claramente distinto, as sociedades totalitárias são sociedades da recorrência eterna, sociedades que se estruturam em torno de um mito originário”. (tradução nossa). FLYNN, Bernard. **Lefort y lo político**. Trad. Gabriel Merlino. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. p. 90 e 92.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 66-67.

fora da sociedade. O poder gera uma aparência da sociedade, de modo eminentemente reflexivo. Essa aparência (a *mise en scène* simbólica), por sua vez, dá sentido (*mise en sens*) ao espaço social, conformando-o, isto é, incidindo em sua *mise en forme*. Porém só o faz (e pode fazê-lo) na medida em que há uma divisão originária (de desejos, de classes, de interesses etc.) que engendra esse poder em separado, mas não desvinculado da sociedade. Novamente com Flynn, é possível dizer que “*la inversión del pueblo en la imagen del príncipe les da una unidad política a través de la cual su estado como objeto natural del deseo de la nobleza queda superado*”.<sup>208</sup> A imagem simbólica do príncipe maquiaveliano é gerada, de acordo com Lefort, por meio da cumplicidade entre o desejo de poder do príncipe e o desejo do povo de não sofrer a opressão da nobreza. A unidade do corpo político, contudo, nunca se estabelece de maneira efetiva e por completo, o que não deixa de ser uma decorrência lógica da ideia de impossibilidade de um “fundamento último” para a sociedade. O corpo político é, portanto, um substituto, mas um substituto de algo que nunca esteve realmente presente.

Não há, nesse sentido, um “fechamento” da identidade da sociedade. Ela muda. Submete-se a novas disputas. A posição de poder, que dá unidade simbólica ao social, destacando-se – mas não plenamente – dele, é conquistada a partir das interações e dos conflitos entre desejos individuais e de classe, o que ilustra a impossibilidade de a sociedade coincidir consigo mesma. Na interpretação maquiaveliana de Lefort, “*este no cierre de la identidad ofrece un acceso al mundo. El acceso del príncipe a lo real se basa en la no-identidad de la sociedad consigo misma. El príncipe es, a la vez, la figura y la máscara de la división social*”.<sup>209</sup> A imagem do príncipe tem por função “encarnar a comunidade imaginária”, fornecendo uma identidade sem a qual se dissolveria o corpo social. O príncipe, para atingir esse objetivo, não pode identificar-se nem com a imagem que dele constrói a nobreza nem com a que dele faz o povo. Necessita, outrossim, manter seus desejos em suspenso para permanecer em uma espécie de “terceira posição”, que ora pode pender para o lado do povo, ora para o lado da nobreza. Mas sua função instituinte depende de que o povo não lhe odeie, mesmo quando esse mesmo povo não tem seus anseios

---

<sup>208</sup> Ibid., p. 67.

<sup>209</sup> Vide: LEFORT, Claude. **Maquiavelo**: lecturas de lo político. Trad. Pedro Lomba Falcón. Madrid: Trotta, 2010, e FLYNN, Bernard. **Lefort y lo político**. Trad. Gabriel Merlino. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. p. 67.

atendidos. A equação é delicada. A manutenção da referida “cumplicidade” entre o poder do príncipe e o desejo do povo de não sofrer a opressão da nobreza é condição indispensável para que a dimensão simbólica do poder não seja derruída. Não deixa de residir aí uma ambiguidade relevante no exercício do poder político do príncipe, como bem percebido por Lefort: *“el príncipe encarna el imaginario que su función en la sociedad le asigna, pero, al mismo tiempo, está atrapado en él. Él es ese deseo de potencia y de gloria en que se metamorfosea el deseo de sus súbditos”*. Há uma espécie de “ponto cego” na tarefa do príncipe, localizado na interseção entre seu próprio desejo e os desejos dos seus súditos. O príncipe não pode unir-se aos súditos senão no interior do espaço que estes lhe reservam como próprio. E isso conduz Lefort à conclusão de que as condições mesmas que asseguram ao príncipe um acesso ao real também se lhe ocultam. *“Así, siempre es posible que se deje fascinar por su propia imagen y que, asumiendo su función, se haga extraño al pueblo [...]”*.<sup>210</sup>

Voltarei a tirar consequências dessa função simbólica do poder quando da abordagem da ideia de legitimidade democrática em Rosanvallon. Por ora, resta ainda destacar a dimensão simbólica que impregna também o Direito, com especial ênfase os direitos humanos ou fundamentais, expressões tratadas aqui como intercambiáveis (dada a exigência comum de positivação ou enunciação mínimas). Lefort reconhece na instituição destes os sinais de um novo tipo de legitimidade para o poder e de um espaço público no qual os indivíduos são tanto produtores quanto instigadores. Os direitos humanos são, assim, indissociáveis do desenvolvimento da democracia. Anota o autor que a formulação dos direitos do homem, no fim do século XVIII, inspira-se em uma reivindicação de liberdade, de resistência à opressão, reivindicação essa que derrota a representação de um poder situado acima da sociedade, dotado de uma legitimidade absoluta (Deus, sabedoria suprema ou justiça suprema) e incorporado na pessoa do monarca. Os direitos humanos marcam, então, o desintrincamento do Direito e do poder. Eles (Direito e poder) não mais se condicionarão a um mesmo polo, de modo que o poder, para que se torne legítimo, terá de estar conforme ao Direito (notadamente, aos direitos fundamentais), do qual, todavia, não possui o princípio. Por outro lado, a ideia de “conformidade ao Direito” é deveras complexa. E é aí que entra a discussão sobre seu sentido simbólico, que Lefort também chama de “alcance político” dos direitos fundamentais: “para discernir o alcance político, não podemos

---

<sup>210</sup> LEFORT, Claude. **Maquiavelo**: lecturas de lo político. Trad. Pedro Lomba Falcón. Madrid: Trotta, 2010. p. 259.



nos deter no sentido literal dos enunciados das grandes Declarações sem indagar quais são as consequências do exercício de novos direitos na vida social”. Eis o caráter inerentemente interpretativo (Dworkin) dos direitos que impregna o seu estatuto simbólico, tornando-os incertos e alvo de disputas argumentativas acerca do seu melhor sentido. Aliás, “a crítica da crítica” aos direitos humanos que faz Lefort poderia muito bem ser formulada por Ronald Dworkin (pretendo deixar isso claro no último capítulo deste trabalho). Para o filósofo francês, há um equívoco na crítica marxista a esses direitos, porque – para caracterizá-los como ideologia – atrela-se a seu sentido literal, desprezando sua eficácia e alcance simbólicos.<sup>211</sup>

Por isso foi dito, no capítulo anterior, que os direitos humanos – incrustados que estão *no político* da sociedade – só podem prover um fundamento instável ao social, tendo em vista existir neles “excesso” em relação a sua enunciação formal, a significar que “sua formulação contém a exigência de sua reformulação ou que os direitos adquiridos são necessariamente chamados a sustentar direitos novos”.<sup>212</sup> Essa função instituinte é consequência de sua dimensão político-simbólica.<sup>213</sup> Lefort

<sup>211</sup> “São os enunciados que sempre são tomados como alvo dos críticos aos direitos do homem, particularmente, o mais virulento dentre eles, Marx, que persegue todos os sinais do individualismo e do naturalismo para lhes atribuir uma função ideológica”. LEFORT, Claude. Os direitos do homem e o Estado-providência. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 47-49.

<sup>212</sup> LEFORT, Claude. Direitos do homem e política. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 74.

<sup>213</sup> Dimensão a que – como recém referido – Lefort acusa Marx de desconsiderar. Trago aqui essa crítica lefortiana a Marx não com o intuito de apreciar sua correção, mas para tentar – com ela – ilustrar da melhor maneira possível o sentido do simbólico do Direito (e, mais especificamente, dos direitos fundamentais). Vale transcrever, nesse desiderato, o seguinte excerto da crítica do filósofo político francês apresentada em outro texto: “Longe de limitar-se a rejeitar uma interpretação burguesa da lei, apaga a dimensão da lei como tal. O direito, ao qual se refere a Declaração, a seus olhos só tem o sentido que ele lhe atribui na representação burguesa. [...] Tal visão impede Marx, por exemplo, de pôr os olhos na fórmula ‘todo homem é considerado inocente até que tenha sido declarado culpado’ e nela reconhecer uma aquisição irreversível do pensamento político. Ignora-a porque essa fórmula supõe que há inocentes, culpados e terceiros, susceptíveis de confundir arbitrariamente uns e outros ou de saber distingui-los; porque ela supõe distinções que não são da ordem da vida, mas simbólicas. Sem dúvida, aparece para Marx, a ponto de cegá-lo, como muito mais impressionante que a garantia dada ao inocente, a noção de culpabilidade, a imagem de uma posição de onde são enunciados o verdadeiro e o falso, o justo e o injusto, posição que faz aparecer, ao mesmo tempo em conjunção e disjunção, poderio e justiça”. Lefort claramente acusa Marx, nesse texto, de desconsiderar o plano *do político* na sua crítica aos direitos humanos: “[...] a nosso ver, o que lhe [a Marx] pertence propriamente – e que, paradoxalmente, lhe permitirá talvez decifrar uma realidade que os outros ignoram ou apenas entreveem, a das relações de produção e das relações de classe – é sua rejeição do político (e quão sensível), antes mesmo de ter conquistado seu domínio de interpretação. A crítica do indivíduo exerce-se imediatamente nos horizontes de uma teoria da sociedade na qual se encontram abolidas a dimensão do poder e, com esta, a dimensão da lei e do saber (dando a esse termo a sua mais ampla acepção, abarcando opiniões, crenças, conhecimentos). Tal teoria não permite conceber o sentido da mutação histórica na qual o poder se encontra confinado a limites e o direito plenamente reconhecido em exterioridade ao

é bem enfático, aliás, quanto a esse ponto, importante – vale dizer – para a construção da hipótese desta pesquisa. Diz ser seu propósito “pôr em evidência a dimensão simbólica dos direitos do homem e levar a reconhecer que ela se tornou constitutiva da sociedade política”. E insiste – na trilha de sua “crítica à crítica” de Marx – que “conservar somente a subordinação da prática jurídica à conservação de um sistema de dominação e de exploração, ou confundir o simbólico com o ideológico, impede ver a lesão do tecido social que resulta da denegação do princípio dos direitos do homem no totalitarismo”. O autor invoca o problema do totalitarismo como forma de marcar a importância da dimensão simbólica dos direitos fundamentais. O argumento é o de que a luta pelo reconhecimento desses direitos ataca o “fundamento político” do regime, a evidenciar que são eles (os direitos humanos) um dos princípios geradores da democracia (como destacado). A partir daí insere novamente a questão da impossibilidade de contenção do sentido desses direitos no seu enunciado literal, mas agora ligada à ideia de que “os direitos não se dissociam da consciência dos direitos”.<sup>214</sup> Há uma relação, portanto, ambígua entre positivação dos direitos humanos e seu sentido. A sua declaração formal, ao tempo que lhes reforça a garantia pela exigida(ível) proteção do poder, corre o risco de contribuir para a sua limitação, na medida em que pode provocar – em termos lefortianos – sua “objetivação jurídica”. Creio ser relevante para o presente argumento trazer, na literalidade, passagem do filósofo político francês sobre a temática:<sup>215</sup>

---

poder: essa dupla aventura torna-se ilegível, simples sinal de ilusão”. Ibid., p. 70-71.

<sup>214</sup> Como observa Flynn: “Lefort vê uma relação essencial entre os direitos e a consciência dos direitos. Não é apenas uma questão de ‘conhecer os direitos próprios’ em face de um conjunto dado de acordos constitucionais e legais, já que esta é uma questão empírica. Como todos sabemos, uma pessoa pode ignorar seus direitos, mas a ajuda de um advogado remedia esse problema com facilidade. Ao falar de ‘consciência do direito’, Lefort tem em mira a sensação de que o direito se refere a um polo mais além do inscrito, na realidade, no direito positivo. [...] Ao falar de ‘consciência do direito’ se refere a que as pessoas são conscientes de sua inscrição em uma organização política na qual há um espaço simbólico onde todas as leis estão sujeitas ao questionamento. Esse questionamento não se realiza em nome da apropriação de um conhecimento da lei suprema; mas, pelo contrário, realiza-se dentro de um debate contínuo sobre a natureza e o alcance da justiça. [...] A dimensão do direito não é *real*, é *simbólica*. Segundo Lefort, ignorar a dimensão simbólica do direito equivaleria a ‘privar-se dos meios para entender o significado das exigências cujo objetivo é a inscrição de novos direitos’. É em nome dos direitos que os trabalhadores se rebelam contra as terríveis condições de trabalho; que as mulheres objetam contra uma condição secundária; que os homossexuais denunciam sua opressão; e que os ambientalistas atacam a degradação do ambiente natural. Não obstante, ao menos antes do êxito das lutas dos movimentos sociais, esses direitos não se inscrevem em documento legal algum. Lefort sustenta que estão inscritos na ‘carne do político’; dão testemunho de um vago sentido de justiça e reciprocidade, ou de injustiça e de descumprimento das obrigações sociais”. (tradução nossa). FLYNN, Bernard. **Lefort y lo político**. Trad. Gabriel Merlino. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. p. 287-288.

<sup>215</sup> LEFORT, Claude. Direitos do homem e política. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte:

Esses direitos são um dos princípios geradores da democracia. Tais princípios não existem à maneira de instituições positivas das quais podemos, de fato, inventariar os elementos, mesmo que seja certo que animam instituições. Sua eficácia provém da adesão que lhes é dada, e essa adesão está ligada a uma maneira de ser em sociedade cuja medida não é fornecida pela simples conservação das vantagens adquiridas. Em suma, os direitos não se dissociam da consciência dos direitos: esta é nossa primeira observação. Mas não é menos verdade que essa consciência dos direitos se encontra tanto melhor partilhada quando são declarados, quando o poder afirma garanti-los, quando as marcas das liberdades se tornam visíveis pelas leis. Assim, a consciência do direito e sua institucionalização mantêm uma relação ambígua. Esta implica, por um lado, a possibilidade de uma ocultação dos mecanismos indispensáveis ao exercício efetivo dos direitos pelos interessados, em decorrência da constituição de um corpo jurídico e de uma casta de especialistas; por outro lado, fornece o apoio necessário à consciência do direito. De resto, vemos até sob a dominação totalitária, particularmente na União Soviética, que utilização os dissidentes souberam fazer das leis estabelecidas e da Constituição, a despeito de seus vícios. Observação que sozinha mereceria todo um desenvolvimento, pois ensina que, numa sociedade moderna, a partir do momento em que os fundamentos religiosos do direito são destruídos, o poder pode denegar o direito, porém é incapaz de se privar de sua referência. Entretanto, já que falamos da sociedade democrática, observemos que a dimensão simbólica do direito se manifesta ao mesmo tempo na irredutibilidade da consciência do direito a toda objetivação jurídica, o que significaria sua petrificação num corpo de leis, e na instauração de um registro público em que a escrita das leis – como escrita sem autor – só tem por guia o imperativo contínuo de um deciframento da sociedade por ela mesma.

Essas considerações parecem claramente atestar que o Direito moderno, para Claude Lefort (e, como veremos, também para Ronald Dworkin), embora se caracterize pela exigência da lei positiva, extrapola-a devido ao sentido simbólico que lhe é impregnado pela nova configuração política, oriunda principalmente das revoluções democráticas ocorridas na Europa e nos Estados Unidos. É essa a compreensão de um dos poucos intérpretes brasileiros do pensamento lefortiano, Leonel Severo Rocha, para quem a democracia de fato constitui-se em um novo centro de articulação e de autoinstituição da sociedade, no qual a política não é vista como uma instância autônoma, mas como a *mise en forme* de sentido e encenação do social. A própria identidade da sociedade é política. E essa forma política é articulada, nos regimes democráticos, a partir do princípio de enunciação de direitos, sendo o maior deles o próprio direito de enunciá-los. Daí o sentido profundamente simbólico do Direito, lugar e representação daquilo que ainda não foi nomeado, do indeterminável e mesmo do *não-dito*, que nem por isso deixa de ser acolhido. As sociedades democráticas em Lefort, como já dito, baseiam-se em um regime fundado sobre a legitimidade de um debate sobre o legítimo e o ilegítimo. O Direito, pois, compreendido nesse sentido, é o núcleo de legitimidade da lei, seu suporte

simbólico determinante. Em outros termos, “o Direito é constituído pelo conjunto de seus princípios, o que lhe determina e indetermina ao mesmo tempo, e a lei deve ser sua enunciação concreta”.<sup>216</sup>

O poder, agora não mais imbricado à pessoa do rei, mas se difundindo no social, precisa legitimar-se constantemente (legitimidade pelo *exercício* do poder, tão cara a Rosanvallon e abordada nos capítulos seguintes), o que obriga as autoridades públicas a justificarem suas decisões, sob pena de se tornarem ilegítimas. Lembremos da metáfora do poder como um “lugar vazio”: pertence a todos e a nenhum. Isto é, não existe mais a legitimidade em si, transcendente e indiscutível, uma vez rompidos – pelo advento da democracia – os pressupostos de legitimidade do *ancien régime*. A ideia de poder extrapola o poder político do Estado, o que não quer dizer que o Estado não continue como polo fundamental das decisões, mas implica um deslocamento da noção de soberania, a qual deixa de ser monopólio de um, passando ao social. A legitimidade torna-se um direito a ser conquistado todos os dias.<sup>217</sup> Por isso Lefort fala na formação de um *poder social*, nascido das lutas e reivindicações por direitos, poder esse “que se combina em torno do poder político [do Estado]”.<sup>218</sup> É uma espécie de “dialética entre o político e a sociedade”, funcionando os direitos humanos como “suportes simbólicos que sustentam práticas renovadas de criação de direitos efetivados e consolidados historicamente pela realidade dos movimentos sociais”. Daí a “origem social” dos direitos: o *poder social* que se manifesta pela ação dos movimentos que fundamentam suas reivindicações nos direitos fundamentais.<sup>219</sup> Ficam legíveis, a partir dessas considerações, as relações entre poder político e poder social. Poderíamos então acentuar – mais uma vez com Lefort – que, diante da defesa ou da exigência de um direito, é necessário ao poder (político) oferecer “uma resposta que dê a razão de seus princípios, que produza os critérios do justo e do injusto e não mais somente do permitido e do proibido”. O Direito, visto nessa perspectiva, “não ataca o poder de frente, atinge-o obliquamente, por assim dizer, contornando-o, toca-

---

<sup>216</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 120-121.

<sup>217</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 120.

<sup>218</sup> LEFORT, Claude. Direitos do homem e política. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites da dominação totalitária**. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 75-76.

<sup>219</sup> ROCHA, André. Introdução. Dialética e democracia. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites da dominação totalitária**. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 51.

o no núcleo do qual tira a justificação de seu próprio direito para requerer adesão e obediência de todos”.<sup>220</sup> É de legitimidade que fala o autor; e isso evidentemente vale – devo acrescentar – para o Poder Judiciário e suas cortes constitucionais, que a despeito de, pelo menos presumivelmente, garantirem o Direito em face do poder, também exercem uma importante e muitas vezes decisiva parcela de poder político. Mas esse ponto do argumento não será adiantado agora.

É preciso voltar, pois, ao “duplo fenômeno” que caracteriza a originalidade política da democracia: (1) um poder “condenado” a permanecer em busca de seu fundamento (tarefa para a qual os direitos fundamentais têm papel decisivo), pois Direito e conhecimento não são mais incorporados na pessoa daqueles que o exercem, e (2) uma sociedade “destinada” a acolher o conflito de opiniões e o debate sobre o sentido dos direitos, uma vez que dissolvidos os marcos referenciais de certeza que permitiam aos homens se posicionarem de uma maneira perfeitamente determinada. A importância do simbólico da sociedade avulta nessa contextura que envolve direitos e poder. O simbólico “complica” essas relações, mas é uma complicação fecunda, necessária. É um dos motivos pelos quais Lefort frequentemente retorna ao comparativo entre democracia e totalitarismo. Esse comparativo ilustra bem a dimensão simbólica do social. Podemos dizer, em tal perspectiva, que enquanto no totalitarismo a lei (o Direito) é “fantasticamente afirmada, em conjunção com o poder, como *acima* dos homens, ao mesmo tempo em que se encontra posta como lei do mundo humano”, a democracia se distingue por ter abolido o lugar do referente de onde a lei (o Direito) ganhava sua transcendência, o

---

<sup>220</sup> LEFORT, op. cit., p. 80. Leonel Severo Rocha aborda esse mesmo problema com um enfoque um pouco diferente, enfatizando a relação de poder que está na gênese da lei. Esta, contudo, uma vez positivada, reveste-se de certa neutralidade (simbólica) em face daquele, de maneira que o poder passa a depender do Direito – então garantido e, de certa maneira, criado por ele – para legitimar-se: “A lei comunica-se com os espaços de poder da sociedade, ultrapassando o próprio Estado. O sentido político-simbólico da lei irradia-se ilimitadamente no social, abrigando no seu seio suas lutas e contradições e mesmo estimulando-as, devido à propensão que também possui de solucioná-las. A lei é um espaço de decisão e produção de direitos. Tal dimensão é caracterizada por uma profunda ambiguidade, provocada por sua dimensão argumentativa, o que gera na lei um lugar de mediação de conflitos, capaz de neutralizar no judiciário os antagonismos sociais, sem acabar com as diferenças de classes que os constituem no capitalismo. A lei possui uma relação direta com o poder, ao mesmo tempo que uma certa neutralidade, o que lhe fornece a sua especialidade. O poder político, seja de origem democrática, seja totalitário, é sempre presente na gênese da lei. O conteúdo da lei é sempre político. Contudo, uma vez vigente a lei, o poder não pode alterá-la, sendo obrigado a cumpri-la. A neutralidade da lei deriva do direito que todo cidadão possui de reivindicar seus direitos. A lei positivada é igual para todos. A lei deve ser obedecida por todos para a manutenção da igualdade no direito à decisão. O Direito, baseado no princípio democrático, é, assim, a condição de legitimidade da lei e do próprio Estado. Contudo, esta cópula entre Direito e Lei mostra sua complexidade no totalitarismo.” ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 121.

que, todavia, não a torna imanente à ordem do mundo, da mesma maneira que impede a confusão do seu âmbito com o do poder.<sup>221</sup> Em regimes totalitários, há uma tentativa de identificação da lei com a fala da autoridade, “afastando-se dos aspectos simbólicos de reivindicação de direitos do Direito, procurando acabar com a sua ambiguidade constitutiva” (ou – vale dizer – sua dimensão intrinsecamente argumentativa<sup>222</sup>). Leonel Severo Rocha utiliza as metáforas de uma “porta fechada de uma fala” e da “mudez de um discurso onde seus signos teriam um único emissor e um único sentido” para falar da lei no totalitarismo. Na sua ótica, o regime pretenderia tornar-se “a lei da lei”. Entretanto – e é aí que a ordem simbólica se põe à prova – não é possível “apagar por muito tempo, mesmo se recorrendo a forças, as conotações democráticas, oriundas do direito ao Direito, que possui o sentido simbólico da lei”. Daí a conclusão lefortiana de Rocha: “o sentido simbólico da lei incita, mesmo no totalitarismo, a reivindicação de direitos, destacando-se, neste caso, a defesa dos direitos humanos, sem cair evidentemente na ingenuidade de subestimar o terror e a lógica da força do totalitarismo”.<sup>223</sup>

No fundo, a existência de uma dimensão simbólica nos direitos – que nos remete ao incessante debate sobre seus sentidos – é o que permite a Lefort afirmar tão enfaticamente que a democracia “convida-nos a substituir a noção de um regime regulado por leis, de um poder legítimo, pela noção de um regime fundado *na legitimidade de um debate sobre o legítimo e o ilegítimo* – debate necessariamente sem fiador e sem termo”.<sup>224</sup> A lei, nessa perspectiva, é irreduzível ao artifício humano. Ela só pode dotar de sentido a ação dos homens desde que assim o queiram, assim a apreendam, “como razão de sua existência e condição de possibilidade para cada um de julgar e ser julgado”. Ninguém pode ocupar, nessa *mise en forme*, o lugar do “grande juiz”. A legitimidade subtrai-se à certeza de outrora, como uma espécie de consequência do lugar agora *vazio* do poder. Admitido que esse debate (sobre o legítimo e o ilegítimo) participa da essência da democracia, o alcance simbólico dos

<sup>221</sup> LEFORT, Claude. Os direitos do homem e o Estado-Providência. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 52 e 57.

<sup>222</sup> Para o caráter intrinsecamente argumentativo do Direito, vide: MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

<sup>223</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 122.

<sup>224</sup> Será visto nos próximos capítulos como essa ideia está de acordo com o pensamento de Ronald Dworkin, para quem a legitimidade é uma questão interpretativa, dependente de argumentos e, portanto, pode comportar distintos graus.

direitos – em especial dos direitos fundamentais – faz-se evidente. Nas exatas palavras de Lefort: “as liberdades proclamadas no fim do século XVIII têm de singular o fato de serem indissociáveis do nascimento do debate democrático. E mais: são geradoras desse debate”.<sup>225</sup> A essa altura espero ter ficado clara a relação que o autor faz entre direitos fundamentais e legitimidade democrática, relação que será fundamental para compreendermos em que consiste a tal “legitimidade por reflexividade”, típica legitimidade de exercício que Rosanvallon considera intrínseca às funções desempenhadas pelos juízes constitucionais. De todo modo, não parece exagerado, a bem da inteligibilidade da hipótese de pesquisa, transcrever um último excerto do pensamento lefortiano no que voltado a essa vinculação entre legitimidade democrática e direitos fundamentais:

Na verdade, quando sustentamos que a democracia estabelece a legitimidade de um debate sobre o legítimo e o ilegítimo, tocamos o cerne da dificuldade. Esse princípio deixa efetivamente supor que é doravante legítimo o que se julga como tal aqui e agora. Ora, qual é o critério do juízo? Pode-se responder, evidentemente, que reside na conformidade do novo direito com o espírito dos direitos fundamentais. [...] Contudo, essa resposta não nos libera da dúvida. Os direitos fundamentais, se são constitutivos de um debate público, não poderiam ser resumidos em uma definição tal que se possa estar universalmente de acordo sobre o que lhes é ou não conforme, na letra ou no espírito. Sempre faltará clareza. Assim estar-se-á exposto à conclusão de que o que é julgado legítimo, aqui e agora, só pode sê-lo em virtude do critério da maioria. Mas, para que nos alinhemos a essa tese, seria preciso ter-se esquecido do que acabamos de dizer, a saber, que o direito não poderia aparecer imanente à ordem social, sem que avilte a própria ideia de direito. O paradoxo entre o direito que é dito pelos homens – isto significando um poder de se dizerem, de se declararem como humanidade, na sua existência de indivíduos, no seu modo de coexistência, na maneira de estarem agrupados na cidade – e o direito que não se reduz a um artifício humano, este paradoxo foi percebido desde o começo do século XIX, não apenas por liberais deliberadamente hostis à instauração da democracia, mas por pensadores tais como Michelet e Quinet, envolvidos tanto com a soberania do povo – a qual implica, para eles, o progresso econômico e social – quanto com a soberania do direito.

A legitimidade do debate sobre o legítimo e o ilegítimo supõe, reafirmemos, que ninguém ocupe o lugar do grande juiz. Deixemos claro: ninguém, isto é, nenhum homem, investido de autoridade suprema, nenhum grupo, ainda que fosse a maioria. Ora, a negação é operante: suprime o juiz, mas reporta a justiça à existência de um espaço público – um espaço tal que cada um é suscitado a falar, a ouvir, sem estar sujeito à autoridade de um outro; o poder que lhe é dado, é induzido a *querê-lo*. Constitui a virtude desse espaço – sempre indeterminado, pois não é propriedade de ninguém, apenas correspondendo aos que nele se reconhecem e lhe dotam sentido – deixar que se propague o questionamento do direito. Que em função dele, uma maioria se forme, *aqui e agora*, liberando uma resposta que tome o lugar da verdade, nenhum artifício poderia impedi-lo. E que um homem, ainda que

<sup>225</sup> LEFORT, Claude. Os direitos do homem e o Estado-providência. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 57-58.

fosse um só, tenha o direito de denunciar a fatuidade ou o erro dessa resposta é algo que por si só confirma a articulação da liberdade com o direito, confirma a irreduzibilidade da consciência do direito à opinião: a maioria, não o espaço público, é o que, então, está sendo eventualmente contestado. A degradação do direito não reside nos erros da maioria, resultará da degradação do próprio espaço público, isto se se verificar que na ausência do debate, que lhe é próprio, uma opinião massiva, compacta, constante, decidir no escuro, em vez de serem feitas e desfeitas maiorias, e em vez de as peripécias da troca e do conflito manterem a inquietante e venturosa divisão das convicções.<sup>226</sup>

Essa longa citação marca bem a posição de Lefort sobre o contramajoritarismo insito à ideia de direitos fundamentais. Ela se liga à dimensão simbólica do Direito. Quando o autor se recusa a pensar o jurídico como um mero “artifício humano”, está querendo dizer que o simbólico não pode ser controlado, apropriado pelo poder. Não é possível que o homem faça do Direito o que bem entende de forma impune. Há uma zona indominável (a “irreduzibilidade da consciência do direito à opinião”). Um espaço público de disputa pelo melhor significado dos direitos fundamentais, assegurado pelos próprios direitos de reunião e de expressão. As maiorias que naturalmente se formam não eliminam essa disputabilidade. No máximo, estabilizam provisoriamente os sentidos dos direitos, propiciando equilíbrios instáveis. Até porque o poder está sempre sujeito a ser posto à prova pela jurisdição constitucional, esta que, por sua vez, também não gera mais do que estabilizações intersticiais pelas suas decisões. Não obstante, o seu exercício (reflexivo, como veremos) deve poder contribuir para a manutenção do lugar *vazio* do poder nas democracias. O magistrado constitucional, assim como a autoridade eleita, não pode pretender ocupá-lo, agindo como – em termos lefortianos – o *grande juiz*: “a degradação do direito não reside nos erros da maioria, resultará da degradação do próprio espaço público, isto se se verificar que na ausência do debate, que lhe é próprio, uma opinião massiva, compacta, constante, decidir no escuro [...]”.<sup>227</sup> Esse ponto será retomado – como adiantei – com Rosanvallon e Dworkin.

É preciso, por derradeiro, alinhar alguns pontos do argumento para que seja possível consolidar minimamente as características mais importantes dessa dimensão simbólico-política que impregna a sociedade, o poder e os direitos. É essa dimensão que assegura o debate sobre o legítimo e o ilegítimo, intimamente vinculado à ambiguidade constitutiva dos direitos fundamentais. Se a conformidade com esses

<sup>226</sup> LEFORT, Claude. Os direitos do homem e o Estado-providência. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 59-60.

<sup>227</sup> *Ibid.*, p. 60.



direitos não deixa de ser um critério de legitimidade do poder, a própria ideia de “estar conforme” a eles padece de uma radical incerteza. Nos termos peculiares de que se vale Lefort, os direitos fundamentais são “constitutivos de um debate público”, por isso simplesmente não podem ser reduzidos a uma definição inequívoca, por meio da qual se pudesse estar “universalmente de acordo sobre o que lhes é ou não conforme, na letra ou no espírito”. Ainda que, em Lefort, a posituação dos direitos humanos participe de sua eficácia (a denotar seu reconhecimento pelo poder), a falta de clareza é inerente a sua dimensão simbólica, o que a torna instituinte de seu sentido (sempre político). Correlaciona-se, pois, ao fato (tantas vezes enfatizado) de que o simbólico não se encontra imanente à ordem do mundo, mas tampouco lhe é completamente exterior. A estrutura simbólica não é um mundo suprassensível nem um fato empírico. Ela revela algo para além das práticas e das instituições, podendo ser considerada uma espécie de arranjo de articulações que, apesar de não dedutíveis da natureza ou da história, ordenam nossa compreensão daquilo que se apresenta como real. É o que sustenta as relações entre lei, poder e saber. Não pode, portanto, ser em si mesma objeto de conhecimento no sentido estrito da palavra. Para que assim o fosse, seria preciso que houvesse um “sujeito-para-quem” se apresentasse, um sujeito situado em um “não-lugar”. E isso pressuporia aquilo que Merleau-Ponty (como vimos) refere criticamente como um “pensamento de sobrevoos”. Ainda na terminologia merleau-pontyana, é possível dizer que o simbólico revela uma relação de “reversibilidade” na carne do social, de maneira que a inteligibilidade se alcança “não pela colocação de um objeto frente a um sujeito que se postula a si mesmo, mas por meio de um entrecruzamento do conhecedor com o conhecido, por um quiasmo”. Há uma filiação evidente, como anotado, entre a ordem simbólica, a ideia de “regime” e o plano “do político”.<sup>228</sup> Remetem todos à figuração de uma unidade dentro da qual as relações sociais se articulam, tornam-se inteligíveis, tendo como condição paradoxal de possibilidade o conflito e a pluralidade inelimináveis.<sup>229</sup> Dito isso, ou seja, retendo

---

<sup>228</sup> FLYNN, Bernard. **Lefort y lo político**. Trad. Gabriel Merlino. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. p.162-164.

<sup>229</sup> Marchart aborda interessantemente esse fecundo paradoxo: “[...] esse conflito não apenas é irresolúvel, mas também necessário para que a sociedade se institua. E é uma das principais fontes de coesão social. Isso pode parecer paradoxal e contra intuitivo. Como é possível que o conflito – a luta irresolúvel entre os homens – seja uma das principais fontes de coesão social? A resposta é a seguinte: somente através do conflito os indivíduos e os grupos se situam dentro de um mundo comum. Mediante seu antagonismo – no qual a organização, a *raison d'être* e as metas da sociedade estão em debate –, os antagonistas se afirmam como membros da *mesma* comunidade. Longe de destruir a sociedade em seu conjunto, a divisão implica, a rigor, uma dimensão de totalidade. E a totalidade se faz implicada, precisamente, pela ‘figura da ausência’, que se revela

essas características fundamentais da estrutura simbólico-política, o caminho fica aberto para tratar da ideia (fugidia, incerta) de legitimidade democrática, passo necessário para chegar à problematização específica da legitimidade do poder das cortes constitucionais.

---

no coração da divisão social. Essa ausência emerge da incapacidade de qualquer ator social de dominar o sentido da sociedade concebida como um todo, pois o jogo indefinido da divisão social impedirá que os atores individuais monopolizem dito sentido de uma vez e sempre. Assim, através do antagonismo, emergem realmente uma dimensão de totalidade, ainda quando não seja, como alguns quiçá pensam, o resultado da presença positiva de um fundamento social, mas da ausência de qualquer fundamento dessa índole. Pois se a dimensão de antagonismo radical garante que ninguém possa encarnar o sentido do todo, que qualquer pretensão desse tipo será debatida, isso conduz à conclusão de que a verdade da totalidade social não pode senão residir no debate como tal. A dimensão de totalidade não pode ser descartada de maneira alguma; ela é invocada como efeito de um debate interminável que impede a qualquer grupo de chegar a dominar o sentido do todo social". (tradução nossa). MARCHART, Oliver. **El pensamiento político posfundacional: la diferencia política em Nancy, Lefort, Badiou y Laclau**. Trad. Marta Delfina Álvares. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009. p. 131-132.

## 4 CONTRADEMOCRACIA, REPRESENTAÇÃO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

### 4.1 A Necessária Expressão Contrademocrática do *Povo-juíze* sua Função Representativa

Claude Lefort costumava referir-se a Tocqueville como um autor que, com sua obra, fazia incisões na carne do social. Contemporaneamente, esse papel pode muito bem ser atribuído a Pierre Rosanvallon, não por acaso um discípulo do próprio Lefort. Essa característica do trabalho de Rosanvallon levou Oliver Marchart a atribuir-lhe a “canonização institucional” da diferença ontológica entre *a política* e *o político*.<sup>230</sup> É difícil colocar-lhe um figurino, pois seus caminhos passam pela filosofia política, pela história social e pela sociologia. E vem expandindo seus estudos para além do contexto europeu. Sua teoria da democracia tem, hoje, claramente uma pretensão de universalidade, adotando enfoques comparatistas e dialogando com várias tradições, especialmente a britânica e a norte-americana. O autor parte (muitas vezes, vale dizer, não de maneira expressa) de diversos pressupostos lefortianos para erigir seu pensamento, compartilhando inclusive da crítica à ciência política tradicional, que não teria captado adequadamente o caráter permanentemente aberto da democracia e, por isso, teria sido incapaz de dar conta das transformações por ela sofridas nas últimas décadas. Assim como Lefort, procede comparativamente, recorrendo à história e a formas sociais distintas para explicar o fenômeno (regime democrático) de que constantemente se ocupa. Crê que o político só pode ser compreendido a partir das dificuldades e dos problemas substantivos da vida democrática. Nesse movimento, buscando as formas concretas do fenômeno democrático, fez-se um considerável crítico de teorias normativas da democracia, como as de John Rawls e de Jürgen Habermas, por oferecerem (e postularem por) visões “puras”, idealizadas.<sup>231</sup>

<sup>230</sup> “Em 2001, a noção de ‘político’, diferenciada explicitamente da ‘política’, foi inclusive canonizada institucionalmente, quando Pierre Rosanvallon assumiu cargo na prestigiosa cátedra de ‘História moderna e contemporânea do político’ no *Collège de France* [...]”. (tradução nossa). MARCHART, Oliver. **El pensamiento político posfundacional: la diferencia política em Nancy, Lefort, Badiou y Laclau**. Trad. Marta Delfina Álvares. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009. p. 13.

<sup>231</sup> Vide: LYNCH, Christian Edward Cyril. A democracia como problema. In: ROSANVALLON, Pierre. **Por uma história do político**. São Paulo: Alameda, 2010. p. 26-35. Segundo Rosanvallon, “tais obras são essencialmente *normativas* na medida em que elas pretendem estipular o que deveria ser uma deliberação racional, o que se deveria entender por soberania do povo, quais seriam os

Rosanvallon insere-se, portanto, em uma espécie de “posição intermediária” no âmbito da filosofia política, na medida em que, enxergando na história uma ferramenta indispensável para uma reflexão realística do político, afasta-se “tanto dos excessos do historicismo, que dispensam a reflexão do presente, quanto do normativismo teórico, que, ao rechaçar a história, rechaçaria a realidade”. Assim, tenta “restituir ao passado sua dimensão de presente, isto é, de indeterminação”.<sup>232</sup> O autor expressamente refere levar em conta em seus trabalhos a dimensão simbólica característica da sociedade, aceitando o postulado de que o político e o social são indissolúveis, este derivando daquele seu significado, sua forma e sua realidade. Fiel a seu mestre, Rosanvallon enxerga no político um campo ou uma esfera de atividades em que o conflito é irreduzível: “o político pode, portanto, ser definido como o processo que permite a constituição de uma ordem a que todos se associam, mediante deliberação de normas de participação e distribuição”. Na modernidade, agrega-se a essa definição de político o problema da representação do povo, de modo que, a partir dessa perspectiva, “o objetivo da história filosófica do político é promover um entendimento acerca do modo por que são projetados e se desenvolvem os sistemas representativos, que permitem aos indivíduos ou grupos sociais conceber a vida comunitária”. A filosofia do político praticada pelo autor, calcada em profunda análise do que chama de “constelações históricas” (em torno das quais se organizam racionalidades políticas e sociais e se erigem representações da vida pública influenciadas pelas instituições), lida com conceitos incorporados à autorrepresentação da sociedade (igualdade, soberania, democracia etc.) que

---

critérios universalmente aceitos da justiça, ou sobre quais deles deveria repousar a legitimidade das regras jurídicas. Sabemos todos do papel salutar desempenhado por esses textos, que recolocaram na ordem do dia questões acerca das quais as ciências sociais não viam mais utilidade. Elas constituíram o eixo de uma inegável renovação do pensamento político, levando, em razão disso, a que por vezes se falasse de um ‘retorno do político’ na década de 1970. Ocorre, todavia, que tais empreendimentos intelectuais não se ocupam da essência aporética do político. Prova disso é que sua perspectiva essencialmente *procedimentalista* os direcionou para o direito e a moral, característica visível nos autores citados. Daí que semelhante visão racionalizadora do estabelecimento do contrato social os tenha levado a ‘formalizar’ a realidade. Em Rawls, aquele que decide submetido ao véu da ignorância adota o ponto de vista mais universal-racional, ainda que praticamente não disponha de quaisquer informações sobre o mundo real. A razão só se afirma nesse campo na proporção da abstração, isto é, da distância frente aos ruídos e às paixões do mundo”. (ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político*. São Paulo: Alameda, 2010. p. 83-84). As críticas de Rosanvallon a Rawls e Habermas não poderão ser tratadas senão indiretamente neste estudo. Aliás, uma análise comparatista entre essas três teorias renderia seguramente um trabalho todo de fôlego.

<sup>232</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. A democracia como problema. In: ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político*. São Paulo: Alameda, 2010. p. 34.

permitem “organizar e verificar a inteligibilidade dos eventos e seus princípios subjacentes”.<sup>233</sup>

Fica claro que não se trata de uma abordagem objetivista. Na mesma trilha lefortiana, o autor nega a possibilidade de controlar, a partir de uma posição externa, seu objeto de estudo. É preciso, então, buscar deliberadamente a história em seu fazer-se. Para tanto, não há um “método” propriamente dito, o que torna necessário um movimento em direção às coisas mesmas, a fim de extrair delas o seu melhor sentido beneficiando-se do distanciamento histórico. É um empreendimento cujo norte, portanto, inclui a tentativa de romper com a divisão entre a história e a filosofia políticas. A história, para Rosanvallon, pode ser considerada uma espécie de material da filosofia política, um objeto para a reflexão filosófica.<sup>234</sup> É por meio dela que se

---

<sup>233</sup> Para isso, Rosanvallon não se limita a uma análise ou um comentário de textos clássicos da filosofia política, “muito embora, em certos casos, eles possam justificadamente ser considerados centrais na medida em que ilustram as questões suscitadas em determinado período histórico e as respostas então oferecidas”. No entanto, a história filosófica do político, para o autor, precisa ainda seguir a história das mentalidades, preocupando-se “em incorporar todos os elementos que produzem este objeto complexo que é a cultura política. Esta tarefa certamente inclui o modo por que grandes textos teóricos são lidos, mas também a atenção às obras literárias, à imprensa e aos movimentos de opinião, panfletos e discursos parlamentares, emblemas e signos. Ainda mais largamente, a história dos eventos e instituições deve ser apreendida como algo em permanente construção, de tal modo que, assim considerada, não há objeto que possa ser considerado alheio para esse tipo de história do político. Ela consiste em reunir todos aqueles materiais empregados, cada um de modo separado, por historiadores das ideias, das mentalidades, das instituições e dos eventos”. ROSANVALLON, Pierre. Por uma história filosófica do político. In: ROSANVALLON, Pierre. **Por uma história do político**. São Paulo: Alameda, 2010. p. 41-45.

<sup>234</sup> Nesse cenário, sustenta o autor que uma das principais marcas da filosofia política é sua “relação necessária, intransponível e sempre problemática com as experiências e opiniões presentes em um dado momento na política real da comunidade”. Segundo esse ponto de vista, a filosofia política não pode ser enxergada como uma mera “província” da filosofia comum. “Pelo contrário, ela constitui um modo particular de filosofar, já que seus objetos resultam diretamente da vida da comunidade, juntamente com a totalidade dos argumentos e controvérsias que a atravessam”. Daí a insistência de Rosanvallon no fato de que “nenhum conceito político (seja ele democracia, liberdade ou outros) pode ser dissociado de sua história”. O autor ainda adverte para uma possível incompreensão desse movimento, que não deixa de representar o risco – para o qual adverte – de uma abordagem objetivista, que pretenderia avaliar o seu objeto de estudo desde uma posição externa: “[...] o que é interessante na história do passado é sua capacidade de lançar luz sobre o presente. Olhando a questão mais de perto, porém, as coisas não são tão simples. Com efeito, muitos livros de história preferem reinterpretar a história a partir dos termos do presente, ou mesmo do futuro, conforme imaginam que ele será. Essa inversão dos termos de compreensão me parece particularmente surpreendente no campo da história política”. Ele então critica a obra de Aulard (*Histoire politique de La révolution française*): “Esse tipo de história, ao mesmo tempo gradualista e linear, enxerga como um dado e um fato incontestável (sufrágio universal = democracia) o que, na verdade, é o cerne de um problema (a gradual redução da ideia de democracia à ideia do voto). Aulard age como se a presente ideia democrática estivesse *ali desde o início*, impedida apenas de emergir completamente em razão de circunstâncias, insuficiente discernimento dos atores envolvidos ou do impacto da luta de classes entre povo e burguesia. A história lida dessa maneira é sempre de grande simplicidade: ela é o território onde forças opostas se chocam (ação e reação, o progressista e o reacionário, o moderno e o arcaico, o burguês e o popular), os avanços e os reveses da ideia sendo explicados como resultantes daqueles entrechoques. O passado é julgado do ponto de vista do presente, que em si mesmo não é objeto de reflexão. Nessas condições, a

pode tentar compreender o simbólico da sociedade, ou, mais precisamente, por meio do que o intelectual francês chama de “representações positivas ou ativas” produzidas pelos atores sociais ao longo do tempo (as quais encerram o campo de possibilidades a respeito do que é possível pensar e determinam as questões do momento). Ele entende ser da essência da história filosófica do político a não equiparação das representações sociais às ideologias (tema caro a Lefort, como vimos), bem assim a sua não redução à condição pura e simples de preconceitos que tão só espelhariam determinados estados das relações em sociedade. Há uma dimensão constitutiva, instituinte nesse fenômeno simbólico, dado que tais representações constituem “reais e poderosas infraestruturas sociais”. Em outras palavras, nas sociedades modernas – diz-nos Rosanvallon – “as formas de vida comunal registram [...] uma tensão permanente com suas próprias representações, dado que a estrutura social não é mais um produto da natureza ou da história, precisando, por isso, ser continuamente construída e criticada”. Parece, de fato, um outro modo de explicitar a mesma ideia que perpassa praticamente toda a obra de Claude Lefort: a tensão entre conflito e identidade/unidade simbólicas nas democracias, formando o campo reflexivo (do político) que propicia às sociedades transformarem-se a si mesmas.<sup>235</sup>

No pano de fundo do pensamento rosanvalloniano está uma assunção (muitas vezes implícita) de que não é possível apreender o mundo, torná-lo inteligível, sem conceder lugar ao plano compreensivo do simbólico-político, a menos que se pretenda adotar um ponto de vista inexoravelmente reducionista. Em suas próprias palavras: “[...] a compreensão da sociedade não poderia se limitar à adição e à articulação de seus diversos subsistemas de ação (o econômico, o social, o cultural etc.) que, longe de serem imediatamente inteligíveis, apenas o são quando relacionados a um quadro interpretativo mais amplo”. Fiel, portanto, à escola francesa do político, o autor enxerga esse plano (do político) como um “centro nervoso” de que decorre a instituição mesma da sociedade, imprescindível para compreensão de seus principais aspectos, dentre os quais o próprio fenômeno do poder, que interessará mais de perto a esta investigação.<sup>236</sup> Daí a imprescindibilidade anunciada de lançar-se mão da

---

história se torna um obstáculo genuíno para o entendimento do presente. A história filosófica do político na sua forma compreensiva nos permite, por outro lado, superar a barreira entre história política e filosofia política. Entender o passado e investigar o presente faz parte de um mesmo processo intelectual”. ROSANVALLON, Pierre. **Por uma história do político**. São Paulo: Alameda, 2010. p. 51-54.

<sup>235</sup> Ibid., p. 57-58.

<sup>236</sup> Vale transcrever aqui, porque sobremodo ilustrativos, dois exemplos trazidos por Rosanvallon para

filosofia e da história no mesmo empreendimento intelectual. A democracia não apenas *tem* uma história. Em Rosanvallon (e em grande medida também em Lefort), democracia é uma história, indissociável, portanto, de um trabalho de exploração e experimentação, de compreensão e elaboração de si mesma. “A história assim concebida é o *laboratório em atividade* do nosso presente e não apenas a iluminação de seu pano de fundo”. Por isso o autor, na trilha de seu mestre, pretende partir “da complexidade do real e de sua dimensão aporética” para alcançar a “coisa mesma” do político, inscrevendo-se no campo dos “fenomenologistas empíricos”, como textualmente refere.<sup>237</sup>

Buscar a “coisa mesma” do político é tentar captar a inerente complexidade do fenômeno democrático, considerar o caráter problemático do regime para apreendê-lo em seu movimento – “e não tentar dissipar o seu enigma por uma imposição normativa, como se uma ciência pura da linguagem ou do direito pudesse indicar aos homens a solução razoável diante da qual eles haveriam forçosamente de se conformar”. Não é uma estratégia válida, para Rosanvallon, tentar “exorcizar a complexidade mutável da questão democrática por meio de um exercício tipológico”. É preciso tomar como objeto a característica sempre aberta e “sob tensão” da experiência democrática, partir das antinomias constitutivas do político que se revelam no curso da história. A história, pois, como “a *matéria e a forma necessária* de um pensamento total do político”, um meio de colocar-se à prova os conceitos fundamentais desse plano simbólico (a democracia, a legitimidade, a igualdade, a liberdade etc.).<sup>238</sup> Perscrutar a vida democrática é, nesse sentido, explorar um

---

esclarecer esse modo de compreensão dos fenômenos político-sociais: “Para compreender a especificidade de um fenômeno como o nazismo, não basta analisar as diferentes tensões e os múltiplos bloqueios da Alemanha da década de 1930 – a não ser que paradoxalmente o banalizemos, considerando-o simples resposta exacerbada à crise do regime de Weimar. Enquanto tentativa patológica de fazer surgir um povo uno e homogêneo, o fundamental do nazismo não se torna inteligível senão quando relacionado às condições de perversa ressimbolização e de restabelecimento da ordem global do político que ele tentou compreender. Tomando um exemplo mais próximo de nós, pode-se dizer que a atual crise atravessada pela Argentina não pode ser interpretada simplesmente a partir dos fatores econômicos e financeiros que são sua causa imediata. Ela só adquire sentido quando situada na longa história de um declínio ligado à dificuldade recorrente de fundar a nação no reconhecimento de obrigações compartilhadas”. ROSANVALLON, Pierre. Por uma história conceitual do político. In: ROSANVALLON, Pierre. **Por uma história do político**. São Paulo: Alameda, 2010. p. 72-73.

<sup>237</sup> Ibid., p. 84-85.

<sup>238</sup> Há nessas reflexões – de modo implícito – uma crítica às teorias que Rosanvallon considera puramente normativas da democracia, representadas exemplarmente por (cada um a seu modo) Habermas e Rawls. Entendo que essa crítica não alcança a teoria da democracia de Dworkin, que me parece perfeitamente compatível com o ideário lefort-rosanvalloniano, como pretendo deixar claro oportunamente. Vide novamente: ROSANVALLON, Pierre. Por uma história conceitual do político. In: ROSANVALLON, Pierre. **Por uma história do político**. São Paulo: Alameda, 2010. p. 84-85.

problema. É, ao mesmo tempo, um movimentar-se para longe de improváveis modelos ideais ou originais do democrático. Assumir sua inerente incerteza. Em outras palavras, é caminhar na “carne” do social e do político, penetrando-a, fincando interrogações na experiência e em suas respectivas representações.

Esse modo de trabalhar permite a Rosanvallon enxergar a democracia para muito além da ideia do “governo da maioria”. Ele explora – e beneficia-se disso para erigir seu pensamento – toda uma dimensão “contrademocrática” presente de maneira tão paradoxal quanto inexorável no seio mesmo desse regime: *la comprensión de la política como espacio de experiencia se impone aún con más fuerza en el caso del estudio de la contrademocracia*.<sup>239</sup> Apenas com a consideração da democracia enquanto “prática viva” é que se torna possível apreender os “poderes de controle e de obstrução” e o “povo-juíz”, típicas exteriorizações da contrademocracia na sociedade.<sup>240</sup> A contrademocracia, apesar de a expressão induzir a uma tal conclusão, não é o contrário da democracia, ainda que reduzamos esta a sua expressão eleitoral-majoritária. Embora não deixe de servir-lhe como contraponto, a contrademocracia é uma autêntica dimensão do democrático, composta por poderes indiretos disseminados pelo corpo social. Organiza, frente à democracia de legitimidade eleitoral, toda uma “democracia de desconfiança”, formando uma espécie de “sistema” com o que o autor chama de “instituições democráticas legais”. Para Rosanvallon, a determinação das condições de formação de um poder legítimo e a formulação de uma “reserva de desconfiança” são historicamente inseparáveis. A confiança, nessa linha de pensamento, não deixa de representar uma “instituição invisível”, produzindo uma ampliação da qualidade da legitimidade do poder, agregando a seu caráter procedimental dimensões morais e substanciais (integridade e bem comum). Além disso, um regime de confiança cumpre um papel temporal: “permite pressupor o caráter de continuidade no tempo dessa legitimidade ampliada”. É nesse contexto que o autor pode falar na confiança como um “economizador institucional”, que cumpre papel relevante na democracia ao fundamentar “todo um conjunto de mecanismos de verificação e prova”.<sup>241</sup> Liga-se à ideia de uma legitimidade conquistável e aferível pelo

<sup>239</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La contrademocracia**: la política en la era de la desconfianza. Trad. Gabriel Zadunaisky. Buenos Aires: Manantial, 2011. p. 41.

<sup>240</sup> Tratarei a seguir de cada uma.

<sup>241</sup> Prossegue Rosanvallon: “Essa dissociação entre legitimidade e confiança constitui um problema central na história das democracias. A dissociação tem sido a regra; a superposição, a exceção (na França, fala-se em ‘estado de graça’ para expressar a existência, depois de uma eleição, de um período muito breve no qual as duas qualidades excepcionalmente se confundem). As reações a



exercício do poder. Essa compreensão de confiança será útil para oportunamente abordar o conteúdo da legitimidade por reflexividade das cortes constitucionais.

O esforço de Rosanvallon é destinado à proposição de uma classificação de formas de representação democrática para além daquela eleitoral-majoritária, a fim de prover algum conteúdo esquemático à incerteza e ao conflito irreduzível que caracterizam o respectivo regime. Ele parte de uma constatação geral, argumentando que a expressão da desconfiança contrademocrática tomara, ao longo da história, duas grandes vias.<sup>242</sup> Uma delas, de tipo “liberal”, seria paradigmaticamente representada por Montesquieu, Benjamin Constant e pelos “pais fundadores” do regime norte-americano, notadamente Madison. Essa via teria como característica maior uma espécie de obsessão por prevenir a acumulação de poderes. *Su proyecto no fue edificar un gobierno bueno y fuerte fundado en la confianza popular, sino constituir un poder débil e institucionalizar la sospecha*. Mais democracia significa, nessa ótica, mais suspeita em face do poder. A outra via ou o outro enfoque sobre a instituição da desconfiança é – na terminologia rosanvalloniana – de tipo “democrático”. *En este caso, el objetivo es velar por que el poder sea fiel a sus compromissos, buscar los medios que permitan mantener la exigencia inicial de un servicio al bien común*. É esse o sentido de desconfiança que Rosanvallon tem em mente quando erige sua teoria sobre a democracia (e que o levará a pensar a legitimidade da jurisdição constitucional de uma maneira distinta daquela que a considera um poder necessariamente contramajoritário<sup>243</sup>), porquanto representaria – segundo sua ótica – aquele prevalecente *en una era posttotalitaria*.<sup>244</sup> A reserva de desconfiança contrademocrática assim concebida – cujo pressuposto não deixa de ser a disputa acerca do critério do “legítimo” (disputa assumida por Lefort como

---

essa situação fática vêm se desenvolvendo em duas direções. Multiplicaram-se, em primeiro lugar, as propostas e as experiências que buscam reforçar os condicionantes da legitimidade procedimental. Aumenta-se, por exemplo, a frequência com que se recorre às urnas, desenvolvem-se também mecanismos de democracia direta, intenta-se, ademais, reforçar a dependência dos eleitos. O que se busca em todos esses casos é a melhoria da ‘democracia eleitoral’. Porém, paralelamente, vem também se formando todo um entrecruzamento de práticas, de colocações à prova, de contrapoderes sociais informais e, além disso, de instituições, *destinados a compensar a erosão da confiança mediante a organização da desconfiança*. Não se pode pensar a democracia e refazer sua história sem se ocupar dessas últimas formas”. (tradução nossa, grifo do autor). ROSANVALLON, Pierre. **La contrademocracia**: la política en la era de la desconfianza. Trad. Gabriel Zadunaisky. Buenos Aires: Manantial, 2011. p. 23-24 e 270.

<sup>242</sup> Não interessa a este trabalho abordar a adequação teórica dessa classificação, que é trazida com o intuito único de melhor situar o pensamento de Rosanvallon.

<sup>243</sup> Esse será o tema principal do capítulo seguinte.

<sup>244</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La contrademocracia**: la política en la era de la desconfianza. Trad. Gabriel Zadunaisky. Buenos Aires: Manantial, 2011. p. 25-27.

inerente à democracia) – é desenhada pelo autor, como antecipado, em torno de três eixos: (i) poderes de controle; (ii) poderes de obstrução e (iii) colocação da ação política à prova por um juízo. A contrademocracia caracteriza, nesse sentido, uma autêntica “forma política” que integra, por meio dessas três manifestações gerais, a composição da *mise en forme* do simbólico-político-democrático.

A ideia de poderes de controle contrademocráticos esteve sempre, ao longo da história, subjacente à vida das democracias, ostentando características estabilizadoras e corretoras. De acordo com Rosanvallon, a experiência revolucionária francesa o demonstra com clareza. Desde o ano de 1789, o termo “controle” teria servido para designar “essa forma complementar de soberania que se desejava implementar para realizar plenamente o ideal de um governo da vontade geral”, remediando o que se poderia chamar de “entropia representativa” (a degradação da relação entre eleitores e eleitos). As formas de exercício da função de controle são a “vigilância”, a “denúncia” e a “qualificação” das autoridades estatais, atividades essas desempenhadas – hoje mais do que nunca – por categorias de agentes muito díspares: desde movimentos sociais à imprensa, passando por organizações da sociedade civil e por instituições do Estado criadas em formato de autoridades administrativas independentes. Cumprindo funções semelhantes (de resistência), temos, na classificação proposta, os poderes de obstrução, expressões de “soberania social negativa” também historicamente presentes e indissociáveis da aventura democrática. Participam da desconfiança sobre o poder por meio de ações de rechaço. Protestos populares contra as autoridades eleitas e outras manifestações afins (como a própria luta de classes) formam, nesse sentido, uma espécie de “povo-veto”. Essa resistência ou política negativa se manifesta, na mesma medida, por meio de oposições parlamentares estruturadas e de vozes críticas de autoridades intelectuais ou políticas.<sup>245</sup> Em algum grau – parece claro – o Poder Judiciário também exerce essas funções contrademocráticas de controle e obstrução.<sup>246</sup> Esse não é,

---

<sup>245</sup> O autor desenvolve com uma impressionante riqueza de dados históricos essas duas dimensões (controle e obstrução) da contrademocracia. Para aprofundamento no tema, vide: *Ibid.*, p. 30-33 e 43-188.

<sup>246</sup> Há passagem do texto do pensador francês em que chega a referir ser o controle de constitucionalidade a modalidade “mais evidente” de um poder instituído de obstrução (*Ibidem*, p. 291). Mas não desenvolve para muito além disso seu argumento. Há, sem dúvida alguma, graus de sobreposição entre essas funções contrademocráticas. A classificação proposta tem, antes de tudo, fins didáticos, mas é evidente que, no agir concreto das instituições, será muitas vezes difícil separar, por exemplo, as ações de controle daquelas de obstrução. De todo modo, essa constatação não prejudica a hipótese geral – e mais importante – de Rosanvallon, que é defender uma ideia de democracia muito mais complexa do que sua expressão eleitoral-majoritária (ou

contudo, o papel que o autor diz ser mais notável na contribuição desse poder de Estado para a formação do democrático. O papel primordial do Poder Judiciário estaria no ato-função de julgar em si, na “instituição julgamento”, poderíamos dizer, que caminha paralelamente ao voto. O pesquisador francês fala em manifestação de um “povo-juíz”, metáfora que ilustra bem o sentido do fenômeno. Essa é a expressão da contrademocracia que interessará mais de perto (por ser a que melhor se aplica à jurisdição constitucional tal como considerada neste trabalho). Conseqüentemente, sua abordagem será mais detida.

O aumento do poder do “povo-juíz” representa, portanto, a terceira expressão da dimensão contrademocrática. E “a judicialização da política constitui seu vetor mais visível”, diz-nos Rosanvallon. No panorama brasileiro, não apenas a judicialização da política entendida como apreciação da licitude e da probidade do agir das autoridades eleitas, mas também a sindicabilidade judicial da execução de políticas públicas (tema do último capítulo) dão conta de marcar o robustecimento da presença e da atuação do “povo-juíz” nas democracias atuais. De acordo com o autor, tornou-se até mesmo banal (porque sobremodo evidente) falar, nesses últimos vinte anos, de uma elevação da figura do juiz na ordem política. Essa circunstância deveria orientar os estudos sobre a temática a outro aspecto seu: as “propriedades comparadas” do voto e do juízo. Mas, para tanto, é preciso entender o termo “juízo” de uma forma ampla, enquanto processo – instruído e argumentado – de exame de uma questão, conducente a resolvê-la. Ultrapassa, nessa medida, a esfera judicial, ainda que seja preponderante nesse ambiente. *“El voto y el juicio son en esa medida dos procedimientos distintos que buscan un mismo objetivo: decidir con vistas al bien común”*. São, em suma, duas *formas políticas* possíveis para o exercício do “poder da última palavra”.<sup>247</sup> Às vezes, o povo pode exercer a função de juízo diretamente (como quando atuam os jurados). Em outras, a atuação ocorre por vias institucionais paralelas ao Poder Judiciário, como ocorre com o *impeachment* e com o chamado *recall* estadunidense. Todavia, mesmo quando essa atividade é exercida no interior do aparato judicial, consagra também uma função social. A justiça se exerce “em nome do povo” e seu desempenho tem potencialidades para cumprir expectativas coletivas.

---

mesmo do que sua simples diferenciação entre “direta” e “representativa”, que de fato pouco diz), a fim de demonstrar que a soberania popular se exerce das mais variadas e importantes formas, institucionalizadas ou não.

<sup>247</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La contrademocracia**: a política en la era de la desconfianza. Trad. Gabriel Zadunaisky. Buenos Aires: Manantial, 2011. p. 33 e 191-192.

Daí a importância de problematizá-la, de estudar a dinâmica com que influi no arranjo democrático. Buscar a “coisa mesma” da função judicial é uma via para compreendermos a extensão de seu papel político na democracia. Só podemos propor-lhe rearranjos e limites, ou seja, postular como deveria ser, se tivermos a capacidade de enxergá-lo (esse papel das cortes de justiça) como efetivamente é. Melhor ainda: se pudermos ver a que tipo de legitimidade responde.

Ao seguirmos a trilha fenomenológica aberta por Lefort e explorada por Rosanvallon, fica possível dizer que o fenômeno da judicialização da política só é bem apreendido se colocado nesse quadro ampliado das “formas políticas” que estabelecem as propriedades do voto e do juízo. Detrás dessa visível elevação da figura do juiz, há um novo regime da vida democrática cuja amplitude é preciso examinar. No entanto, como mostra Rosanvallon, a história da democracia sempre esteve ligada, em alguma medida, à ideia de julgamento dos governantes pela sociedade. O autor examina marcos históricos (fazendo *jus* a sua ideia de história enquanto “laboratório em atividade” do presente) desde o que chama de “exemplo grego”, o qual convém referir brevemente porque lança alguma luz sobre o que entende serem as dimensões mais políticas da atividade dos tribunais: a resolução de conflitos entre cidadãos e administração pública e o procedimento de controle de constitucionalidade. O fenomenólogo-historiador francês parte do dado de que a essencialidade da atividade judicial ateniense, no período da Grécia clássica, consistia em controle e sanção das atividades propriamente políticas da *polis*, figurando os tribunais entre as principais instituições representativas desse período. Por consequência, a atividade de julgar era uma das formas mais fortes e evidentes da atividade cívica. Analisando a instituição do *graphe paronomon* (procedimento instaurado por qualquer cidadão para julgamento de decretos assembleares que contrariassem princípios fundamentais do regime), Rosanvallon argumenta que o procedimento não era apenas uma forma de o povo proteger-se de si mesmo, manifestando-se de uma nova maneira, corretora da primeira, que adotava agora a forma de um grande tribunal, formado por jurados sorteados. Não. O *graphe paronomon*, acima de tudo, implicava uma concepção reflexiva da definição de interesse geral, enquanto decisão de uma coletividade que só se impunha no tempo, depois de ter sido posta à prova por um juízo argumentativo. “*Es una forma de ‘vuelta*

*sobre sí mesma' de la democracia ateniense.*<sup>248</sup> A judicialização da vida pública, a partir do exemplo grego, não deve, portanto, ser interpretada como uma espécie de propensão patológica para o contencioso. Cuida-se sobretudo de uma característica propriamente política, de um aspecto do democrático.

Ainda tendo como pano de fundo a democracia ateniense para pensar o fenômeno do povo-juiz contrademocrático atual, Rosanvallon sustenta que à assimetria entre um exercício *ex post* da desconfiança e uma outorga *ex ante* da confiança se sobrepõe a distinção entre minorias compactas e maiorias compostas, a contribuir para explicar o papel democrático da atividade de exercitar um juízo. Essa atividade, o juízo, cumpria então uma dupla função em Atenas: “pôr em jogo outra temporalidade do contrato político, que permite fazer mais efetivo o vínculo entre governantes e governados, e ao mesmo tempo corrigir as disfuncionalidades das maiorias, dando às minorias uma segunda chance de defender o interesse geral”. O autor chama de “juízos políticos” essas manifestações dos tribunais gregos, juízos que possibilitariam, a um só tempo, consolidar a expressão periódica da confiança nos governos, por meio de um exercício permanente da desconfiança, bem como remediar a falta de unanimidade pela referência, perante uma corte de justiça, de uma definição substancial de interesse geral. Por isso que Rosanvallon faz uma comparação entre a função de julgar sob as lentes redutoras de Montesquieu (juiz “boca da lei”) e sob o enfoque ateniense, concluindo que “*el ejemplo griego nos invita, por el contrario, a retomar el sentido de su complementariedad y su pertinencia* [da atividade de julgar] *a un mismo ejercicio de control de la vida de la polis*”.<sup>249</sup> É possível, pelo menos conceitualmente, pensar a jurisdição constitucional nessa mesma perspectiva. Defenderei aqui esse tipo de legitimidade não procedimental para fundamentar a autoridade dos juízes que tem por função precípua a guarda da Constituição. Isso ostenta ressonância com a ideia lefortiana de democracia enquanto debate contínuo entre o legítimo e o legítimo (tendo como parâmetro os direitos fundamentais), bem assim com a concepção de Direito como ramo autônomo de uma moral política, defendida pelo “último Dworkin”. Quando abordado, nos capítulos seguintes, o tema da legitimidade por reflexividade, essas considerações voltarão, ressignificadas – é certo – em alguma medida.

---

<sup>248</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La contrademocracia**: la política en la era de la desconfianza. Trad. Gabriel Zadunaisky. Buenos Aires: Manantial, 2011. p. 198.

<sup>249</sup> Ibid., p. 200-201.

É preciso dizer, contudo, que a noção rosanvalloniana de povo-juiz, se exacerbada, pode ostentar um lado “patológico”. Expressões – já bem incorporadas ao debate acadêmico pátrio – como “ativismo judicial” e “governo dos juizes” ilustram-no com boa densidade semântica.<sup>250</sup> Parecem óbvios os efeitos indesejados de uma hipertrofia do Poder Judiciário. O espaço de movimentação desse poder não é pequeno, mormente no que concerne à jurisdição constitucional. Os juizes constitucionais (ministros do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro) representam, sim, o povo, mas só naquilo que será chamado, no próximo capítulo, de “povo-princípio”. Somente assim o Direito, no plano do controle de constitucionalidade, mantém-se apartado do poder, fundamentando o seu exercício. Em outras palavras, o poder dos ministros do STF é desempenhado em nome do Direito, de seus princípios. Ao dar o sentido do jurídico, autolimita-se. Põe-se a si e aos demais de acordo com a Constituição. Aí está a sua inafastável feição representativa, que ocorre nos limites de sua legitimação, esta que, por sua vez, dá-se pela via reflexiva (tema também do próximo capítulo). Por isso, qualquer tentativa de assenhorar-se do sentido da lei, menosprezando seu texto ou mesmo insistindo em preencher os espaços de significado deixados pela linguagem abstrata da Constituição com concepções idiossincráticas de justiça, equivale não apenas a sufocar a autonomia do Direito e a força cogente de seus princípios, mas erodir a legitimação do poder que assim é exercido.<sup>251</sup> Em termos lefortianos, cuida-se da fusão entre Direito e poder. Fundem-se porque este acaba ditando discricionariamente o conteúdo daquele, tornando-o submisso a sua vontade. Melhor ainda: transformando-o, apenas, em um ato de vontade.<sup>252</sup> Desnecessário dizer que a medida é absolutamente contrária à

---

<sup>250</sup> O ativismo judicial não se confunde com a judicialização da política. Esta dá conta, precisamente, da dimensão contrademocrática do “povo-juiz”, ou seja, é inevitável e em boa medida inerente à democracia; aquele, bem diversamente, é fruto de uma escolha do decisor, de um ato de vontade, como argumenta Lenio Streck (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 62-63). Sobre o tema, há uma profusão impressionante de estudos no Brasil. Além da mencionada obra de Streck, é possível citar, exemplificativamente: VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Revista Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 407-440, jul./dez. 2008; VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 389-406, jul./dez. 2008; RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>251</sup> Vide: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 451-452.

<sup>252</sup> “Ato de vontade” no conhecido sentido kelseniano. Para Hans Kelsen, a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito corresponde não a um ato de conhecimento, mas a um ato de vontade, que pode realizar não apenas “uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da

experiência democrática.

Uma possível asfixia da democracia pelo extrapolamento de sua inerente dimensão contrademocrática também é preocupação de Rosanvallon. Ele a encara sob o viés do que chama de “populismo”, que pode naturalmente atingir a função de “povo-juiz”. O populismo judicial tem muito de decisionismo, mas se caracteriza por uma postura mais do que apenas voluntarista. É, antes de tudo, um agir deliberadamente punitivista de um braço do Estado contra os outros, visando a criminalizar ou até mesmo a ridicularizar o poder político. Seria o Poder Judiciário investindo-se na condição de ator privilegiado para falar em nome do povo, “encarnando” o soberano e subjugando as autoridades estatais eleitas. Com efeito, tal como o totalitarismo de que falava Lefort, o populismo deve ser primordialmente compreendido na sua relação com as tensões estruturantes da representação. Assim como aquele, este também pretende “resolver a dificuldade de representar o povo ressuscitando sua unidade e sua homogeneidade de um modo imaginário, em uma tomada radical de distância com aquilo que supostamente se lhe opõe: o estrangeiro, o inimigo, a oligarquia, as elites”. É uma espécie de movimento rumo a uma forma “impolítica” de democracia, pela assunção – no caso da função judicial – de agir tendente à eliminação do conflito que está na base da sociedade, falando, em voz autodeclaradamente uníssona, em nome de um povo que se imagina homogêneo e transparente. No fundo, pressupõe-se um divórcio entre as intervenções sociais e a ideia de um campo político que “dá sua consistência e sua coerência ao mundo social”. Dito de outra maneira, trata-se de um hiperdimensionamento da forma indireta (contrademocrática) de democracia acompanhado de um declínio da política. Esse é um problema contemporâneo, observa Rosanvallon. A contrademocracia, que deveria servir para potencializar a “legitimidade-confiança” por meio de um exercício permanente de desconfiança, acaba por gerar o efeito inverso, colocando sob suspeita toda forma de autoridade exercente de poder político, notadamente aquelas erigidas enquanto tal pelo voto popular.<sup>253</sup>

---

mesma norma, como também pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 391-394). Streck critica, em diversas oportunidades, essa ideia. Vide, exemplificativamente: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 32, 75, 314 e 529-530.

<sup>253</sup> De fato, o autor faz um paralelo entre o *totalitarismo*, que – como vimos em Lefort – é a forma patológica da democracia, com o *populismo*, o qual pode ser considerado a degeneração da contrademocracia: “[...] Visto apenas como uma patologia da democracia eleitoral-representativa,

Refletir acerca da degeneração do fenômeno ajuda a termos a compreensão dos seus limites. Quando nos colocamos a pensar sobre o avanço do papel dos juízes (especialmente os constitucionais) e a força do Direito nas democracias é comum termos em mente mais os atores do que o próprio ato de julgar. É a função em si que deveria despertar nosso maior interesse. “*Detrás del juez está, sin embargo, el juicio como resultado de su actividad*”. O juízo é uma forma de ação pública. Não deixa de representar uma tentativa de figurar o interesse geral sobre um caso particular. No caso da jurisdição constitucional, sequer de caso propriamente “particular” podemos falar (principalmente quando em jogo o controle concentrado de constitucionalidade, mas também na hipótese de controle incidental exercido, em sede de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal). “*Lo que se ha convenido en llamar ahora judicialización de lo político debe ser entendido en esta perspectiva, y no reducirse simplemente a una cuestión de ‘competencia’ institucional entre magistrados y representantes en el ejercicio de los poderes*”. O juízo, enquanto modalidade de decisão, tem propriedades específicas e um modo de ser bem distinto das ações que compõem o universo eleitoral, especialmente o voto.<sup>254</sup> Isso tudo leva a crer que o tipo

---

seria fácil aplicar o mesmo tipo de caracterização aos fenômenos totalitários, que se inscrevem, também, de maneira certamente mais radicalizada, em uma visão fantasiada da unidade social e de uma possível representação-encarnação. É necessário, então, ajustar a análise do populismo. Isso é o que permite sua apreensão como patologia específica da contrademocracia. O que é próprio do populismo reside no fato de que radicaliza a democracia de controle, a soberania negativa e a política como juízo até culminar seu movimento comum na impolítica. O populismo poderia ser definido, nessa perspectiva, como *política pura do impolítico*, antipolítica acabada, contrademocracia absoluta”. E quanto ao populismo que atinge especificamente a função judicial, assim prossegue Rosanvallon: “O populismo contemporâneo corresponde, por fim, a uma exacerbação destrutiva da ideia de povo-juiz. O cenário do tribunal com seus intercâmbios de argumentos e suas produções de conhecimento experto se degrada com o populismo em um teatro de crueldade ou em um jogo de circo. O poder tende, em consequência, a ser criminalizado ou ridicularizado em sua essência. A função de acusação absorve, nesse marco, toda a atividade cívica, alijando, desse modo, de maneira quase estrutural, o cidadão do poder. O Ministério Público, que tem por função representar o Estado e exigir a aplicação da lei no interesse da sociedade, termina, nessa perspectiva, por constituir o único poder percebido, em suas obras, como de essência democrática. Esse povo-juiz exacerbado do populismo não se preocupa, em absoluto (é necessário assinalá-lo), por um exercício da justiça que fosse de ordem distributiva e que buscasse avaliar os meios para concretizar uma igualdade superior entre os possíveis. Só aborda a questão do Estado benfeitor para denunciar seus beneficiários como suspeitos, defraudadores voluntários, assemelhados, por uma série de deslizos, aos imigrantes ilegais. Só almeja uma justiça de repressão, de sanção, de estigmatização, constituindo em objeto de sua vingança uma vasta categoria de indesejáveis e parasitários. Nesse ponto, o populismo como patologia da contrademocracia une-se, assim, com o populismo como patologia da democracia eleitoral-representativa, que fantasiava a criação de um corpo social Uno e são para resolver todos os problemas que enfrenta a sociedade”. (tradução nossa). ROSANVALLON, Pierre. **La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza**. Trad. Gabriel Zadunaisky. Buenos Aires: Manantial, 2011. p. 249 e 258-259.

<sup>254</sup> Rosanvallon enxerga pelo menos cinco elementos que singularizariam o exercício do juízo como expressão contrademocrática essencial à democracia: as condições de justificação; a relação com



---

a tomada de decisões; a posição na ação; a teatralidade e a maneira de ser relacionar com a particularidade. Vale destacar brevemente as características de cada um desses elementos: (1) *“El imperativo de justificación: [...] El proceso judicial obliga en efecto a las partes a explicarse y a justificarse de modo público. [...] El juicio impone en primer lugar la presencia organizada de un contradictor así como el sometimiento a una investigación coactiva, la obligación de seguir un procedimiento que no se controla. Por otra parte, el cuestionamiento de los hechos no puede ser tratado o postergado. Es considerable la diferencia entre un proceso judicial y una campaña electoral en cuanto a las condiciones de la confrontación, de la justificación y de la decisión. La primera permite un examen de la responsabilidad más metódica y más transparente. Las ‘cadenas de imputación’ por retomar la expresión de Hans Kelsen, son examinadas de manera más meticulosa y más sistemática. Las decisiones del tribunal deben justificarse por otra parte con más frecuencia. Por cierto no se debe idealizar el proceso judicial. Especialmente, las condiciones de la argumentación a menudo están lejos de satisfacer todos los criterios deseables, y el objetivo de transparencia rara vez se alcanza de manera plena. Pero junto con una respuesta a un reclamo social, lo que se busca llevar a buen fin es un proceso reglado, de examen de los hechos, de las intenciones y los comportamientos de las partes. [...] El juicio liga de este modo los requisitos igualitarios de la democracia con cierta visión del conocimiento experto, ofreciendo una especie de ‘tercera vía’ entre los modelos antagónicos de la expresión del número y de la razón. [...] (2) La obligación de decidir: [...] La especificidad de la decisión judicial es cerrar una disputa, determinar una responsabilidad, sancionar una acción. Zanja, de una vez por todas, el contencioso, marca un punto final. El efecto de un juicio es así el de terminar con la incertidumbre. [...] La antigua etimología indoeuropea confirma esta definición: el juicio es un acto de establecimiento, de fundación, de organización del mundo. [...] Frente a la decisión del número y al principio político de una autofundación, el juicio manifiesta la existencia de otra modalidad de la acción de los hombres y las mujeres por formar un mundo común. En la dialéctica necesaria de la decisión eficaz y la deliberación democrática, corresponde a un momento y un modo propio de la constitución de la polis. (3) El espectador activo: Una decisión política compromete comúnmente el futuro. El juicio en cambio tiene que ver con el pasado. Su fuerza y su efectividad se basan en esa característica. Hanna Arendt ha destacado ese punto en sus obras *Juger* y *Condition de l’homme moderne*. Recuerda, en particular en la segunda obra que el sentido de un acontecimiento no aparece calaramente hasta que ha sucedido. El actor, considera, es por ello siempre ciego, su comprensión de las cosas no puede ser más que titubeante, parcial y prejuiciada. El espectador, a la inversa, tiene todas las cartas en la mano; su campo de visión es más amplio. El juez presenta las mismas características que el espectador y el historiador en ese sentido. [...] Si su posición expresa innegablemente una forma de desencanto con la política, busca también superarla con la inserción de la actividad de juzgar en el cuadro de una interacción social más amplia con vistas a la elaboración de valores comunes. El juez se distingue por ello del historiador. Es por cierto un espectador, mas un espectador activo y comprometido, cuya intervención participa de la institución y la regulación de la polis. Al seguir el hilo de la reflexión de esta obra, se puede definir a partir del juicio una categoría intermedia ente política electoral-positiva y soberanía de obstrucción. [...] (4) El hecho de la teatralidade: [...] la atividade judicial [...] está estructuralmente ligada a una forma de teatralidad. Una sala de tribunal es un ‘teatro de justicia’ subraya Bentham. Allí todo está en efecto dispuesto para que los diferentes actores sean asignados a lugares que componen uma escena diretamente inteligible. El público, especialmente, ocupa lugar destacado. Este rasgo es incluso su gran invariante. Eso convirtió los procesos judiciales importantes en acontecimientos sociales en todos los países y em todos los tempos. La dimensión de publicidad siempre ha sido esencial, incluso cuando la justicia ha estado lejos de ser imparcial, incluso cuando no ha sido más que una mascarada. [...] Una corte de justicia no hace más que decidir sobre casos que le son sometidos. Su ritual tiene una función de institución social. Participa de una puesta en orden y de sometimiento a la norma del mundo. Con variaciones según el país [...] la actividad de juzgar contribuye a hacer vivir una dimensión de la democracia que sólo ella puede cumplir. (5) El espacio de la particularidad exemplar. La eficacia del juicio que retiene la atención del público está ligada finalmente al hecho de que por definición trata casos particulares. Pero no cualesquiera casos: se trata de casos ejemplares, de casos limite. Pone de este modo limites a lo posible, establece barreras, busca dar sentido al mundo. El juicio es a la vez distinto de la dimensión legislativa de lo político, que tiene por objetivo la generalidad, y de la acción gubernamental dispersa em la gestión de la multiplicidad infinita de situaciones. Arendt destaca en ese sentido que ‘combina de manera enigmática lo particular y lo general’. Esta tensión corresponde a una Concepción abierta y constructiva de la búsqueda del bien común. A falta de una Razón o de una Voluntad únicas e inmediatas, la*

de legitimação também deve ser, pelo menos no seu aspecto primordial, diverso daquele próprio das autoridades eleitas. Tais circunstâncias ganham ainda mais relevo – como veremos – quando atentamos para as especificidades da jurisdição constitucional. Ela não deixa, evidentemente, de compartilhar das características mais fundamentais da jurisdição ordinária, mas inegavelmente se orna de atributos próprios por incidir sobre a ação dos outros poderes tendo como parâmetro a interpretação do que determina a Constituição. A jurisdição constitucional, portanto, põe em evidência uma espécie de “política do juízo”, a significar que o exercício da judicatura em nível constitucional implica um questionar-se sobre sua própria legitimidade na democracia. E quando assim o faz, isto é, quando argumenta sobre sua legitimidade, propondo as balizas de sua atuação, a corte constitucional concomitantemente incide sobre a amplitude da ação dos demais poderes. A atividade de julgar, nessa perspectiva, “*no consiste – como lo hace el militante de un partido – en dirigir un mensaje a los demás y comunicar una verdad sobre su situación. Es ante todo una puesta a prueba de la validez normativa de una comunidad y un trabajo reflexivo de elaboración de sus lazos constituyentes*”.<sup>255</sup>

Inegavelmente, sob o enfoque rosanvalloniano, o juízo – especialmente o exercido pelo Supremo Tribunal Federal – cumpre uma função instituinte. É uma função, portanto, política, uma vez que dá sentido ao social, atribui-lhe identidade no plano dos princípios. Em outras palavras, contribui para o estabelecimento do democrático “*al acercar los hechos y los valores, permitiendo leer las situaciones de la vida social a través del prisma de los principios que la rigen*”. A função, nesse significado, é efetivamente – vale repetir – política, mas de um tipo diferente daquela exercida pela “*política de la voluntad*”, entendida esta como a forma de ação politicamente ordinária, expressada pelas urnas e pela ação governamental. Coexistem ambas, em alguma medida (mas não sempre), contraditoriamente, o que atesta o caráter complexo e multifário assumido pela representação democrática, na medida em que lhe agregamos dimensão de contrademocracia. E não poderia ser diferente. O sentido de “política” ora atribuído à jurisdição constitucional remete àquele tratado no primeiro capítulo deste trabalho, ou seja, aquele inerente ao plano

---

*acrescentada demanda social de juicio se inscribe así en una visión pragmática y pluralista del interés general*”. ROSANVALLON, Pierre. **La contrademocracia**: la política en la era de la desconfianza. Trad. Gabriel Zadunaisky. Buenos Aires: Manantial, 2011. p. 225-234.

<sup>255</sup> Ibid., p. 230.

ontológico, inafastável, da sociedade. Mais precisamente, está em questão o plano “do político”, constitutivo do social e, portanto, espaço de inteligibilidade do qual o Direito não está imune. É possível dizer que a distância entre “política do juízo” e “política da vontade” dá testemunho da realidade de uma sociedade inerentemente dividida, de um conflito que lhe é irreduzível. Assim, longe de ser apenas “*una especie de consecuencia derivada del rol protector de las libertades reconocido al derecho, participa también de la institución de la polis*”.<sup>256</sup>

Esse quadro possibilita a conclusão de que a jurisdição constitucional não é apenas instância de poder contramajoritário (considerada na sua relação com a instituição específica da eleição). Mesmo quando ela é assim enxergada (porque invalida leis e atos administrativos), cumpre função representativa da sociedade (precisamente a dimensão, a ser vista, do “povo-princípio”). Negar essa qualidade do juízo, mormente – acrescentemos – do de cunho constitucional (a quem compete avaliar a constitucionalidade dos atos dos demais poderes da República, exercendo juízos políticos, no sentido ontológico referido acima), equivaleria a adotar, nas exatas palavras de Rosanvallon, “*una visión estrecha de la representación y de la legitimidad*”.<sup>257</sup> Com efeito, a atividade democrática mescla permanentemente decisões políticas (no sentido estrito, atinente aos atos de gestão legislativa e executiva da coisa pública) e decisões judiciais. Há relação de complementariedade entre elas. O debate (já antigo) sobre vantagens e inconvenientes da eleição de juízes guarda alguns pontos de contato com essa discussão acerca da representação do povo pelo Poder Judiciário. Todavia não resolve a questão. Ainda que o modelo brasileiro fosse de eleição para juízes do Supremo Tribunal Federal (cuja nomeação, aliás, já possui algum componente de representatividade popular, porque ato privativo do Presidente da República, autoridade eleita pelo voto), ainda assim, o problema permaneceria, pois preponderantemente relacionado com o *exercício*, e não com a *investidura*, da função. O tipo de legitimidade que a contrademocracia requer é de tipo substancial, ligada à instituição invisível da confiança. O procedimento de investidura da função pelo voto popular não dotaria os juízes constitucionais de legitimidade para julgar como melhor lhes aprouvesse. Para colocar o ponto nos termos em que será tratado no próximo capítulo: a discussão se relaciona à *legitimidade de exercício*, que

---

<sup>256</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La contrademocracia**: la política en la era de la desconfianza. Trad. Gabriel Zadunaisky. Buenos Aires: Manantial, 2011. p. 231 e 235.

<sup>257</sup> Ibid., p. 235.

é uma qualidade (e não um estatuto) a ser conquistada pelo desempenho adequado da atividade, e não à “legitimidade de investidura” da função pública. A ação de julgar deve, pois, ser entendida nesse marco como mais uma forma (inexoravelmente problemática, como as demais) pela qual a sociedade reflete sobre si mesma.

#### **4.2 Considerações Adicionais sobre o Trabalho da Representação do Poder nas Múltiplas Expressões da Democracia**

O conjunto desses temas permite ver que, também em Rosanvallon, o poder (e nessa expressão incluído, a toda evidência, o poder judicial) claramente não é sinônimo de dominação. Parece indubitável, é certo, que há sempre a possibilidade de que o poder se degenere a ponto de equiparar-se essencialmente à força. Mas ele é, antes de tudo, polo de identidade e de sentido; e, portanto, de representação da sociedade. Novamente nos encontramos diante de ecos lefortianos. O tema do poder é central para os assuntos de que trata comumente Lefort. Em artigo dedicado ao tema, depois de argumentar que não há (e sequer poderia existir) disciplina específica para estudar a sua natureza, a sua origem e mesmo o seu exercício, coloca a si próprio a pergunta: “a que se chama poder?”. Na sua ótica, não podendo ser reduzido a simples mando, potência ou dominação, não deixa de estar ligado à ideia de obediência. E, por sua vez, seja em relação ao poder de um príncipe, de um governante ou de um sacerdote, esta (a obediência) implica certo modo de crença. *“De una dominación establecida por la fuerza hasta cabe preguntarse, como nos invitaba a hacerlo La Boétie, si alguna vez pudo mantenerse en forma duradera sin beneficiarse con una ‘servidumbre voluntaria’”*.<sup>258</sup> Chamemos de crença, de confiança ou simplesmente de legitimidade, Lefort tem razão ao enfatizar que não será mediante uma definição de palavras que daremos conta do fenômeno do poder em toda sua complexidade e problemática. O autor propõe, então, que se conceba o poder – de um modo bem geral – em termos de relações entre indivíduos, como a capacidade de um sujeito “A” para levar um sujeito “B” a atuar em conformidade com seus desígnios. Essa ideia geral assume, no campo político, o figurino de uma “instituição”. É, portanto, identificável, ainda que, na democracia, o lugar do poder permaneça “vazio”, e quem

---

<sup>258</sup> Para uma abordagem de Lefort sobre o pensamento de La Boétie, vale conferir: LEFORT, Claude. O nome de um. In: BOÉTIE, Etienne de La. **Discurso da servidão voluntária**. Trad. Laymert Garcia dos Santos. São Paulo: Brasiliense, 2001. p. 125-171; LEFORT, Claude. Ainda sobre o nome de um. **Revista Discurso**, São Paulo, n. 35, p. 117-127, 2005.

o ocupe só o faça temporariamente. Não deixa – como é possível perceber – de representar uma outra forma de expressar o fato de que dá sentido ao social ou, melhor dizendo, de enfatizar que “*es esta institución la que da a um conjunto social su carácter de agrupación política. Además, tiene la propiedad de ser ostensible*”.<sup>259</sup>

Essa última propriedade, a de ser “ostensivo”, é o traço que, no interior do pensamento rosanvallonian, chama-se de “teatralidade” do poder, atribuído – vale marcar – com especial ênfase ao Poder Judiciário e a sua peculiar ritualística. É, nas suas palavras (em mais uma evocação implícita de Lefort), uma “*puesta en escena*”, que permite “*dar consistencia visible y sensible a sus funciones e imponer su autoridad*”. Essa característica do poder coexiste com outra (objeto dos capítulos anteriores) atinente também à ideia de *mise en scène*. Nesse outro significado, compartilhado igualmente por Rosanvallon, temos a atividade política (ou o poder) em si participando de “*un trabajo de puesta en escena*”, ao estar ligada fundamentalmente a uma “*empresa de representación de la sociedad*”. Para o autor, aliás, essa dimensão de encenação simbólica da sociedade (da qual participa o poder), ao implicar a formação de um espaço público de intercâmbios e confrontações e permitir a reflexão da sociedade sobre si mesma, “*ha sido históricamente fundante de la experiencia política y democrática*”.<sup>260</sup> Dessa maneira, é possível afirmar que há uma espécie de dupla *mise en scène* atribuída ao poder. Em si mesmo, pelos seus ritos e cerimoniais; e na sua relação com a sociedade, dimensão em que atua de um modo eminentemente reflexivo-representativo, ou seja, “encenando-a” (a sociedade), contribuindo para dar-lhe sentido e forma. Essas dimensões têm pontos de contato entre si, mas não se confundem. E é a última a que mais interessa aqui, aquela estudada precipuamente pela filosofia política, porque ligada ao plano “do político”, plano esse que, presente na “carne” do social, impregna de sentido qualquer divisão ou arranjo de poder e governa nossas experiências de acesso ao mundo.<sup>261</sup>

<sup>259</sup> LEFORT, Claude. El poder. In: LEFORT, Claude. **Democracia y representación**. Trad. Víctor Goldstein. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2011. p. 227-229.

<sup>260</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La contrademocracia**: la política en la era de la desconfianza. Trad. Gabriel Zadunaisky. Buenos Aires: Manantial, 2011. p. 231.

<sup>261</sup> Estratégia de abordagem radicalmente distinta daquela que, segundo Lefort, é adotada pelo campo da ciência política, que tenderia a “*circunscribir lo político en el espacio social como un sector particular entre otros y describir sus propiedades, consiste en darse en secreto la experiencia primera que tenemos de este espacio para simular reconstruirlo a partir de elementos supuestos. Así forja la ficción de relaciones sociales que preexistirían a toda puesta en forma, en sentido y en escena*”. Nessa oportunidade, o autor critica a tipologia weberiana sobre o poder (tradicional, carismático e legal), mas reconhece em Max Weber a virtude de “*haber puesto de manifiesto diversos modos de legitimidad del poder, con la preocupación de no confundirlo con la potencia*”. Apesar disso, Lefort rejeita a visão de Weber no que compara o Estado a uma relação de dominação do homem sobre o homem fundada nos meios de violência legítima: “*Uma sola objeção me basta: en Atenas, el poder democrático se*

A importância do poder enquanto polo de identidade do social faz-se nítida quando considerada a circunstância – seguidamente enfatizada por Lefort – de que *“toda sociedad se ve enfrentada con la contingencia de su organización y con la exigencia de borrarla; es decir, siempre está ocupada em darse la razón de lo que es: lo que es como debe ser”*. Mais uma vez estamos em face da ordem simbólica. O poder gera, sem dúvida, um desnivelamento no campo social, mas que acaba por – de alguma forma – “organizá-lo”, dando-lhe unidade e atestando a impossibilidade de a sociedade coincidir consigo mesma.<sup>262</sup> Mesmo em regimes democráticos (os quais rejeitam a crença na existência de autoridades que incorporam em si algum poder divino ou sobrenatural), o lugar do poder, embora “vazio”, proporciona – na terminologia lefortiana – *“el signo de un ‘afuera’”*. Mas vimos que isso não implica considerá-lo como essencialmente exterior à sociedade. O fato de não ser *“un ‘adentro’ que sea totalmente positivo”* não o faz plenamente transcendente. É, portanto, nesse espaço ou nessa distância (*écart*)<sup>263</sup> simbólica que, na democracia,

---

*caracterizaba por la rotación de los cargos públicos entre los ciudadanos. El gobernante, observaba Aristóteles, aprende a ejercer la autoridad siendo él mismo gobernado. Por cierto, la ciudadanía, que daba acceso a la participación en las decisiones públicas, estaba circunscrita. El concepto mismo de democracia, por lo demás inventado por los enemigos de este régimen, que implicaba que el kratos pertenecía al pueblo y no al pequeño número de los ‘mejores’, testimoniaba un conflicto en la ciudad. Por último, la institución del ostracismo revelaba el temor de que el poder no fuera arrebatado al pueblo por un aspirante a la tiranía”*. (LEFORT, Claude. El poder. In: LEFORT, Claude. **Democracia y representación**. Trad. Víctor Goldstein. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2011. p. 229-231). A descrição dos tipos de poder ou dominação em Weber poder ser encontrada em: WEBER, Max. **Metodologia das ciências sociais**: parte dois. Trad. Augustin Wernet. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1992. p. 349-359.

<sup>262</sup> Poltier esclarece, em sentido semelhante, este ponto do pensamento lefortiano: “Afiançar o estatuto simbólico do poder implica negar que seja redutível a um instrumento. Também possui, indubitavelmente, essa dimensão. Mas esta – segundo sustenta Lefort – só é possível sobre um fundo de referências proporcionadas pelo poder como polo simbólico. Se fosse puro instrumento, se não fosse mais do que um simples órgão cujo domínio constitui um recurso, a unidade da sociedade seria impensável. Enquanto meio em mãos de um determinado grupo, deveria ser visto como simples prolongação de sua vontade de estender o domínio sobre todos aqueles que não o integram. Em semelhante representação, torna-se impossível pensar algo como a união entre uns e outros no seio de um espaço que os reúna. Mais apropriadamente, o poder, nessa representação, é um instrumento privado a serviço de fins puramente privados. Resolve-se por completo apenas na questão da dominação, e os esforços daqueles que intentam escapar de seu alcance encontram-se plenamente justificados. A luta contra o poder, contra toda forma de poder, é sempre legítima. O que essa perspectiva finge crer é que o poder seria um traço acidental e, como tal, eliminável. Sem embargo, essa ideia só muito raramente é objeto de uma pesquisa séria. Ao explorarmos a história humana, é possível pôr em dúvida seriamente a possibilidade de uma sociedade desprovida de qualquer forma de poder. Em suma, ao insistir na dimensão simbólica do poder, ao esclarecer a ideia de que é constitutivo da definição do espaço social e de sua formalização, Lefort incita, ao mesmo tempo, a relativizar o enfoque da crítica à dominação. Não é, por certo, que [esse enfoque] nada nos ensine sobre o modo de funcionamento de nossa sociedade, mas, ao pretender exclusividade, oblitera a dimensão simbólica do político, em outras palavras, o fato de estar na base de uma ordem de coexistência para vários dentro do mesmo espaço social”. (tradução nossa). POLTIER, Hugues. **Claude Lefort**: el descubrimiento de lo político. Trad. Heber Cardoso. Buenos Aires: Nueva Visión, 2005. p. 53-54.

<sup>263</sup> Como vimos na abordagem do simbólico em Merleau-Ponty.

ocorre o trabalho da representação, o qual não pode fechar-se em pura imanência, tampouco alçar-se em mera transcendência. Acredito ser isso que Lefort deseja destacar quando postula – como citado acima – que “*toda sociedad [...] siempre está ocupada em darse la razón de lo que es: lo que es como debe ser*”.<sup>264</sup> E esse trabalho da representação, no cenário de incerteza democrática, é complexo e vário. Não nos esqueçamos de que, a ser o lugar do poder “vazio”, não há condensação possível entre este, o Direito e o saber, tampouco segurança sobre seus fundamentos. O exercício do poder é matéria de um incessante debate sobre o legítimo e o ilegítimo. A pergunta sobre “quem, a quem e como se representa” na democracia está, pois, longe de obter respostas satisfatórias. Devemos encará-la como um problema; fecundo – é certo –, mas ainda assim um problema.<sup>265</sup> Algumas considerações sobre isso são necessárias para avançar ao próximo capítulo.

Se o poder político não é apenas coerção, mas polo de identidade, a ideia de representação da sociedade lhe é inerente. Há, pois, função representativa tanto nos poderes democráticos como naqueles contrademocráticos (nos quais se inclui o Poder Judiciário e suas cortes constitucionais). A incerteza da democracia e essa sua dupla dimensão nos desafiam, então, a pensar a questão recém antecipada sobre a representação do povo. Em texto sugestivamente intitulado *Freedom through political representation* e que se dedica a abordar o problema sob o ponto de vista da escola francesa do político (nomeadamente, Lefort, Gauchet e Rosanvallon), o filósofo político Wim Weymans aponta para a tensão entre os princípios abstratos (soberania popular, direitos fundamentais etc.) e a realidade concreta da democracia. A representação política serviria para mediar essa tensão.<sup>266</sup> Se a sociedade precisa

<sup>264</sup> LEFORT, Claude. El poder. In: LEFORT, Claude. **Democracia y representación**. Trad. Víctor Goldstein. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2011. p. 230.

<sup>265</sup> Uma forma interessante de colocar essa questão – relacionando poder e representação – é esta de Poltier: “Ficou até agora em suspenso uma pergunta, sem dúvida decisiva: como decifrar os significados que [...] poderiam ser lidos como provenientes de um lugar de poder? Onde estão escritos? Em que língua? Para formular essa pergunta em um vocabulário diferente do de Lefort: quem são os portadores desses significados? [...] para falar apropriadamente, esses significados não estão escritos em parte alguma. A única maneira de alcançá-los consiste em interrogar o conjunto das representações que se encontram no lugar do poder para intentar desprender delas significados que, embora não expressos com todas as letras, não obstante se encontrem em ação a sua disposição. Trata-se, tal como escreve Lefort em um importante ensaio de 1963, de ‘deixar-se levar por ele... para a fonte de sentido de onde é preciso que derive’. Para ser claro, todo o trabalho do intérprete consiste em interrogar as formas aparentes de poder para remontá-las desde o fundo de onde procedem, que não é mais do que a fonte de sentido à que faz alusão a citação de Lefort”. (tradução nossa, POLTIER, op. cit., p. 54-55). É precisamente o que faz Rosanvallon, na sua peculiar fenomenologia, ao argumentar que o “povo-princípio” é o que está na fonte da legitimidade por reflexividade da jurisdição constitucional, como veremos no próximo capítulo.

<sup>266</sup> Weymans argumenta que, “enquanto muitos artigos e alguns livros têm sido dedicados ao trabalho de

guiar-se por princípios geradores invisíveis (simbólicos), então necessitamos de instituições para representá-los. Até porque o poder, em Lefort, não é algo detectável na realidade empírica. Ele só existe enquanto representado. “Representação, portanto, não significa um ‘espelhamento’ passivo da realidade, tal como era considerada por realistas políticos e positivistas”. (tradução nossa).<sup>267</sup> Trata-se, diferentemente, de uma *atividade*, consistente em fazer atuar os princípios simbólicos de modo a que a sociedade adquira sentido. Uma vez que esses princípios não são uma realidade dada, parece evidente que representar não pode significar simplesmente “*an act of mirroring*”. Os princípios adquirem vida através da representação política.

É possível, contudo, perceber aí um ponto de ambiguidade. De um lado, os exercentes de poder político precisam, por meio de discursos, ações ou decisões, constantemente reportar-se a esses princípios (dentre os quais – vale repetir – os direitos fundamentais) para legitimarem-se, e a sociedade acaba, por conta disso, reconhecendo-os (esses princípios geradores). Na outra face do fenômeno, os detentores de poder político não podem ser diretamente identificados com os princípios que apenas representam. Um governante ou um juiz que pretendesse

---

Lefort, poucos comentadores têm reconhecido a importância que a teoria da representação política assume em seu trabalho”. (WEYMANS, Wim. Freedom through political representation. Lefort, Gauchet and Rosanvallon on the relationship between state and Society. **European Journal of Political Theory**, [S.l.], n. 4, p. 263-282, 2005). Com efeito, Lefort trabalha a ideia da representação pelo Estado no contexto de uma análise de estudos do antropólogo Pierre Clastres (LEFORT, Claude. **Desafios da escrita política**. Trad. Eliana de Melo Souza. São Paulo: Discurso, 1999. p. 299-331). Vale trazer, porque elucidativo, o exame que faz Weymans dessa abordagem: “*In the 1960s Pierre Clastres (1934–77), an anthropologist close to Lefort and Gauchet, had examined the few ‘primitive societies’ remaining in South America and concluded they were not backward societies that ‘lacked’ a modern state, but rather were societies that explicitly rejected the state and were therefore ‘societies against the state’. Lefort found support in Clastres’s work for his thesis that it is through political representation that a society understands its deeper principles. Even societies against the state need a leader, if only to represent him or her explicitly as having no power, so that society can perceive itself as a society of total equals, without rule. As we have seen, during the 1970s many used these societies to support their thesis that true freedom and equality meant abolishing the state. But more so than Clastres, Lefort stresses that an enormous price has to be paid for this rejection of the state. For Lefort it is only because a state mediates between principles and society that freedom, dissent and individuality are possible. In societies against the state, however, this mediation by the state is rejected, which consequently means that divine principles are immediately and literally inscribed in their bodies through rites of passage where older members of the society write the principle of the community (‘everyone is equal’) with knives in the flesh of the young initiates by scarring their backs or piercing parts of their bodies. No contestation of this principle was possible (doing so meant certain death). Real equality and the absence of a state are thus possible only through a radical dependence on a sacred timeless tradition that immediately dictates its principles to society. Unlike Clastres, Lefort does not identify the state with decay and servitude, but rather with society’s freedom to determine its own history*”. WEYMANS, Wim. Freedom through political representation. Lefort, Gauchet and Rosanvallon on the relationship between state and society. **European Journal of Political Theory**, [S.l.], n. 4, p. 275, 2005.

<sup>267</sup> WEYMANS, Wim. Freedom through political representation. Lefort, Gauchet and Rosanvallon on the relationship between state and society. **European Journal of Political Theory**, n. 4, p. 266, 2005.



coincidir totalmente com esses princípios perderia sua legitimidade democrática (flertaria, aliás, com o modo de agir totalitário). Como um ator teatral, portanto, o agente público situa-se entre a “audiência” e o “papel” que desempenha. Weymans resume bem essa ambiguidade da representação: “enquanto o detentor de poder mostra como esses princípios estruturam a realidade social, ele deve também demonstrar que esses princípios, por si mesmos, não coincidem plenamente com qualquer tipo de realidade social dada”. Tantos nos regimes teológico-políticos (nos quais os princípios de legitimidade estariam em Deus e a desigualdade, naturalizada) como nos democráticos (cujos princípios derivariam da soberania popular sob o manto de uma igualdade formal), a representação cumpre função mediadora. Naqueles, mediando entre princípios divinos localizados em entidades metafísicas e uma sociedade hierárquica; nestes, entre princípios democráticos indefiníveis *a priori* (e, portanto, “formais”, no sentido de não ser possível sua plena “realização” ou “atualização”) e o povo. Nas duas formas de sociedade, os princípios, ainda que de maneiras distintas, diferem-se da realidade empírica. (tradução nossa).<sup>268</sup>

Não temos como conhecer, exata e absolutamente, o sentido da soberania popular ou da igualdade. Não há uma “realidade concreta” que lhes corresponda. Ainda assim, guiam a vida nos regimes democráticos. As perguntas sobre “quem é o povo” ou acerca “do que a igualdade ‘realmente’ representa” são reitoras da vida em sociedade, mas permanecem sempre no seu estado interrogativo. Em outras palavras, não é possível representar plenamente os princípios simbólicos da democracia. Eles se fazem objeto, inexoravelmente, de “quase-representações”.<sup>269</sup> São, pois, “quase-representados” pelo poder (pelas instituições) em meio a um ineliminável conflito entre distintas visões políticas que pretendem fixar-lhes o melhor significado, característica própria das democracias, carecedoras que são de fundamento último de legitimidade. A identidade dos regimes democráticos vive em permanente abertura pela impossibilidade de coincidência plena entre o simbólico e o real. Ainda assim, a democracia não sobreviveria sem esses princípios (simbólicos), sendo dependente de instituições que os representem. Diz-nos Weymans: “ao permanecer distinto tanto da sociedade como de seus princípios reitores, o Estado evita a plena ‘realização’ desses princípios, e, ao fazê-lo, garante a manutenção da

---

<sup>268</sup> Ibid., p. 266-267.

<sup>269</sup> Expressão típica do pensamento pós-fundacionalista, encontrada – como já observado – em Claude Lefort.

‘essência’ plural da democracia”.<sup>270</sup> O Estado democrático – vale frisar – apenas *representa* esses princípios abstratos; não os *incorpora*. E, ao representá-los no plano simbólico, não elimina os conflitos, embora os estabilize provisoriamente (fixando seus sentidos em contextos específicos). Não há, assim, fechamento da sociedade. Aliás, não só da sociedade, mas do próprio Estado. Não apenas aquela é dividida; este também o é. A complexidade e a divisão interna do Estado vêm atestadas pela própria existência de toda uma dimensão contrademocrática capaz de representar, concorrentemente, o povo. Esses conflitos na sociedade e no Estado legitimam-se porque mediados por princípios abstratos. Não são, dessa maneira, conflitos entre interesses de ordem puramente factual. “É por isso que uma sociedade democrática plural necessita de *instâncias políticas* (parlamentos, conselhos, debates públicos) nas quais os conflitos sejam representados por referência a princípios que garantam sua legitimidade”. (tradução nossa).<sup>271</sup> Daí a distinção que faz Lefort entre conflitos simbólicos mediados por princípios e conflitos “reais”, como guerras civis, momentos em que esses princípios legitimadores desaparecem e o poder, deslegitimado, exsurge como puramente “de fato”. Enquanto os primeiros atestam um “vazio simbólico”, os segundos dão conta de um “vazio real”, que se expõe, pela degeneração do regime democrático, ao risco de investidas totalitárias. O papel do Estado é, nesse sentido, simbólico, exatamente porque representativo desses princípios gerais. Não se reduzindo a um simples instrumento de dominação a serviço dos interesses “reais”, atua no sentido de evitar uma espécie de transubstanciação dos princípios, assim entendida qualquer tentativa de “realizá-los” plenamente. A representação política, concebida desse modo, contribuiria para a expansão – e não para o sufocamento – da liberdade. É preciso, pois, que se mantenha imperfeita, com alguma distância da sociedade “como realmente é”.

A partir de uma perspectiva similar, Sofia Näsström, em instigante estudo comparativo entre Lefort e Ankersmit,<sup>272</sup> postula que, no interior do pensamento

---

<sup>270</sup> O autor arremata, com confessada influência lefortiana: “É precisamente porque o ideal da igualdade é uma abstração indeterminada que uma particular (aparentemente determinada) interpretação do que a igualdade significa em certo tempo e lugar (por exemplo, no século XIX) pode ser denunciada por grupos específicos (por exemplo, pelos trabalhadores). Sua natureza abstrata também garante o erigir constante de novas reivindicações, uma vez que o ideal de igualdade permanece, por definição, irrealizado”. (tradução nossa). WEYMANS, Wim. Freedom through political representation. Lefort, Gauchet and Rosanvallon on the relationship between state and Society. **European Journal of Political Theory**, [S.l.], n. 4, p. 267-268, 2005.

<sup>271</sup> *Ibid.*, p. 269.

<sup>272</sup> NÄSSTRÖM, Sofia. Representative Democracy as Tautology. Ankersmit and Lefort on representation. **European Journal of Political Theory**, [S.l.], v. 5, n. 3, p. 321-342, 2006.

desses autores (no que coincidem), há toda uma forma peculiar de abordagem das relações entre democracia e representação. A questão para eles não estaria na disputa sobre se a representação é ou não democrática (se seria compatível, pois, com o ideal antigo de povo governando por si mesmo). Representação seria *a própria democracia* ou a forma moderna de “*popular rule*”.<sup>273</sup> Näsström entende que essa forma de encarar o democrático muda a chave do pensamento. A representação deixa de ser compreendida como uma espécie de “mal necessário” (“*a second-rate device*”), visão que, dando especial relevo à dimensão direta ou imediata da democracia, remontaria a Rousseau e ecoaria com considerável força até hoje.<sup>274</sup> Disso decorre que não cabe de exigir uma inteira identificação entre representantes e representados, um mimetismo entre ambos. Uma pura coincidência desse tipo é um convite à tirania, é impedir que o povo reflita sobre si na medida em que julga seus representantes. O poder popular, nessa perspectiva, não está plenamente associado nem aos representados nem aos representantes, mas à atividade de representar em si. Embora o ponto de vista rousseauiano pudesse estar correto ao pôr em xeque qualquer possibilidade de mimetismo na representação, equivocara-se ao não ter tirado proveito da distância entre representantes e representados. Essa clivagem seria fundamental para a legitimidade política.

Mas parece claro que, para a representação adquirir uma tal fecundidade, ela depende de exigências mais robustas: precisamente a dimensão substancial dos princípios geradores da democracia, com destaque para os direitos fundamentais. Dito de outro modo, o caráter incerto e “problemático” da representação, que impede a

---

<sup>273</sup> Nadia Urbinati tira conclusão semelhante a partir do próprio pós-fundacionalismo de Lefort. Parece acertada essa visão, na medida em que, não havendo ancoradouro seguro capaz de “fundar” o democrático, a representação política se faz necessária para permitir a vida em sociedade com um mínimo de unidade e identidade: “De modo bem eficaz, Claude Lefort salientou a natureza não-fundacional da democracia moderna (leia-se representativa), a qual ‘em virtude do discurso...revela que o poder a ninguém pertence; que aqueles que exercem o poder não têm domínio sobre ele; que eles, de fato, não o personificam; que o exercício do poder requer uma contestação repetida e periódica; que a autoridade daqueles investidos de poder é criada e recriada como resultado da manifestação da vontade do povo’”. URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? **Lua Nova**, São Paulo, n. 67, p. 191-228, 2006.

<sup>274</sup> Esta passagem de Rousseau é emblemática: “*Sovereignty cannot be represented for the same reason that it cannot be alienated; it consists essentially in the general will, and the will does not admit of being represented: either it is the same or it is different; there is no middle ground. The deputies of the people therefore are not and cannot be its representatives, they are merely its agents; they cannot conclude anything definitively. Any law which the People has not ratified in person is null; it is not a law. The English people thinks it is free; it is greatly mistaken, it is free only during the election of Members of Parliament; as soon as they are elected, it is enslaved, it is nothing. The use it makes of its freedom during the brief moments it has it fully warrants its losing it*”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **The social contract and other later political writings**. Trad. Victor Gourevitch. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. p. 114.

exata correspondência entre as expectativas das pessoas e as realizações de seus representantes, impõe que o democrático não seja simplesmente assimilado aos procedimentos eleitorais.<sup>275</sup> Essa incompletude vem possibilitando um florescimento nada desprezível da jurisdição constitucional, na medida em que tem por função julgar a aderência da ação dos poderes da República aos referidos princípios fundamentais da democracia, positivados que estão na Constituição. As cortes constitucionais, atuando de maneira reflexiva, recordam que o povo soberano não se resume à sua dimensão majoritária. Relembrem que a democracia não é apenas imediatidade. A atividade de representação tem também uma temporalidade duradoura, correspondente ao que Rosanvallon chama de “povo-princípio”.<sup>276</sup> Dar voz a esse povo é justamente o que legitima o exercício do poder pelos tribunais ditos guardiões da Constituição. Esse será o tema do próximo e derradeiro capítulo, qual seja, a legitimidade por reflexividade. Antes, porém, ainda é preciso discorrer, a partir de tudo quanto foi dito até aqui, sobre a ideia em si e as múltiplas formas de legitimação

---

<sup>275</sup> Urbinati tece raciocínio similar: “A representação política atesta o fato de que, embora a democracia possa ser explicada em termos de regras do jogo, a participação dos cidadãos não é um jogo neutro, mas uma forma concreta de se promover concepções e de se identificar com aqueles que as apoiam ou fazem alegações convincentes em sua defesa. É por isso que a representação é “problemática” quando analisada em relação à democracia. Ela é problemática porque não pode nunca ser corroborada por e concebida nos termos de representantes que saibam efetivamente o que as pessoas desejam, e porque as expectativas das pessoas e as realizações de seus representantes jamais irão corresponder com exatidão. Ao mesmo tempo em que desafia o cognitivismo, a representação democrática depende de muito mais do que simplesmente procedimentos eleitorais. Ela requer robustas autonomia local e liberdade de expressão e associação, bem como certa igualdade básica de condições materiais. Demanda também uma cultura ética de cidadania que possibilite que tanto os representados quanto os representantes vejam as relações partidárias como não irreduzivelmente antagonistas e sua defesa não como uma promoção incondicional de privilégios sectários contra o bem-estar de todos. É, portanto, apropriado dizer que a compreensão da representação como uma instituição democrática, ao invés de um recurso ou uma segunda alternativa, coincide com a reabilitação de uma dimensão ideológica inevitável da política. Isso porque a política, no contexto da representação, envolve um processo complexo de unificação-e-desunião dos cidadãos, que os projeta para uma perspectiva orientada para o futuro. A política mantém o soberano em moto perpétuo, por assim dizer, ao passo em que transforma sua presença em uma manifestação de influência política complexa e delicada”. URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? **Lua Nova**, São Paulo, n. 67, p. 224-225, 2006.

<sup>276</sup> Essa característica multifária da representação está também em Lefort. Concordo com Näsström quando refere que “*by placing representation in the constitution of society, savage democracy [modelo de democracia lefortiano] triggers a process of circularity between society and its political institutions. Representation is not a synonym for election. A representative politics may in fact take different forms, deliberative or participatory. All that is required is that there is an institutionalization of conflict, and that the institution in question prevents individuals and groups from incorporating power for their own ends. From a savage point of view, the relationship between electors and elected is therefore secondary to the institution of election. Election is democratic, not because it makes the exercise of power visible to the people, but because the lack of an identifiable source of power yields a societal process of questioning. It keeps the political contestation going*”. NÄSSTRÖM, Sofia. Representative Democracy as Tautology. Ankersmit and Lefort on representation. **European Journal of Political Theory**, [S.l.], v. 5, n. 3, p. 334, 2006.

democrática, das quais a reflexiva é uma espécie.

### 4.3 O Caráter Multifário da Legitimidade Democrática e a Necessidade de uma Democracia de Exercício

Ainda no seu livro sobre a contrademocracia, Pierre Rosanvallon já esboçava a necessidade de uma revisitação do tema da legitimação das autoridades. É preciso, de fato, estudá-lo para dar conta do problema da representação política em toda a extensão do democrático por ele analiticamente trabalhada. Como que antecipando o assunto que viria a tratar de maneira aprofundada em obra publicada pouco tempo depois,<sup>277</sup> o autor refere ali que as funções contrademocráticas nos convidam a reabrir intelectualmente “o dossiê da legitimidade”. Nessa perspectiva, sugere o argumento de que não podemos mais adotar a ideia de “maioria” como um equivalente prático da unanimidade, na medida em que as minorias não são mais compreendidas como pequenos grupos opressores. Bem ao contrário, frequentemente são os grupos submetidos com maior intensidade à opressão. Em um quadro como esse, a falta de unanimidade torna-se mais sensível. Daí a imposição de pensar uma legitimidade de tipo substancial para “representar a situação de populações excluídas e grupos minoritários”, a qual possa voltar “a dar sentido ao ideal primeiro de uma comunidade coerente que expressa a sua maneira a noção de unanimidade”.<sup>278</sup> Quando Rosanvallon fala em “noção” de unanimidade ou em “*ideal*” de coerência, coloca-nos novamente diante da questão do simbólico-político. Ao postular pela reabilitação da teoria sobre tipos “substanciais” (conteudísticos) de legitimidade, que possam gerar

<sup>277</sup> Em 2008, sob o título *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*. Utilizarei aqui a seguinte edição da obra: ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010.

<sup>278</sup> O autor fizera, então, um quadro bem esquemático dos tipos de legitimidade que entrariam contemporaneamente em concorrência, consideradas as funções democráticas e contrademocráticas do regime, advertindo que se tratava, na oportunidade, de uma “apresentação sumária do marco em que deveria (o problema da legitimidade) ser compreendido”: (i) legitimidade social procedimental, cuja forma de generalidade corresponderia a uma maioria como equivalente da unanimidade e a instituição de implementação seria o sufrágio universal; (ii) legitimidade por imparcialidade, cuja forma de generalidade corresponderia a uma igual distância acerca de todas as partes implicadas e as instituições de implementação seriam aquelas relacionadas à justiça (Rosanvallon ainda não tinha desenvolvido sua ideia de “legitimidade por reflexividade”) e as autoridades independentes; por fim, (iii) legitimidade substancial (entendida em um sentido bem estrito), cuja forma de generalidade corresponderia à universalidade de valores ou da razão e as instituições de implementação seriam autoridades privadas diversas. ROSANVALLON, Pierre. **La contrademocracia**: la política en la era de la desconfianza. Trad. Gabriel Zadunaisky. Buenos Aires: Manantial, 2011. p. 117-121.

um “equivalente” de unanimidade para proteção, notadamente, de minorias, ele está, também nessa oportunidade, aceitando – mesmo que implicitamente – a ideia de que o poder dá sentido ao social, pode conferir-lhe identidade.

Essas premissas de teoria da legitimidade na extensa obra de Rosanvallon encontram seu nascedouro em uma postulação por ele defendida desde sempre (e talvez hoje incontestável): a de que a democracia – notadamente na sua dimensão eleitoral-majoritária – assenta-se sobre algumas espécies de “ficções necessárias” (que tomam parte do “enigma” da vida democrática, para dialogar com Lefort). De fato, essa característica do regime já era objeto de preocupação por parte de Rosanvallon na época em que seus estudos se voltavam para a história e o contexto específico da democracia francesa. No seu olhar fenomenológico, a democracia, enquanto “poder do povo”, é um imperativo indissociavelmente político e sociológico, implicando “um mesmo movimento mental” considerá-la “um regime de autoridade e do sujeito que a exerce”. Mas, se o princípio da soberania do povo funda a política moderna, sua ativação, por outro lado, permanece muito incerta. “Desde suas origens, a definição de regime moderno tem sido marcada por uma dupla indeterminação, que concerne tanto ao modo de encarnar o poder democrático como às condições de sua formulação”. Isso não deixa de ser decorrência do “vazio” simbólico do poder instaurado pela experiência de sua desincorporação. Seja como for, essas dificuldades se estabelecem em torno da questão da representação em seus dois sentidos mais gerais: como mandato e enquanto “figuração simbólica” do povo.<sup>279</sup> Há, na questão da representação, um distanciamento entre “o caráter evidente e irresistível [*prima facie*] dos princípios democráticos e o aspecto problemático de sua realização”, uma tensão entre a definição filosófica de democracia e as condições para sua institucionalização.<sup>280</sup>

Vimos que Rosanvallon se recusa a pensar o democrático como um ideal. Democracia é problema e povo, nas suas palavras, “*un amo a la vez imperioso e inasible*”. Como reconhecê-lo, de que modo figurá-lo? “Toda a dificuldade reside na distância existente entre um princípio político – a afirmação da supremacia da vontade geral – e uma realidade sociológica”. É um problema inerente ao próprio caráter emancipatório dos

<sup>279</sup> Rosanvallon anota que a língua alemã dispõe de dois termos distintos para designar essa dupla acepção do sentido de representação: *repräsentation* (figuração simbólica) e *stellvertretung* (mandato). Vide: ROSANVALLON, Pierre. **El pueblo inalcanzable**: historia de la representación democrática en Francia. Trad. Ana García Bergua. Ciudad de México: Instituto Mora, 2004. p. 8.

<sup>280</sup> *Ibid.*, p. 9.

regimes democráticos. Não pode nem deve ser resolvido. Mas existe, sem dúvida, uma contradição entre o seu princípio político-jurídico (abstração do povo soberano) e o seu princípio sociológico (diversidade, conflito). Aquele consagra o poder de um sujeito coletivo cuja consistência tende a ser dissolvida por este. O princípio sociológico reduz, portanto, a visibilidade da unanimidade pressuposta pelo princípio político-jurídico. A ideia de soberania do povo talvez pudesse conviver sem muitos problemas com essa tensão se fosse enxergada apenas como um princípio de oposição e diferenciação em face de um passado absolutista ou em relação com nações estrangeiras. Ela se torna, contudo, profundamente incerta quando *“debe pensarse como una fuerza actuante e institutora”*. A democracia se inscreve, assim, em um regime de ficção. Mas uma ficção que não deixa de representar uma tentativa de integração social, de instituir, simbolicamente, um universo comum entre homens e mulheres diferentes por natureza. Isso constitui *“un principio positivo de construcción social en la democracia, pero al mismo tiempo vuelve más incierta la constitución de un pueblo sensible”*.<sup>281</sup>

O trabalho da ficção democrática atesta o paradoxo lefortiano da democracia já bem enfatizado neste trabalho: quando a soberania popular deve se manifestar em seu momento mais solene (por meio de um opção entre candidatos nas urnas), o cidadão se vê subtraído das redes nas quais se desenvolve a vida social para ser convertido em uma unidade para o cômputo, de maneira que a substância acaba sendo substituída pelo número. Com efeito, *“resulta tanto más necesario instituir al pueblo como persona jurídica artificial cuanto este último no posee consistência propia”*. O povo, no fundo, é faticamente irrepresentável. É ameaça para a identidade. *“La serialización es a la vez condición de la igualdad y problema para la identidad.”* Nesse contexto, Rosanvallon acrescenta que os primeiros teóricos do contrato social haviam “resolvido” essa dificuldade reconhecendo na instituição monárquica um papel de figuração social. *“Así es como según Hobbes, el soberano da forma reconocible a un pueblo que de manera inmediata no es más que multitud”*, ou seja, *“el proceso de representación se confunde, en este caso, con la función de encarnación”*. Representar seria, assim, “personificar”. A fim de resolver a ambiguidade do “povo soberano”, a representação política criaria um “povo fictício”, no sentido jurídico da palavra, isto é, forjaria um corpo imaginário para representar o “povo real”, corpo esse posto em forma pela instituição monárquica.<sup>282</sup> Na democracia, é claro, as coisas já

<sup>281</sup> Ibid., p. 10-12.

<sup>282</sup> ROSANVALLON, Pierre. **El pueblo inalcanzable**: historia de la representación democrática en

não se passam mais assim. A experiência democrática acarreta a dissolução dos marcos referenciais de certeza na mesma medida em que o poder se desincorpora.

E há maneiras diversas de encarar essa dificuldade democrática. Hans Kelsen, por exemplo, sustenta que a democracia deve ser vista simplesmente como uma das técnicas possíveis de produção de regras jurídicas. Uma técnica que, depurada de considerações “ideológicas” (como soberania e representação), engloba um corpo eletivo (parlamento), uma base ampla (sufrágio universal) e um método eleitoral (ainda que sem pretensões de representação), exigindo, como regra geral, maioria simples dos votantes para entrega de seu produto. De acordo com o jusfilósofo austríaco, há fragilidade filosófica na noção de soberania popular e, por via de consequência, na de “povo”, de modo que a única unidade de indivíduos com base na qual podemos construir essa ideia (de povo) é a normativa, determinada pela submissão das pessoas a uma mesma ordem jurídica estatal. “Povo” faria algum sentido apenas nessa acepção (normativa), pela qual poderia ser individualizado como o conjunto dos titulares dos direitos políticos. Isso, porém, ainda é uma aproximação precária. Dificilmente poderíamos falar de forma consistente em povo como titular de uma soberania cujo exercício pode ser individual ou delegado.<sup>283</sup> Veremos, no próximo capítulo, que a forma kelseniana de encarar o paradoxo da democracia e suas correlatas concepções (como povo e representação) ignora a dimensão simbólica da sociedade e, na mesma medida, a função do poder de dar identidade ao social. Reduz o fenômeno a um conflito entre “ideologia” e “real”.

Outra visão possível da dificuldade democrática é a que será adotada para fundamentar a hipótese desta pesquisa, qual seja, a do próprio Rosanvallon, que a explora fenomenologicamente e tira consequências interessantes disso. Com efeito, a figuração simbólica do povo toma vias mais complexas e menos seguras diante do vazio estrutural deixado pelo projeto democrático. E recorrer à ficção – muito embora inevitável – é singularmente problemático, pois “sempre provoca o aumento da tensão entre sua utilidade jurídica e sua artificialidade sociológica”. Para Rosanvallon, o “processo representativo” deve cumprir uma dupla exigência contraditória: prosseguir

---

Francia. Trad. Ana García Bergua. Ciudad de México: Instituto Mora, 2004. p. 12-13.

<sup>283</sup> Vide: KELSEN, Hans. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 35; e GAVAZZI, Giacomo. Kelsen e a doutrina pura do Direito. In: KELSEN, Hans. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 11-13.



a obra de ficção e, ao mesmo tempo, induzir a demandas de identificação sensível. O processo de constituição e representação do vínculo social exigiria, assim, formas paradoxais de “representação real”. Deve haver algum modo de identificação com o povo. A ficção não pode ser um modelo de descolamento completo do real. Porém, ainda assim, há ficção. Essa é a “aporia constitutiva” do governo representativo, o que explica, nas palavras do autor, “*que este último se encuentre en crisis desde el comienzo mismo de su implantación*”.<sup>284</sup> Ele refere como exemplo o contexto francês, em que desde 1789 haveria uma oposição permanente entre “o instituído e o instituinte”, “o povo móvel da rua e o povo encarnado em seus representantes”, “a diversidade das condições sociais e a unidade do princípio democrático”. Em suma: “*tensión entre lo uno y lo múltiple que se vuelve a formar siempre para engendrar la duda y la insatisfacción*”.<sup>285</sup>

Há marcada influência de Lefort nessas reflexões. Vale lembrar aqui sua assunção de que a unidade jamais apaga a divisão social. A experiência democrática é, nessa compreensão, indomesticável, fundando-se na legitimidade do debate sobre o legítimo e o ilegítimo. A contradição entre a natureza da sociedade (sem “corpos”) e as pressuposições da política democrática (a constituição de uma pessoa fictícia representada) redundam em uma incessante busca de identidade para o social. Em outras palavras, o povo é, sim, o soberano, mas sua identidade permanece latente, sempre posta em dúvida. O poder não gera mais do que representações provisórias. Por isso, Rosanvallon irá dizer que essa busca por identidade vem sendo exercida historicamente de duas maneiras (ou – acrescentaria – “em dois sentidos”). Por um lado, “para tentar dar um rosto ao povo”; por outro, “para iluminar o representado

---

<sup>284</sup> Esse também é o entendimento de James Ingram, para quem o estado de crise equivale à “normalidade” na democracia. Sustenta nessa linha que, “na teoria democrática, as crises consideradas mais profundas geralmente são aquelas que disputam a definição de comunidade, questionando a própria identidade deste ‘povo’ que autoriza todas as ações e decisões políticas oficiais. Além disso, todo historiador da democracia sabe que democracias são quase sempre produto de crises, entram periodicamente em crise e podem, inclusive, amadurecer e beneficiar-se delas, uma vez que, a partir delas, são forçadas a se redefinir de forma mais inclusiva”. E prossegue sugerindo que, se “[...] a incerteza sobre a identidade do ‘povo’ representa uma crise para a democracia, de certa forma, a crise é, mesmo que frequentemente ocultada, o estado de normalidade da democracia. A pergunta é: o que fazer a partir disso? Em que aspecto uma crise do ‘povo’ é perigosa e em que aspecto ela é uma oportunidade? [...] apresentarei uma alternativa, uma visão provavelmente menos familiar, segundo a qual a crise do ‘povo’ é não somente uma oportunidade, mas a própria essência da democracia”. (INGRAM, James D. Quem é ‘O Povo’? Sobre o Sujeito Impossível da Democracia. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 39, p. 98-118, 2011). Esse estudo de Ingram será objeto de maior consideração na sequência deste trabalho.

<sup>285</sup> ROSANVALLON, Pierre. **El pueblo inalcanzable**: historia de la representación democrática en Francia. Trad. Ana García Bergua. Ciudad de México: Instituto Mora, 2004. p. 13-14.

desde o ângulo de seu representante”. Conforme o autor, esses dois princípios (“de figuração da totalidade” e de “encarnação das particularidades”) representam, atuando “por turnos”, tentativas de dar substância à democracia, o que indica que essa espécie de “mal-estar democrático” não pode simplesmente ser reduzida “aos efeitos de uma tensão entre o abstrato e o concreto”. Dizendo-o de outro modo, não se trata de opor uma democracia formal a algo que pudesse ser entendido como uma “democracia real”. O próprio “povo concreto” é indeterminado. Há princípios democráticos abstratos e há conflitos reais na sociedade. Mas existe uma estrutura simbólica que impregna a ambos e que não pode ser desconsiderada, porquanto ao mesmo tempo instituída pelo social e dele instituinte. Isso dá conta da inerente incerteza do fenômeno e da respectiva dificuldade de lidarmos com ele. Vale dizer: *“la dificultad procede de que este pueblo no posee en sí mismo una forma clara”*. E é justamente em função dessa circunstância que o necessário trabalho de figuração da democracia não pode confundir-se com *“una simple empresa de actualización de lo que se hubiera olvidado o negado”*. Daí a importante conclusão de Rosanvallon que, na trilha lefortiana, é lançada assim: *“el pueblo no preexiste por el hecho de invocarlo y de buscarlo: se construye”*.<sup>286</sup> Cuida-se, portanto, de um “conceito interpretativo”, para dialogar com Ronald Dworkin.<sup>287</sup> O trabalho da representação, por sua vez, diante da inevitabilidade dessa questão, ou seja, da disputabilidade do sentido de povo, consistirá em, no máximo, “quase-representá-lo” (ou, utilizando o bom termo rosanvalloniano, em “construí-lo”), dando conformação política ao social, na linha do quanto referido linhas atrás, a partir notadamente das ideias de Weymans e Näsström.

<sup>286</sup> O autor diz mais: *“Esta contradicción fundamental se encuentra en el centro de la política moderna, pero hoy en día se agudiza particularmente. En efecto, la difuminación acelerada de los puntos de referencia sociales que conocemos radicaliza la cuestión de la figuración del pueblo, poniendo más de manifiesto la superposición de la exigencia democrática y del trabajo de conformación de lo social”*. ROSANVALLON, Pierre. **El pueblo inalcanzable**: historia de la representación democrática en Francia. Trad. Ana García Bergua. Ciudad de México: Instituto Mora, 2004. p. 15-16.

<sup>287</sup> Os “conceitos interpretativos”, em Dworkin, são aqueles que “nos estimulam a refletir sobre aquilo que é exigido por alguma prática que elaboramos, bem como a contestar tal construto. A pessoas do universo do boxe compartilham o conceito de vencer um assalto, ainda que muitas vezes não estejam de acordo sobre o vencedor de determinado assalto e sobre os critérios concretos que deveriam se utilizados para decidir tal questão. Cada uma delas entende que as respostas a essas perguntas dependem da melhor interpretação das regras, convenções e expectativas, bem como de outros fenômenos do boxe, e do melhor modo de aplicar tudo isso conjuntamente quando da decisão de uma situação específica. [...] os conceitos seminais de moralidade política e pessoal – de justiça, liberdade, igualdade, democracia, certo, errado, crueldade e insensibilidade – também funcionam para nós como interpretativos. As pessoas compartilham o conceito de justiça apesar de agudas divergências tanto acerca dos critérios para a identificação da injustiça quanto acerca da verificação de quais instituições são injustas”. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 17-18.

A democracia precisa, então, conviver com essas e com outras ficções. Uma delas, de fundamental importância, é a assimilação da vontade geral<sup>288</sup> com a expressão da maioria, que redundava na mescla de “um princípio de justificação” (soberania do povo) com uma “técnica de decisão” (majoritarismo) presente no instituto da eleição. Tal ficção faz parte das que Rosanvallon – no livro em que cunhou seu conceito de legitimidade por reflexividade – viria a chamar de “ficções fundadoras” da democracia. Há nela um ínsito paradoxo, traduzido pelo fato de que a consolidação geral de um sujeito político e um procedimento prático de opção não gozam da mesma natureza, muito embora a sua assimilação rotineira acabe por encobrir a contradição latente que sempre existiu entre ambos. Esse traço sem dúvida contribuiu para a indomesticabilidade da democracia, mas não é difícil encontrar suas motivações. O autor refere que a justificação do poder pelas urnas foi desde sempre remetida, pelo menos implicitamente, à ideia de uma vontade geral, de um povo que figuraria como conjunto da sociedade. E “essa perspectiva de ordem sociológica não deixou de fortalecer-se mediante o requisito moral de igualdade e o imperativo jurídico de respeito aos direitos, que redundava no reconhecimento do valor próprio de cada integrante da coletividade”. Dessa maneira, “o horizonte da unanimidade tem sustentado a ideia democrática desde suas origens” e, por via de consequência, sempre “se procedeu *como se* a maior quantidade valesse pela totalidade, *como se* fosse uma forma aceitável de aproximar-se de uma exigência mais intensa”. O quadro acarreta uma segunda indesejável assimilação: “a identificação da natureza de um regime com suas condições de estabelecimento”, de uma intensidade tal que a parte acabaria valendo pelo todo e o momento eleitoral, pela duração do mandato.<sup>289</sup>

Esses teriam sido os pressupostos sobre os quais se assentara, desde suas origens, a legitimidade do regime democrático. “O problema é que, progressivamente, essa dupla ficção fundadora foi se mostrando como a expressão de uma insuportável mentira. Por isso, desde o fim do século XIX, [...] em todas as partes se multiplicavam os signos de um precoce desencanto”. Rosanvallon faz um detalhado apanhado

---

<sup>288</sup> Rosanvallon não problematiza essa expressão, que sabidamente remonta a Rousseau (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: ou princípios de direito político. Trad. Lourdes Santos Machado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 15-145. (Os Pensadores). Ele a utiliza de modo intercambiável com os termos “vontade popular”, “generalidade social” ou mesmo “soberania”. Enfim, trata-o como uma espécie de conceito operacional. Da mesma forma será feito nesta pesquisa, cujo objeto prescinde de um debate sobre o melhor sentido para essas controvertidas expressões.

<sup>289</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 22.

histórico desse problema na obra que ora analisamos. Não entrarei – porque não é objeto desta pesquisa – nos meandros desse rico desenvolvimento que faz, ao estilo fenomenológico (utilizando a história como “laboratório em atividade”), o intelectual francês. Assumo, não obstante, como premissa seu diagnóstico de que, durante o período transcorrido entre 1890 e 1920 (no qual a expressão “crise da democracia” passou a circular com força no vocabulário político da Europa), “a ideia do funcionamento do sistema eleitoral majoritário como expressão do interesse social vai perdendo toda sua credibilidade”. Parece claro, todavia, que o princípio da eleição de governantes “define um horizonte eleitoral insuperável”, mas a correlata crença “na automaticidade de suas virtudes” já teria a essa altura deixado de subsistir. Daí que, nesse período histórico, “marcado pela Grande Guerra, procurar-se-á determinar os meios que permitiriam ao ideal democrático recuperar sua primitiva dimensão substancial”. Não é à toa, por outro lado, que as experiências totalitárias, que viriam a tentar “resolver” a problemática da democracia, tenham começado a florescer durante esse momento histórico.<sup>290</sup> São dessa época também os movimentos visando à formação de um verdadeiro “poder administrativo”, destinado a identificar-se com o interesse geral. Uma burocracia politicamente desinteressada que teria em mira apenas o alcance do bem comum ou a implementação substancial do ideal democrático. “Os modelos de serviço público na França e de uma administração racional nos Estados Unidos ilustram, então, as duas grandes maneiras de conceber o cumprimento desse objetivo”.<sup>291</sup>

A partir daí, com o objetivo de “corrigir o problemático projeto de uma expressão unificada das vontades por meio de uma forma mais realista e objetiva de generalidade social”, os regimes democráticos foram progressivamente se apoiando em duas bases: sufrágio universal e administração pública. Essa última, tendo deixado

---

<sup>290</sup> “*Sencillamente, fue cuestión de tiempo que el desarrollo de los regímenes democráticos hiciera resurgir, con su pleno efecto, las aporías de su fundación. A la primera conmoción del período 880-1890, con su cortejo de fiebres antiparlamentarias y reacciones temerosas, le sucedió, algunas décadas después, en el período 1920-1930, el tiempo de los interrogantes más radicales y frontales. Éstos terminaron por alimentar y activar mortalmente el fantasma totalitario de un forzado retorno al mundo de la unanimidad, restaurando en la sociedad las antiguas representaciones de la sociedad holista*”. ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 59-60.

<sup>291</sup> “Por um lado, a visão de uma espécie de corporativismo do universal, que convida estruturalmente os funcionários a identificarem-se com sua missão, a tornarem-se ‘interessados pelo desinteresse’. Por outro, a busca de acesso à generalidade mediante as virtudes de uma gestão científica. Desse modo, os antigos ideais de governo racional e da política positiva, que desde o Iluminismo até Augusto Comte convidavam a realizar o bem público à margem das paixões partidárias, encontram-se reatualizados e reinseridos ao universo democrático; (tradução nossa). *Ibid.*, p. 23-24.

de ser apenas “correia de transmissão” do poder público, passa a adquirir maior status, baseado na competência técnica. “À igualdade de expressão reconhecida pelo voto correspondia, em consequência, o princípio da igualdade de admissão na função pública”. Simultaneamente, foram sendo consagrados dois tipos paralelos de “provas públicas de validação” para determinar quem seriam os representantes (ou intérpretes) da generalidade social: a eleição, como opção “subjetiva” guiada pelo sistema de interesses e opiniões, e o concurso, enquanto seleção “objetiva” dos mais competentes. Nessa medida, a par de uma “legitimidade de estabelecimento” (a consagração através das urnas), surgirá uma segunda percepção da legitimidade democrática: “a identificação com a generalidade social”, que apareceria como uma espécie de “elemento compensador” da debilitação da legitimidade eleitoral. Em suma: o poder se legitimaria pelo procedimento de seu *estabelecimento* enquanto autoridade e pela *identificação* com valores morais e normas aceitos pela generalidade social. Nas precisas palavras de Rosanvallon: “*la legitimidad derivada del reconocimiento social de un poder y la legitimidad como adecuación a una norma o a unos valores*”. Esses dois modos entrecruzados de conceber a legitimidade – procedimental e substancial – conferiram “*un cierto asentamiento*” aos regimes democráticos. Entretanto – e aí o segundo marco histórico tomado emprestado do autor –, esse quadro começou a mudar a partir da década de 1980.<sup>292</sup>

Nessa década, o sistema de dupla legitimidade que vinha servindo como “cimento” para as instituições democráticas passa a debilitar-se seriamente. Há uma série de acontecimentos descritos por Rosanvallon que teriam concorrido para esse estado de coisas, o que não será objeto de consideração por não interessar diretamente à pesquisa.<sup>293</sup> Mas o fato é que a eleição acaba sendo considerada, com

<sup>292</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 24-25.

<sup>293</sup> De todo modo, a título de informação, vale referir alguns desses acontecimentos históricos tidos pelo autor como impulsionadores da erosão do sistema de dupla legitimidade: o ingresso em uma nova “idade da particularidade”, que teria levado, pela nova relação da sociedade com o político, a uma reformulação de expectativas sociais, ao surgimento de novas instituições democráticas e a uma transformação nas condições de governabilidade; o advento de uma “economia da particularidade”, na qual os produtos estandardizados acabariam por deixar seu lugar a gamas cada vez mais diversificadas, em uma espécie de adaptação da oferta à demanda; nessa mesma toada, o exsurgir de toda uma nova “sociedade da particularidade”, na qual o indivíduo já não mais se identificaria plenamente com o antigo integrante da “classe trabalhadora”, pois, a partir de então, sua singularidade viria sendo convertida em um fator importante para a produção; já em termos de proteção social, o assalariado passaria a não mais estar necessitado apenas de um “coletivo protetor” (sindicato), mas dos “direitos do homem ao trabalho”; a própria mudança de natureza do Estado de Bem-Estar, que teria deixado de consistir somente em proteção, mas passaria a ter a tarefa de auxiliar as pessoas a administrar de maneira dinâmica seus projetos; essa “sociedade da

ainda maior intensidade, apenas um modo de validação da designação de governantes. Não implica mais uma legitimação *a priori* das políticas que serão inseridas na agenda pública para respectiva execução. A noção de maioria, por sua vez, também assiste a um mais agudo esvanecimento do seu sentido. “Se continua perfeitamente definida em termos jurídicos, políticos e parlamentares, está muito menos em termos sociológicos”. O povo, nessa linha, não é mais percebido como uma massa homogênea, passando a ser melhor identificado com uma soma de situações específicas. “Por isso, as sociedades contemporâneas se compreendem cada vez mais a partir da noção de minoria”, que deixa de ser “a parte pequena” que deveria inclinar-se a uma “parte grande”. Passa a ser assimilada como uma das múltiplas expressões difratadas da totalidade social. “A sociedade se manifesta, desde esse marco, por meio de uma vasta conjugação de condições minoritárias. A partir de então, ‘povo’ é também sinônimo de ‘minoria’”.<sup>294</sup>

Da mesma forma, o segundo modo de legitimação (identificação do poder administrativo com a generalidade social) integrante do sistema de dupla legitimidade também perde muito de seu prestígio nessa época (década de 1980). A respeitabilidade do Estado viu-se progressivamente debilitada na mesma medida em que crescia a exaltação do mercado como “novo ator principal do bem-estar coletivo”. As novas técnicas de organização do serviço público (o *New Public Management*) teriam também impulsionado a perda de centralidade da noção de administração pública e da aceitação da figura clássica do funcionário como agente do interesse geral. “A alta função pública acabou sendo a mais afetada por essa evolução, e já não parecia capaz de personificar uma força futura em um mundo mais aberto e menos previsível [...]”. Na mesma direção, “o reconhecimento de uma tecnocracia que ostentava as virtudes da racionalidade e do desinteresse também perdeu sua

---

particularidade” teria acarretado a perda de centralidade da noção de administração pública como gestão de regras intangíveis na mesma medida em que teria passado a impulsionar a noção de “governança”; nessas condições, ter-se-ia esboçado progressivamente a figura de um “Estado pós-moderno”, cujo funcionamento daria maior lugar à negociação, obrigada por natureza a maior transparência, e se encontraria cada vez mais submetido a controles de todas as classes; os princípios de organização que então regiam o Estado teriam passado a contribuir para desestabilizar a figura do funcionário público, fazendo-o “baixar de seu pedestal” e deixando de encarnar uma dimensão de interesse geral; a “ideologia neoliberal” personificada nos nomes de Reagan e Thatcher teria acelerado a dissipação da “auréola” de racionalidade que até então contribuía a legitimar o poder da administração pública e de seus agentes; entretanto, ela (a ideologia neoliberal) não teria feito mais do que “radicalizar e brutalizar” um evolução que deitava raízes nas próprias transformações da economia e da sociedade. *Ibid.*, p. 95, 98, 100-104.

<sup>294</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 25.

evidência em uma sociedade mais lúcida e mais educada”. Não há mais espaço para aceitação de um estilo de ação pública designadamente “benévola”, em posição de proeminência sobre a sociedade. Essa é uma noção que teria passado a ser, nas palavras do autor, “economicamente inoperante e sociologicamente inaceitável”. Em uma só frase: “o poder administrativo foi despojado dos elementos morais e profissionais que anteriormente haviam permitido sua imposição”. A debilitação de sua legitimidade veio a agregar-se, pois, à da esfera eleitoral.<sup>295</sup>

Ora, isso tudo indica que a legitimidade pela investidura (voto e concurso) nas funções públicas já não é mais suficiente, por si só, para a aceitação do exercício do poder pelas autoridades. Muito menos nas hipóteses em que a investidura tem um lastro democrático mais distante, como se passa com aquelas autoridades nomeadas por indicação dos chefes do Poder Executivo (ministros e secretários de Estado). Com efeito, se pensarmos, por exemplo, na forma de investidura dos ministros do Supremo Tribunal Federal (por indicação presidencial), poderíamos – é certo – discutir se isso lhes conferiria ou não *pedigree* democrático, tal como aceito por alguns jusfilósofos influentes.<sup>296</sup> Todavia, quer assim nos posicionemos quer não, dificilmente esse *pedigree* bastará para que seu poder seja reconhecido como legítimo. Deveras, a forma pela qual o poder dá sentido, identidade e unidade ao social fez-se contemporaneamente mais complexa. É suficiente, para ilustrar o ponto, que tenhamos em mente toda a dimensão de contrademocracia presente na sociedade e cuja força hoje não mais parece possível negarmos. A legitimidade democrática, sem dúvida uma das “instituições invisíveis” do regime, necessita ser pensada conjuntamente com a ideia de “confiança”, outra instituição invisível, no sentido que lhe atribui Rosanvallon na obra em que abordara justamente o tema da contrademocracia.<sup>297</sup> Como vimos, na sua ótica, a formação de um poder legítimo e a formulação de uma “reserva de desconfiança” são inseparáveis. A confiança amplifica a qualidade da legitimidade do poder, ao agregar-lhe dimensões substanciais e imprimir-lhe uma duração temporal (caráter de continuidade no tempo da legitimidade). A confiança seria, assim, uma espécie de “economizador institucional”.

---

<sup>295</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>296</sup> “*The justices have what I shall call a democratic pedigree: they owe their appointments to their political views and their political connections as much as (or more than) to their legal skills*”. EISGRUBER, Christopher L. **Constitucional self-government**. Cambridge: Harvard University Press, 2001. posição 71. Edição Kindle.

<sup>297</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 23, 24 e 27.

Essas ideias, que foram trabalhadas pelo autor – vale repetir – no seu *A contrademocracia*, atualizaram-se no livro publicado algum tempo depois (*A legitimidade democrática*), incorporadas então ao debate sobre as formas de legitimação do poder. Nesse arranjo, a legitimidade torna-se, na mesma linha, um “economizador de coerção”. Isso significa que ambas as instituições invisíveis (confiança e legitimidade), uma vez agregadas, poderiam, pelo menos em um plano ideal, permitir a boa aceitação do poder ou, nos termos mesmos de Rosanvallon, propiciar “que a relação entre governantes e governados [o que poderia ser substituído por *juízes e jurisdicionados*] se estabeleça solidamente”. Em resumo, a legitimidade democrática, assim concebida, teria a exigente função de “tecer laços constitutivos entre o poder e a sociedade”, contribuindo para o alcance do que é da própria essência da democracia: “a apropriação social dos poderes”.<sup>298</sup> E uma vez considerado esse atributo da legitimidade, uma consequência necessária é a de que o modo como o poder é exercido assume um papel proeminente para o cumprimento de sua função de dar identidade ao social. São profundamente relevantes, portanto, para a construção de um poder legítimo as qualidades que as autoridades venham a demonstrar *durante* o desempenho das funções públicas para as quais foram eleitas ou nomeadas. A legitimidade torna-se algo a ser conquistado *no e pelo* exercício do poder. Por isso, as formas de legitimação pela *investidura* só podem gerar uma simples “democracia de autorização”, expressão que o autor passará a utilizar em seu livro mais recente, *Le bon gouvernement* (2015).

É, a propósito, precisamente nessa obra que Rosanvallon adota, paralelamente à ideia de *democracia de autorização*, a expressão *democracia de exercício* para designar uma forma geral de legitimidade que direciona ao exame das “qualidades esperadas dos governantes e as regras que organizam suas relações com os governados”, funcionando assim como uma espécie de “prolongamento” da legitimidade de investidura. Muito embora pensada para dar conta dos requisitos de legitimação do Poder Executivo, a concepção de legitimidade de exercício é plenamente universalizável. É o próprio autor quem o atesta, ao sustentar que “os princípios de bom governo” que fazem parte da democracia de exercício estão também destinados “a reger o conjunto das instituições não eletivas que tem uma função de regulação (as autoridades independentes), as diversas categorias de

---

<sup>298</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 26.



magistraturas e todo o mundo da função pública”. A legitimidade de exercício é própria, portanto, a todas as “pessoas e instituições que de uma maneira ou outra exercem mando sobre os outros e, de tal modo, participam de órgãos governamentais [em sentido amplo]”. (tradução nossa)<sup>299</sup> Essa também é a compreensão de Ronald Dworkin, para quem a legitimidade tem “duas dimensões: depende de como o suposto governo adquiriu [investidura] seu poder e de como usa [exercício] esse poder”. E disso decorre seu importante *insight*: a avaliação da legitimidade exige “um juízo interpretativo característico, que em geral será difícil”. Desse modo, assim como a justiça, a legitimidade “é uma questão de grau”.<sup>300</sup> Há, como veremos, uma evidente relação entre justiça (entendida como a dimensão de princípio do Direito relacionada aos direitos fundamentais) e legitimidade. Até, em alguns momentos, uma dose de sobreposição entre ambas. Isso tem conexão com o pensar lefortiano acerca dos direitos fundamentais enquanto requisitos de legitimação do poder. No último capítulo, ao tratar da ideia de integridade do Direito, essas questões retornarão. Por ora, basta que retenhamos esta circunstância: a aferição da legitimidade de exercício é controversa e depende de juízos interpretativos sobre como o poder é exercido. Não é, portanto, uma credencial fornecida de antemão, normativa e contrafaticamente, muito menos autoatribuível. Ela precisa ser *obtida* ou *conquistada* ao longo do tempo, *no e pelo* exercício da função pública.

Nesse cenário, com a percepção de que o modo pelo qual se exerce a autoridade é relevante (se não fundamental) para a sindicabilidade do poder a partir de algum parâmetro de legitimidade, Rosanvallon, fiel ao seu estilo empírico-fenomenologista, perscruta novamente a “carne” do social para tentar descobrir que

<sup>299</sup> ROSANVALLON, Pierre. **El buen gobierno**. Trad. Horacio Pons. Buenos Aires: Manantial, 2015. p. 25 e 27. Vale destacar, outrossim, o grau de importância que o autor atribui a essa democracia de exercício para os regimes contemporâneos. As novas patologias que ameaçam o fenômeno democrático dizem precisamente com a falta de legitimidade no *exercício* do poder (dentre as quais o já mencionado “populismo judicial”). Esta passagem (p. 25) da obra ilustra bem o ponto: “*En la instauración de esa democracia [de exercício] se juega ahora lo esencial. Su ausencia, en efecto, es lo que permite que la elección de la cabeza del Ejecutivo abra el camino a un régimen iliberal y en ciertos casos hasta dictatorial. Nuestro presente abunda en ejemplos de esta naturaleza, cuya primera ilustración fue el cesarismo francés decimonónico. Las patologías mortíferas y destructivas de la democracia fueron en el siglo XX, con los totalitarismos, patologías de la representación. Se trataba entonces de poderes que, al encarnar a la perfección a la sociedad, pretendían haber superado las aporias estructurantes del sistema representativo y su carácter inacabado. Esa adecuación justificaba su absolutismo. Esas antiguas patologías subsisten aún hoy, sin duda. Pero las nuevas patologías del siglo XXI han cambiado de naturaleza. Derivan ahora de la restricción de la democracia gubernativa al mero procedimiento de autorización. Si hay enfermedad del presidencialismo, la hay en el sentido de esta atrofia*”.

<sup>300</sup> DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 492-493.

atributos passariam, depois da crise do sistema de dupla legitimidade, a ser socialmente percebidos como importantes para qualificar o exercício do poder. A busca, pois, pelos “novos” critérios do legítimo é o que o preocupa a essa altura. “A debilitação do antigo sistema de dupla legitimidade e as distintas mudanças que, ao mesmo tempo, provocaram-na e a acompanharam a partir da década de 1980 não acarretaram somente um vazio”. A sensação de perda ou de decomposição fez-se acompanhar de uma espécie de recomposição silenciosa: novas expectativas cidadãos e aspirações por um regime a serviço do interesse geral. “Os valores de imparcialidade, pluralidade, compaixão ou proximidade, por exemplo, consolidaram-se de maneira sensível”. Disso decorreu uma renovada compreensão da generalidade democrática e, por conseguinte, dos mecanismos e formas de legitimidade. Daí o salto de relevância de instituições como as autoridades administrativas independentes e as cortes constitucionais. Tornou-se necessário, portanto, diante desse quadro, “deduzir os conceitos que poderiam dar inteligibilidade a esse mundo emergente e, mais ainda, discernir as formas democráticas para as quais poderia evoluir positivamente”.<sup>301</sup>

O fenomenólogo-historiador francês considera um traço essencial do giro da década de 1980 a reformulação latente dos termos destinados a captar os sentidos do democrático presentes nas expressões de *generalidade social*.<sup>302</sup> É preciso, para ter uma correta compreensão da evolução dessa ideia (de generalidade social, tal como anuncia Rosanvallon), referir que as visões então prevalecentes sobre ela – pertinentes ao que o autor chama de “sistema de dupla legitimidade” (eleição e concurso) – permanecem adequadas para pensarmos *esses dois modos* de legitimação pela investidura. Passaram, contudo, a concorrer com as demais operações de generalização social próprias à legitimidade de exercício. Com efeito, a generalidade na qual (ainda hoje) apoia-se o sufrágio universal é resultante de uma definição por agregação: “a expressão da massa dos cidadãos-eleitores define a figura da vontade geral”. E a generalidade correspondente ao serviço público remete à ideia de uma generalização objetiva: “o fato de que a razão pública ou o interesse geral estejam, de alguma maneira, identificados com as próprias estruturas do Estado

---

<sup>301</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 26-27.

<sup>302</sup> Para uma discussão aprofundada sobre a evolução histórica do sentido de generalidade social, vale conferir: ROSANVALLON, Pierre. **El modelo político francés**: la sociedad civil contra el jacobinismo, de 1789 hasta nuestros días. Trad. Víctor Goldstein. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007. p. 25-88.

republicano”. Diante da insuficiência democrática dessas duas formas de “encarnação” do social, o autor empenha-se em descrever uma tipologia do que seriam três novas maneiras, mais indiretas, de aproximação do objetivo de constituição do poder da generalidade social, direcionadas à dimensão do “exercício” do poder. Vale transcrevê-las literalmente, porque importantes para a compreensão das exurgentes legitimidades que lhes correspondem (dentre as quais a “por reflexividade”):

1. A realização da generalidade por separação das particularidades, pela distância racional e organizada frente às diferentes partes implicadas em uma questão. Esta ilustra o poder entendido como lugar vazio. A qualidade de generalidade de uma instituição está constituída, neste caso, pelo fato de que ninguém pode apropriar-se dela. Trata-se de uma *generalidade negativa*. Remete, ao mesmo tempo, a uma variável de estrutura que é seu suporte (o fato de ser independente), e a uma variável de comportamento (a manutenção da distância ou do equilíbrio). É ela que define a posição das instituições, assim como das autoridades de supervisão e regulação, e as distingue, em primeiro plano, de um poder eleito.

2. A realização da generalidade pelo viés de um trabalho de pluralização das expressões da soberania nacional. Neste caso, o objetivo consiste em “complicar” os sujeitos e formas da democracia para levar a cabo seus objetivos. Trata-se, especialmente, de corrigir as irrealizações resultantes da assimilação da maioria eleitoral à vontade do corpo social tomado em sua globalidade. É uma *generalidade de multiplicação*. É possível considerar que uma corte constitucional participe de uma empresa semelhante quando vela por que passem pela peneira da regra constitucional – ao expressar o que poderia denominar-se o “povo-princípio” – as decisões do partido majoritário.

3. A realização da generalidade mediante a consideração da multiplicidade de situações, mediante o reconhecimento de todas as singularidades sociais. Procede a partir de uma imersão radical no mundo da particularidade, caracterizada pela preocupação dos indivíduos concretos. Essa classe de generalidade está associada a uma qualidade de comportamento: resulta da ação de um poder que não olvida a ninguém, que se interessa pelos problemas de todos. Está vinculada a uma arte de governar que se realiza nas antípodas de uma visão monocrática. Ao revés do enfoque da constituição do social mediante um princípio de igualdade jurídica, que distancia todas as particularidades, neste caso a generalidade é definida por um projeto que tem em conta a totalidade das situações existentes, pela ampliação de um campo de atenção. Para isso, poder-se-ia falar em uma prática de ‘descenso em generalidade’. É uma *generalidade que atende à particularidade*. (tradução nossa).<sup>303</sup>

É possível perceber – na linha do que destaca o autor – como essas três diferentes formas de concepção da generalidade afastam-se tanto da “agregação aritmética” (com ideal subjacente de unanimidade) como da “perspectiva monista”

<sup>303</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 27-28. Vide, no mesmo sentido: ROSANVALLON, Pierre. The Metamorphoses of Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity, Proximity. **Constellations**, [S.l.], v. 18, n. 2, p. 117, 2011.

(com a referência a um interesse social como propriedade estável de um corpo coletivo ou de uma estrutura). São formas mais dinâmicas – porque voltadas à dimensão do exercício do poder – das operações simbólicas de generalização do social. Rosanvallon faz uma analogia entre essas três operações com as estratégias possíveis para exploração de um universo em sua totalidade: “estudá-lo com telescópio, multiplicar os cortes no microscópio, examiná-lo mediante itinerários diferentes”. A generalidade funciona, assim, como uma espécie de “horizonte regulador”, horizonte esse que conforma um ideal contemporâneo de representação e, portanto, de legitimidade. A essas três formas de generalidade social passam a corresponder três modos de aquisição de legitimidade pelo poder, cada um encarregado de pôr em prática o respectivo ideal de generalidade: “a *legitimidade por imparcialidade* (vinculada com a posta em prática da generalidade negativa); a *legitimidade por reflexividade* (associada com a generalidade de multiplicação); e a *legitimidade por proximidade* (que segue a generalidade que atende à particularidade)”. Essas novas formas de legitimar o poder, as quais compõem o que o autor chega a cunhar de “revolução da legitimidade”, participam daquele processo de descentralização da democracia examinado na sua obra anterior, “A contrademocracia”. Correspondem, em boa medida, às expressões contrademocráticas de um “povo-supervisor” e um “povo-veto” (que guardam ressonâncias com a “imparcialidade” e a “proximidade”) e de um “povo-juiz” (pertinente tanto à “imparcialidade” como à “reflexividade”, esta em função da jurisdição constitucional).<sup>304</sup>

Essas formas (em simultâneas competição e complementação) de o poder ser reconhecido como democraticamente legítimo atestam uma ampliação da vida das democracias para bem além da esfera eleitoral-representativa. Contrariamente, pois, às legitimidades de estabelecimento e de identificação, “indissociáveis das propriedades consideradas como pertencentes intrinsecamente a certos poderes” (a eleição ou o concurso, que garantiriam um *estatuto* àqueles que triunfassem na prova pertinente), essas formas emergentes estão constituídas por “*qualidades*”. Essa expressão é importante. Ela é compatível com a ideia dworkiniana da legitimidade como uma “questão de grau”, sujeita a juízos interpretativos sobre o exercício do poder. É nesse mesmo sentido que Rosanvallon vai afirmar que a legitimidade nunca

---

<sup>304</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 29.

é, nesses três casos, efetivamente “adquirida”. Permanece sempre precária, pois sujeita de maneira continuada a questionamentos e, nessa medida, dependente “da percepção social da ação e do comportamento das instituições”. Embora – diz o autor – tenham surgido de um marco de tipologia usual que distingue legitimidade como produto de um reconhecimento social e legitimidade como adequação a uma norma, “as legitimidades por imparcialidade, por reflexividade e por proximidade superpõem, com efeito, essas duas dimensões: têm um caráter híbrido”. Isso quer dizer que “derivam das características das instituições, da sua capacidade para personalizar valores e princípios, mas simultaneamente continuam sendo dependentes do fato de serem percebidas como tais”. O fenomenólogo-historiador, com alguma ironia, sumariza seu ponto de vista desta forma: “o regime de legitimidade que surge leva a superar os termos da oposição tradicional entre os guardiões da ‘generalidade republicana’ [...] e os campeões de uma ‘democracia forte’ [...]”.<sup>305</sup>

O regime de legitimidade democrática contemporâneo é, portanto, complexo. Há imbricações entre substância, procedimentos e pretensão à aceitação. São várias dimensões complementares que respondem a distintas formas de generalidade social, as quais são representadas por não menos múltiplas instituições. O fato de Rosanvallon referir que há uma dependência de que as instituições “sejam percebidas” como encarnando seus típicos valores e princípios não indica que todas devam, necessariamente, reivindicar aceitação da maioria da população. Consideremos o caso típico da corte constitucional. Em hipótese alguma deve julgar tendo como parâmetro a aceitação da “opinião pública majoritária”, seja o que for que se pretenda designar com tal expressão. Ela precisa – isto, sim – ser minimamente percebida como um arranjo institucional por meio do qual o *povo-princípio* é representado. A não ser assim, chegaríamos à conclusão de que Rosanvallon defende algum tipo de “populismo judicial”, o qual é tido por ele como uma verdadeira *patologia* da contrademocracia. A dimensão dos princípios (dos direitos fundamentais) é essencial para o democrático, como já atestava com veemência Lefort. E é preciso que algum órgão estatal vele por ela, mesmo que contra a maioria da população. Faço este registro neste momento apenas para evitar eventual confusão com o que já dito neste texto e, principalmente, com a defesa que será feita a seguir da ideia rosanvalloniana da “legitimidade por reflexividade”. Para resumir, enfim: o que o autor

---

<sup>305</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 29-30.

quis deixar claro é que essa forma de enxergar a legitimidade para além dos vieses “do estabelecimento” e “da identificação” não se contenta com as clássicas divisões metodológicas sobre o tema, baseadas, por exemplo, na oposição entre “legitimidade pelos fundamentos (*input legitimacy*)” e “legitimidade pelos resultados (*output legitimacy*)”.<sup>306</sup>

A hipótese central da obra “*La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*”, endossada aqui, é a de que a soberania popular não pode mais permanecer concebida de uma forma “monista”. E a legitimidade, por conseguinte, necessita ser redefinida em termos compatíveis com a desconstrução e a redistribuição do ideal de generalidade social, o que leva a uma pluralização radical de suas formas. Há, portanto, variadas maneiras de atuar ou falar “em nome da sociedade” e, nessa medida, de ser representativo. “Por isso, as três novas legitimidades que conformam o sistema se completam para definir de modo mais exigente o ideal democrático”.<sup>307</sup> Esse seria o “continente de uma democracia

<sup>306</sup> Tal como as entende Fritz Scharpf: “*Historically, as Max Weber has shown, generally accepted legitimating arguments have been derived from a variety of premises - religious, traditional, formal-legal, ideological or charismatic. Under modern (Western) conditions, however, legitimacy has come to rest almost exclusively on trust in institutional arrangements that are thought to ensure that governing processes are generally responsive to the manifest preferences of the governed (input legitimacy, "government by the people") and/or that the policies adopted will generally represent effective solutions to common problems of the governed (output legitimacy, "government for the people"). Taken together, these two types of arguments constitute the core notions of democratic legitimacy [...]*”. SCHARPF, Fritz W. Problem-solving effectiveness and democratic accountability in the EU. **MPIfG working paper**, [S.l.], n. 3, fev. 2003. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10419/41664>>. Acesso em: 16 maio 2018.

<sup>307</sup> Vale trazer literalmente o pensamento de Rosanvallon no que afirma expressamente pretender superar, com a sua classificação tríade, a divisão entre *input-oriented* e *output-oriented legitimacy*, bem assim a perspectiva procedimentalista da legitimidade (cujo representante principal seria Habermas): “*De esta manera, amplían también las tipologías clásicas basadas solamente en la oposición de la legitimidad por los fundamentos (input legitimacy) con respecto a la legitimidad por los resultados (output legitimacy). Esta distinción resulta ciertamente útil: recuerda que el modo en que son apreciadas las acciones de los gobernantes cuenta en el juicio que sobre ellos formulan los ciudadanos (y sugiere que las instancias no electas pueden ser reconocidas como legítimas, dado que contribuyen a la producción de lo que es reconocido como socialmente útil). Pero nuestra intención es más amplia, puesto que se trata de considerar la legitimidad propia de las instituciones. Esto lleva, asimismo, a no conformarse con una perspectiva procedimentalista como la que desarrolla Habermas. Él también se esfuerza por superar los enfoques sustancialistas de la democracia e invita a considerar la voluntad general en los términos de una diseminación discursiva. Pero, sin embargo, continúa inscribiéndose en una visión monista de la soberanía popular. No hace más que transferir la sede de esta soberanía de un cuerpo social de consistencia intrínseca a un espacio difuso de la comunicación. Desde nuestra perspectiva, la redefinición de la legitimidad procede de una desconstrucción y de una redistribución de la idea de generalidad social que lleva a pluralizar radicalmente sus formas. Sugiere que hay varias maneras de actuar o de hablar 'en nombre de la sociedad' y de ser representativo. Por eso, las tres nuevas legitimidades que conforman el sistema se completan para definir de modo más exigente el ideal democrático*”. ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 30-31.

indireta”, com potencialidades para “corrigir e compensar as deficiências da democracia eleitoral-representativa”. O intuito é claramente o de “complicar a democracia para realizá-la”.<sup>308</sup> Há superposição de dualismos nesse regime: entre, de um lado, instituições eleitorais-representativas e de democracia indireta (cortes constitucionais e agências reguladoras, como exemplos mais emblemáticos); e, de outro, entre democracia eleitoral e contrademocracia. Esse conjunto forma a nova ordem democrática contemporânea, cuja articulação permite interessantes tentativas de conciliação da maior ficção fundadora da democracia: o fato majoritário assimilado ao ideal de unanimidade. Vale transcrever – antes de passar a tratar especificamente das legitimidades por imparcialidade, por proximidade e por reflexividade – o quadro que traça Rosanvallon, em uma clara visada lefortiana, da tensão resultante da ficção fundadora, tensão da qual o arranjo entre instituições eleitorais e de democracia indireta pretende dar conta:

*1. Contradição entre o reconhecimento da legitimidade dos conflitos e a aspiração ao consenso.* A democracia é um regime pluralista que implica a aceitação da divergência de interesses e opiniões, e organiza a competição eleitoral sobre essa base. Institucionaliza o conflito e sua regulação. Por isso, não existe democracia sem que se efetuem opções categóricas [*opciones tajantes*/'*clear-cut decisions*'] para resolver as divergências. Fazer política na democracia implica eleger o campo, tomar partido. Em sociedades caracterizadas pela divisão social e pela incerteza com respeito ao futuro, resulta em uma dimensão essencial. Mas, ao mesmo tempo, não existe democracia sem a formação de um mundo comum, sem o reconhecimento dos valores compartilhados os quais permitem que os conflitos não cheguem aos extremos da guerra civil. Daí a necessidade, com o fim de respeitar cada uma dessas dimensões, de distinguir as instituições de conflito e as de consenso. Por um lado, um mundo partidário, subjetivo, da esfera eleitoral-representativa; por outro, o mundo objetivo das instituições da democracia indireta. O reconhecimento da especificidade dessas últimas permite, assim, honrar plenamente os dois polos da tensão democrática. Isso leva, ao mesmo tempo, a superar o que historicamente tem se manifestado como a permanente tentação de não reconhecer a legitimidade dos conflitos e hipostasiar a ideia de unanimidade (tentação que não tem deixado de alimentar as ilusões e perversões que minam a história do regime democrático).

*2. Contradição entre um princípio realista de decisão (a maioria) e um princípio necessariamente mais exigente de justificação (a unanimidade).* Não há democracia possível se não existe a possibilidade de decidir, de atuar com prontidão, e se não se reconhece a necessidade de proceder a arbitragens e opções. Mas tampouco há democracia sem instituições encarregadas de recordar permanentemente o sentido do interesse geral e de contribuir, pelo menos parcialmente, para sua realização de maneira autônoma. A vida democrática implica, pois, organizar uma forma de separação e de tensão entre instituições pertencentes ao mundo da decisão

---

<sup>308</sup> Como o próprio autor refere em outro texto: ROSANVALLON, Pierre. A democracia do século XXI. *Perspectiva*, [S.l.], nov. 2017.n. 12, jul. 2017. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/13553.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2018.

majoritária e instituições vinculadas ao imperativo unanimista de justificação. (tradução nossa).<sup>309</sup>

Maioria e unanimidade. Pluralidade e identidade. Conflito e consenso. A “carne” do social nos regimes democráticos comporta essa complexidade. Daí a importância do respectivo arranjo institucional, que deve visar a uma distribuição do poder que promova equilíbrio no plano do político. Isto é, não pode pretender eliminar o conflito, mas ao mesmo tempo deve prover coerência e identidade (mesmo que necessariamente provisórias e disputáveis) à sociedade. É preciso assumir que a democracia é *problema* e não deixará jamais de conviver com a dualidade inerente a sua ficção fundadora principal. Desse modo, “o governo da maioria deve ser prosaicamente compreendido como uma simples *convenção empírica*, cujo caráter continua estando submetido a imposições superiores de justificação”. Apoiar-se, portanto, no que Rosanvallon chama de uma “*legitimidade imperfeita*”, a qual necessita ser fortalecida por outros modos de legitimação democrática.<sup>310</sup> Estes que vêm a assumir, precisamente, o figurino de condutas e instituições que atendem às três legitimidades de exercício do poder já mais de uma vez antecipadas: legitimidade por imparcialidade, legitimidade por proximidade e legitimidade por reflexividade. Cuidarei, no próximo (e derradeiro) capítulo, de descrever muito brevemente as duas primeiras para, na sequência, passar a tratar da última, que interessa diretamente à hipótese da presente pesquisa.

---

<sup>309</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 35-36. Vide, no mesmo sentido: ROSANVALLON, Pierre. The metamorphoses of democratic legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity. **Constellations**, [S.l.], v. 18, n. 2, p. 121, 2011.

<sup>310</sup> Rosanvallon lamenta, contudo, que essa ficção nunca tenha efetivamente sido reconhecida como tal: “O que não é o caso habitual das ficções no Direito. Sua natureza e seu uso não enganam a ninguém nesse campo. As técnicas jurídicas que consistem em fazer ‘como se’ não têm como função ocultar nada. Somente permitem dominar melhor as coisas, reduzir sua complexidade ou suas contradições para torná-las mais facilmente governáveis. As ficções – como acabamos de sinalar – implicam, nessa medida, ‘um poder de mando sobre o real rompendo ostensivamente com ele’. Estão claramente vinculadas com sua funcionalidade e não pretendem mudar a natureza real das coisas. A ficção democrática fundadora não foi compreendida nesses termos; inclusive nunca foi claramente explicitada: foi dissimulada sem que se a reconhecesse. Tratava-se de uma condição necessária para inscrever a ideia democrática em um horizonte substancialista, é dizer, para assimilar intelectual e politicamente a maioria com a ordem da unanimidade, fora da qual não se podia pensar. O reconhecimento do dualismo permite sair do atoleiro. Organiza de maneira visível a separação entre os dois polos da ideia democrática e convida permanentemente a desativar as ficções implícitas que podem parasitar seu sentido ou descarrilar sua organização”. (tradução nossa). (ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 37). Vide, no mesmo sentido: ROSANVALLON, Pierre. The metamorphoses of democratic legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity. **Constellations**, [S.l.], v. 18, n. 2, p. 122, 2011.





## 5 LEGITIMIDADE POR REFLEXIVIDADE E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A REPRESENTAÇÃO DO POVO-PRINCÍPIO PELA INTEGRIDADE DO DIREITO

### 5.1 A Construção da Legitimidade por Reflexividade: características, função representativa e seu lugar na democracia

O tema central do presente capítulo é a legitimidade por reflexividade das cortes constitucionais, com o propósito de fornecer-lhe um conteúdo democraticamente adequado (por isso, o conceito de integridade do Direito criado por Ronald Dworkin será, ao fim, trabalhado de maneira a justificar sua adequação como meio de representação do povo-princípio). Neste primeiro momento, o argumento detalhará essa ideia de legitimação reflexiva: suas características, seu conteúdo e seu lugar na democracia. A pretensão é avançar para além dos pontos apresentados por Rosanvallon sobre a temática, dialogando com outros autores que veem na jurisdição constitucional potencialidades para o equilíbrio e o desenvolvimento do regime democrático. De início, contudo, é imprescindível uma contextualização do assunto. E, para tanto, serão abordadas, mesmo que rapidamente, as outras duas formas concorrentes e complementares de legitimação não eleitoral do poder já antecipadas nesta tese: a legitimidade por imparcialidade e a legitimidade por proximidade.<sup>311</sup>

A legitimidade por imparcialidade é aquela comumente atribuída às instituições ditas “autônomas”, apartadas da Administração Pública “comum”, e cujos melhores exemplos talvez sejam as agências reguladoras. A ideia aqui é a de que em determinadas áreas a suspeita de parcialidade corresponde a uma negação de legitimidade.<sup>312</sup> Esse tipo de representatividade, gerada a partir de expectativas de imparcialidade, é reforçada quando as instituições que a consagram estão estruturalmente estabelecidas de modo pluralista e apresentam procedimentos de permanente abertura e escuta às demandas sociais. Se a independência, por

---

<sup>311</sup> Um início de discussão sobre esses temas rosanvallonianos pode ser encontrado em dois trabalhos publicados conjuntamente com José Luis Bolzan de Moraes. Ei-los: MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional**: entre direitos, deveres e desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015; e MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 16, p. 107-136, 2016.

<sup>312</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 119-120.

exemplo, das agências reguladoras é um status (um estatuto), a imparcialidade é uma qualidade, que está submetida constantemente a provas públicas de validação, precisando ser reafirmada no funcionamento da agência. “Se é necessário ser independente para ser imparcial, a independência não basta para conseguir a imparcialidade”.<sup>313</sup>

A legitimidade por proximidade – diferentemente das legitimidades por imparcialidade e por reflexividade, as quais pressupõem o desenvolvimento de arranjos institucionais – mais se aproxima de uma atitude do poder perante o povo, tendo seu foco no comportamento das autoridades. Está muito vinculada à ideia de justiça procedimental, ou seja, à forma como os cidadãos são tratados pelo Estado em um sentido processual, de conduta. Pressupõe equidade nas formas de trato. Rosanvallon baseia-se, para abordar esse tipo de aquisição de legitimidade, em pesquisas realizadas por sociólogos do Direito norte-americanos, como Tom Tyler, que indicam que o nível de confiança das pessoas nas instituições depende do procedimento com que estas atuam perante aquelas.<sup>314</sup> A legitimidade por proximidade vem produzindo, contemporaneamente, alterações na relação tempo/distância. Com a internet e a evolução da mídia, o contato dos governantes e governados é diário e muito próximo, exigindo, cada vez mais, transparência e informação por parte do Estado. Hoje, uma decisão estatal é percebida como muito menos legítima se não for aberta e previamente discutida em um marco público.<sup>315</sup>

Como já foi observado, as três formas de legitimação democrática indireta são complementares entre si. Embora haja aí – é bem verdade – algum grau de competição, o fato é que uma instituição que se caracterize por um tipo de generalidade social correspondente a uma delas não pode dispensar o reforço em sua legitimidade advindo das outras. O exemplo das cortes constitucionais é interessante. Veremos que o tipo de legitimidade que lhes é própria (ou prevalecente) é a reflexiva. Isso não quer dizer, contudo, que não possam (ou mesmo não devam) aumentar sua legitimação democrática com base em outros tipos de qualidades legitimatórias. Se pensarmos na legitimidade por imparcialidade, é possível postular que essas cortes serão percebidas como mais legítimas se, na sua conduta diária, mostrarem-se

---

<sup>313</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 128-129 e 136-137.

<sup>314</sup> Ibid., p. 234-236.

<sup>315</sup> Ibid., p. 271-272, 279-281, 287-290.

insuladas dos influxos da política partidária. Apesar de não ser adequado requerer delas, notadamente em face da investidura de seus membros por indicação presidencial, algum tipo mais forte de imparcialidade política (parece, aliás, nem ser isso factível, dada a inevitabilidade do plano “do político”), é plenamente aceitável que exijamos o exercício de seu poder alheio ao jogo de interesses dos partidos. Até porque uma corte constitucional que decidisse com base nesses interesses deixaria de legitimar-se reflexivamente, pois estaria atuando em evidente desconformidade com seu referencial de legitimação (o povo-princípio). Tenho em mente aqui (vale registrar para que fique claro) algo bem próximo do tipo de imparcialidade defendido por Christopher Eisgruber. De acordo com esse autor, a imparcialidade a ser exigida das cortes constitucionais jamais pode significar um ocultamento das inclinações de moralidade política que os juízes inevitavelmente possuem sobre os assuntos controvertidos de princípio. O que eles não podem fazer é julgar com base em meras preferências pessoais ou em juízos morais idiossincráticos. É preciso que respeitem a diferença entre razões morais e razões de autointeresse. Os vencidos em uma disputa constitucional precisam confiar que sua derrota se deveu a motivações de princípio, ainda que eles não as endossem.<sup>316</sup>

---

<sup>316</sup> EISGRUBER, Christopher L. **Constitucional self-government**. Cambridge: Harvard University Press, 2001. posição 702-728. Edição Kindle. O próprio Rosanvallon enfrenta essa questão – ainda que lateralmente – da imparcialidade das cortes constitucionais. Muito embora a discussão não seja objeto desta tese, vale registrar aqui a ênfase dada pelo autor (assim como faz Eisgruber) na necessidade de que os integrantes dessas instituições não sejam eleitos. A investidura por eleição, embora pudesse eventualmente reforçar o seu *pedigree* democrático, seria incompatível com o trabalho da reflexividade, mormente porque teria implicações quanto à imparcialidade que necessitam ostentar. Rosanvallon cita pesquisa realizada em 2007 nos Estados Unidos na qual apenas 47% dos norte-americanos considerava as decisões da Suprema Corte “equilibradas”, enquanto que 31% as julgava demasiadamente “políticas” com tendências “à direita”. Em 2005, esse último percentual chegava a apenas 19%. Segundo ele, “enquanto a eleição confere um estatuto de legitimidade, organismos como as cortes constitucionais, em oposição, têm de estabelecer-se socialmente mediante suas qualidades. O declínio de confiança que os norte-americanos depositam em sua Suprema Corte, tal como se pode comprovar hoje em dia, não obedece ao fato de que seria considerada um ‘corpo aristocrático’: deriva somente da sensação de que a instituição está em processo de tornar-se menos objetiva, mais partidária, e que seus integrantes tendem a perseguir finalidades de natureza ideológica. Nos albores do século XX, em 1905, a Suprema Corte havia sido comovida pelo caso *Lochner vs. New York* (ao considerar que uma regulamentação do Estado de Nova Iorque, que limitava o tempo de trabalho dos padeiros, era contrária à Constituição). Com efeito, resultara evidente que se tratava de uma decisão ‘política’, tomada em nome de uma visão doutrinária da livre empresa, e que não teria nada a ver com uma verdadeira proteção da liberdade de contratar (mencionada pela 14ª emenda). A Corte levou longos anos para recuperar-se e os juristas tiveram que lançar mão de todo seu talento para estabelecer que semelhante decisão já não seria possível no futuro, dado que consideravam não ter sido fundamentada juridicamente. O espectro da *Lochner Court* vaga novamente nos Estados Unidos com o aumento circunstancial da quantidade de juízes nomeados por um poder ultraconservador. [...] Mas, evidentemente, não é a eleição desses juízes o que poderia remediar o problema. O que os Estados Unidos necessitam para conjurar o ressurgimento de seus velhos demônios é, antes de tudo, uma revisão constitucional que inclua uma carta de direitos fundamentais, uma reconsideração dos critérios que sustentam as decisões da Corte (rompimento com a noção demasiado problemática de ‘intenção

Da mesma maneira, a ideia de legitimidade por proximidade também pode concorrer para uma melhor percepção social do trabalho de um tribunal constitucional. A equidade nos procedimentos e o devido processo legal são importantes para robustecer sua legitimidade. Inscrevem-se emblematicamente nesse marco, além da participação da conhecida figura do *amicus curiae* na jurisdição constitucional, as chamadas “audiências públicas”, previstas pelo Direito brasileiro na Lei Federal 9.868/1999, que “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”. Conforme os parágrafos primeiros dos artigos 9º e 20 dessa lei ordinária, “poderá o relator [...] fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.<sup>317</sup> Com efeito, essas medidas se prestam para uma abertura do Supremo Tribunal Federal aos setores mais variados da sociedade civil. Ainda que as decisões da Corte não devam se pautar pela “opinião pública majoritária”, a implementação desses mecanismos pode, sim, contribuir para uma melhor impressão sobre a forma como os cidadãos são considerados pela instituição, bem assim para o cumprimento do dever de ouvir e de informar e um aumento da transparência de suas ações.<sup>318</sup>

---

original’ dos pais fundadores) e também uma mudança no modo de designação dos juízes e da duração de seu mandato, para, dessa maneira, pôr fim ao *life tenure*. O problema não se coloca em termos de eleições, nem de representatividade no sentido clássico do termo. Ao contrário, inclusive resulta decisivo argumentar pela importância de que se reveste a não eleição para essas funções. Com efeito, uma Corte constitucional deve encarnar *estruturalmente* uma capacidade de reflexividade e imparcialidade que restaria destruída pela inscrição em uma ordem partidária. Trata-se, ao inverso, de *reduzir* a politização de tais instituições, em particular através de reformas do sistema de nomeação de seus membros”. ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 223-224.

<sup>317</sup> Para uma apreciação crítica acerca da experiência das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal, vide: MORAIS, José Luis Bolzan de. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Edição Kindle.

<sup>318</sup> É preciso pelo menos referir, além dessas formas “auxiliares” (refiramos assim) de legitimação, aquelas condutas que caracterizam o que o autor veio a denominar de “princípios de um bom governo”, pensadas para conferir legitimidade ao exercício das funções pelo Poder Executivo. Vimos que esses princípios são universalizáveis. Eles tocam, notadamente, os ideais de transparência e de probidade administrativa. Nessa perspectiva, poderiam igualmente contribuir, com possíveis (e necessárias) adaptações, para o reforço da legitimidade de um tribunal constitucional. Eis os seus dois grandes eixos constitutivos: 1. Os chamados princípios que devem reger as relações dos governados com os governantes: 1.1. A legibilidade, que pode ser considerada uma espécie de avaliação, mas que não pode ser resumida apenas à visibilidade do poder ou ao acesso à informação, devendo, antes de tudo, englobar a produção de capacidades de interpretação dos fatos políticos, permitindo que os cidadãos tomem conta por si mesmos do funcionamento das instituições públicas. 1.2. A responsabilidade: no âmbito desse princípio, um tanto autoexplicativo, é interessante mencionar aquela que o autor denomina responsabilidade-justificação, a ideia de que a democracia é um regime que obriga o poder a explicar-se,

Se essas outras formas de legitimidade importam para que o poder das cortes constitucionais possa cumprir sua função de dar identidade ao social, a que mais as caracteriza ou, melhor dizendo, a que pode conferir a essas instituições função representativa, autorizando-as a “falar em nome da sociedade”, é a ideia de reflexividade. Cuida-se de temática complexa que, para ser bem apreendida, não dispensa as considerações que foram feitas até este momento sobre a caracterização da democracia como regime e suas imbricações com o plano do simbólico-político. Como vimos, a vida democrática, ao institucionalizar o conflito assumindo-o como sua imprescindível condição, não pode prescindir de sua expressão eleitoral-majoritária. Aceitando o pluralismo e a incerteza e organizando-se sobre essa base, não pode subsistir sem constante arbitramento. Precisamente por isso, não existe democracia sem escolha de campo, sem tomada de partido, enfim, sem “*clear-cut decisions*”<sup>319</sup> que, paradoxalmente, resolvem divergências momentâneas, mas dividem a sociedade. São as decisões tomadas ordinariamente, seja em nível legislativo, seja em nível administrativo, na implementação e execução de políticas públicas. Entretanto, ao mesmo tempo, a formação do democrático pressupõe um mundo comum, o reconhecimento de valores minimamente compartilhados que possam

---

conformando uma relação entre um ator e um foro. Nessa relação, o primeiro teria a obrigação de explicar e justificar sua conduta e os integrantes do segundo (do foro) poderiam fazer perguntas e emitir juízos a respeito das consequências pelas quais o ator deveria responder. 1.3. A responsividade: corresponde à expressão inglesa *responsiveness*, que, por sua vez, remete ao ideal de uma democracia de expressão e interação, passível de ligar de modo permanente e dinâmico governantes e governados, com vistas a tornar esses últimos um verdadeiro “povo soberano”, por meio do engendramento de fórmulas institucionais que possibilitem uma resposta melhor e mais rápida às expectativas dos cidadãos. Rosanvallon sugere, dentre outras medidas, o que chama de “momentos representativos” para o exame de questões particulares, os quais se desenvolveriam em forma de conferências celebradas para examinar, à distância da lógica partidária, problemas sociais relevantes. As conferências, guiadas por uma “autoridade de debate democrático”, proporião formas de abordagem e resolução desses problemas sem a presença do governo. Ao depois, o governo seria convidado a manifestar-se publicamente sobre os trabalhos dessas conferências. Esses três princípios formam o que o autor chama de “democracia de apropriação”, dando sentido à ideia de que o poder não seja outra coisa que não uma relação e, portanto, de que são as características dessa mesma relação as que definem a diferença entre uma situação de dominação e a de uma simples distinção funcional, dentro da qual se pode desenvolver uma forma de apropriação cidadã do poder. 2. O segundo eixo constitutivo de uma democracia de exercício refere-se às qualidades pessoais requeridas para que se possa ser “um bom governante”. São características que, longe de traduzirem uma idealização de todos os talentos e de todas as virtudes, servem para o estabelecimento de uma relação de confiança entre governantes e governados, auxiliando na fundação de uma “democracia de confiança”, definida esta (a confiança) como uma das “instituições invisíveis” cuja vitalidade possui uma importância decisiva na era da personalização das democracias. Rosanvallon examina duas dessas qualidades pessoais dos governantes: a “integridade” e o “falar veraz”. Vide: ROSANVALLON, Pierre. **El buen gobierno**. Trad. Horacio Pons. Buenos Aires: Manantial, 2015.

<sup>319</sup> ROSANVALLON, Pierre. The metamorphoses of democratic legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity. **Constellations**, [S.l.], v. 18, n. 2, p. 121, 2011.

evitar a degeneração do conflito em guerra civil. E, nessa medida, são necessárias instituições encarregadas de recordar o sentido do interesse geral e de contribuir para sua realização, submetidas que estão ao imperativo unânime de justificação de suas decisões. Esse o papel principal da legitimidade por reflexividade.

Com efeito, se mantivermos nosso olhar reduzido à dimensão majoritária da democracia, que identifica generalidade social com processo eleitoral, encontraremos nela a sobreposição destes três aspectos: “o voto” como modalidade de expressão da vontade política por excelência; “o eleitor” enquanto sujeito político privilegiado; e o “momento eleitoral” como temporalidade dominante. Uma visão da democracia restrita a essa dimensão funda-se necessariamente em também três pressupostos: “a identificação da opção eleitoral com a expressão da vontade geral; a assimilação dos eleitores com o povo; e a perdurável inscrição da atividade política e parlamentar na continuidade do momento eleitoral”. De acordo com Rosanvallon, “a fragilidade desses enunciados não necessita de demonstração, dadas as patentes reduções de realidade que traduzem”.<sup>320</sup> O trabalho de reflexividade, por sua vez, visa a lidar precisamente com esse caráter incompleto da democracia, “instaurando mecanismos corretivos e compensadores da falsidade desses três pressupostos”.<sup>321</sup> Por isso sua vinculação a uma generalidade social de multiplicação. A atuação reflexiva provê maior complexidade à vida democrática, e o faz na medida em que assume uma estratégia de pluralização da representação, multiplicando seus enfoques parciais a fim de alcançar uma captação mais completa do regime. Nesse sentido, “escava” o político, entendido esse, lefortianamente, como o esquema diretor que possibilita pensar as relações entre classes, grupos e indivíduos (ou entre crenças, práticas e representações) e que comanda as noções de justo e injusto, bem e mal, desejável e indesejável etc.<sup>322</sup> Permite então, ao conceber o povo “multiplicado” para além de sua expressão aritmética, um agir simbólico de reflexão da sociedade sobre si mesma, a partir da ideia de “povo-princípio” (a seguir abordada) que, por seu turno, encontra identidade nos direitos fundamentais positivados pela Constituição da República de 1988 (no caso do Brasil). Torna, assim, mais complexas as formas e os sujeitos da

---

<sup>320</sup> Kelsen, entre outros, também atesta e critica com veemência essas ficções democráticas. Vide: KELSEN, Hans. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 35-49.

<sup>321</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 173.

<sup>322</sup> LEFORT, Claude. Prefácio. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 10-11.

democracia, auxiliando-nos a enxergar os mecanismos do sistema majoritário como sendo apenas “uma parte” da *mise en forme* democrática. Em outras palavras, atua em uma temporalidade distinta daquela “imediate”, traduzida pela dimensão eleitoral-majoritária.

É o enfoque a partir do qual Rosanvallon estudará o tema. Na sua ótica, “los términos de ese trabajo sólo se pueden describir si se tiene en cuenta el hecho de que la democracia electoral-representativa no es más que la versión policial y sosegada de lo que llamo la ‘democracia imediata’”.<sup>323</sup> Apesar de algum exagero na afirmação, o fato é que, para bem apreendermos o sentido de “reflexividade” constitucional e da correspondente generalidade de multiplicação, precisamos ter uma compreensão adequada da ideia de “democracia imediata”. O caminho, seguindo a fenomenologia rosanvalloniana, será olharmos para o laboratório da história. Ele mesmo aponta um marco para inteligibilidade da questão: a Revolução Francesa. De acordo com os ideais ali defendidos por seus principais atores, a democracia imediata deveria ser o referencial implícito do governo popular. Remetia à noção de que o povo é um conjunto transparente e que toma forma de maneira evidente. As palavras do abade Sieyès ditas em 1789 são ilustrativas: “A nação [poderíamos substituir por “povo”, por “terceiro estado” ou por “poder constituinte”] existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural”.<sup>324</sup> O entendimento era da generalidade social enquanto “qualidade

---

<sup>323</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 173.

<sup>324</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. *Qu'est-ce que le Tiers-État?*. Trad. Norma Azevedo. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 40. Leonel Severo Rocha faz uma crítica interessante à ideia de democracia em Sieyès, pela sua aparente contradição filosófica entre diversidade e unidade sociais: “A monarquia francesa possuía as bases de sua legitimidade na unidade do Estado representado pela figura do Rei. Quando os conflitos invadem a cena política francesa, Sieyès é um dos primeiros a teorizá-los, afirmando que as três ordens do Estado materializavam segmentos sociais distintos. Neste sentido, ele nega sociologicamente – assim como através de suas análises estatísticas – a unidade da sociedade francesa. Contudo, a questão mostra toda a sua complexidade, logo que Sieyès, coerentemente querendo pôr fim aos privilégios, entende filosoficamente que o terceiro estado é a nação toda inteira (unidade social). Em outras palavras, no momento em que Sieyès acredita na unidade do terceiro estado, ele cede à vertigem das ideias, não percebendo as distinções econômica existentes no interior do terceiro estado. Isto se explica pelo fato de que, embora aceitando as ideias de Rousseau, Sieyès entende que o direito de propriedade é sagrado (Locke). Ele não percebe, conseqüentemente, que a maioria dos membros do terceiro estado é constituída de *não-proprietários*. Além disso, ele afirma que a representação política do terceiro estado (e do Estado) deve ser feita pelos proprietários, pois estes representam todos os outros. Este estranho conceito de igualdade democrática pode ser compreendido a partir da influência de Locke sobre Sieyès. Mais coerente que Sieyès, Locke tinha elaborado um conceito de democracia voltado para uma sociedade de mercado, o que Sieyès não chegara a perceber, ao menos manifestamente, propondo uma sociedade única. Desta maneira, a contradição de Sieyès não é sociológica, uma vez que ele faz importantes análises das divisões da



democrática” em si mesma. Daí a exaltação do poder constituinte, que representava para os revolucionários a soberania popular em toda sua radicalidade. Uma vontade desnuda, incondicionada, de autoinstituição do social. “Essa característica definirá durante a Revolução Francesa o horizonte de um certo radicalismo, que procura manter vivo e incandescente esse poder originário para cumprir a promessa democrática”. (tradução nossa).<sup>325</sup>

Em obra anterior dedicada integralmente ao exame do modelo político francês através da história, Rosanvallon analisa em detalhes o que chama de “princípio da imediatez” que animava o espírito dos homens de 1789. Apenas a nação, nessa perspectiva, poderia compor um corpo e constituir um “nós” significativo. Esse rechaço de tipo sociológico prolongou-se de maneira notável para o campo político, sendo ilustrado por uma repulsa ao que o autor vem a denominar de “corpos intermediários” (como clubes e sociedades populares) que pudessem competir com a vontade geral. Esses corpos eram considerados “ameaças insuportáveis” para o que estaria na base do governo representativo, “o monopólio da expressão do coletivo”, sendo, outrossim, suspeitos de se oporem “ao que condiciona a eficácia do Estado: sua unidade de ação”.<sup>326</sup> A crítica a toda instância política intermediária superpunha-se em considerável grau – é certo – àquela que fazia equivaler os representantes a aristocratas que confiscavam a voz do povo. Mas não podemos confundi-las. Como alternativa a essa “entropia representativa”, defendia-se a *democracia direta*, a qual remete à utopia de um povo continuamente ativo, ao mesmo tempo legislador e magistrado. A ideia de *democracia imediata* relaciona-se a uma questão distinta. “Significa que o povo pode expressar-se em um corpo, como um conjunto que claramente produz sentido e evidentemente se corporifica”. A democracia direta

---

sociedade francesa, mas filosófica, pois ele propõe a supressão das diferenças unicamente com a extinção das classes, até este momento, ditas privilegiadas”. ROCHA, Leonel Severo. O problema da democracia em Sieyès. In: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 161.

<sup>325</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 175.

<sup>326</sup> O autor cita o que seria um último decreto adotado pela Assembleia Constituinte em 30 de setembro de 1791 que visava a regulamentar a atividade desses corpos intermediários. Eis os termos ilustrativos de seu preâmbulo: “Nenhuma sociedade, clube, associação de cidadãos pode ter, por meio de nenhuma forma, uma existência política, nem exercer nenhuma ação nem inspeção alguma sobre os atos dos poderes constituídos e das autoridades legais; que, com nenhum pretexto, podem aparecer através de um nome coletivo, seja para formar petições ou conselhos, para assistir a cerimônias públicas, ou para qualquer outro objeto”. (tradução nossa). ROSANVALLON, Pierre. **El modelo político francés**: la sociedad civil contra el jacobinismo, de 1789 hasta nuestros días. Trad. Víctor Goldstein. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007. p. 51.

rechaça, portanto, a *delegação*, “o princípio de uma ação e de uma palavra através de outro”. Já a democracia imediata, por seu turno, “rechaça a *interface*, vale dizer, a instituição ou o procedimento que contribui *funcionalmente* a uma formação de expressão coletiva”. Finalmente, o que visa a democracia direta é a eliminar os mecanismos de *substituição* que põem o representante no lugar do representado. A democracia imediata, diferentemente, “rechaça toda *reflexividade* do social (no sentido de que não considera que a apresentação e a expressão do social pressuponham a intervenção estruturante ou designante de uma posição reflexiva)”. A democracia imediata pretende negar, assim, uma dimensão “figurativa” da representação; a democracia direta, uma dimensão “procedimental”. (tradução nossa).<sup>327</sup>

Trata-se do reino da “eletricidade moral”, do aqui e agora como vetor natural de uma manifestação unânime. A decisão popular tem de ser espontânea, irrefletida. Não há falar em discussão, mas em consentimento. A imediatidade é seu tempo. A reflexão só pode deturpar a “autêntica” vontade do povo.<sup>328</sup> Nessa compreensão da vida

<sup>327</sup> ROSANVALLON, Pierre. **El modelo político francés**: la sociedad civil contra el jacobinismo, de 1789 hasta nuestros días. Trad. Víctor Goldstein. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007. p. 57.

<sup>328</sup> O autor, com riqueza de dados históricos, interpreta ocorrências que atestariam esse desejo utópico de imediatidade democrática nutrido pelos revolucionários, como, por exemplo, a ideia de festas populares para sanção de leis, a arquitetura das salas parlamentares e a visão acerca das candidaturas eleitorais na época: “[...] A ideia é organizar concentrações anuais em cujo transcurso o povo se veria levado a exercer de maneira efetiva sua soberania. Mas essas reuniões previstas para acontecerem ao longo de três jornadas em torno de 14 de julho não são de nenhuma maneira concebidas em forma de assembleias deliberativas. São pensadas como *festas*, na quais os ‘festivos fraternos’, as danças e os jogos ocupam a maior parte. O momento de sanção das leis propriamente dito, ademais, é melhor encarado como a posta em cena de uma liturgia do que como a organização de um escrutínio. [...] Dispositivo mais surpreendente, é por *aclamação*, como se faz a eleição dos leitores dos textos das leis, designados com um arrebatamento unânime e vibrante sem que sequer algum dos participantes tenha a necessidade de lançar-se candidato. Também é por aclamação como prosseguem as operações (‘Nada de discussões, aclara-se formalmente). [...] Aqui, em consequência, a crítica aos corpos intermediários se inscreve em um cultura arcaica, pré-pluralista, do político. [...] A imediatez como qualidade da generalidade se opõe, nesse caso, à ideia de um processo representativo cuja função seja revelar identidades ou preferências pelo jogo de uma diferença ou uma distância reflexiva (a representação, recordemo-lo, não é somente delegação e figuração, também tem uma dimensão propriamente epistemológica). [...] A suspeita frente aos corpos intermediários e a aspiração a certa imediatez democrática também se encontram na concepção que tiveram os revolucionários do que de algum modo simboliza materialmente a representação que se faz do espaço público: a forma mesma das assembleias políticas. [...] Em uma sala corretamente concebida – pensa-se –, a vontade geral deve poder formar-se de maneira quase espontânea. ‘Não se necessitam discursos nem correspondências, necessitamos sessões mudas onde cada um adivinhe nos olhos o que tem de fazer’, chega a dizer nessa perspectiva um jacobino. Assim, os deputados devem poder formar física e intelectualmente um só corpo, de maneira imediata. [...] Mas a busca de imediatez conduz a rechaçar um terceiro tipo de mediações: aquelas que são de ordem meramente procedimental. O melhor exemplo que se pode ter são as candidaturas eleitorais. [...] O rechaço às candidaturas tem primeiro uma dimensão que poderia qualificar-se de democrática. Com efeito, declarar-se candidato é vulnerar a igualdade, ao supor-se melhor que os outros; é introduzir um signo forçado de distinção. [...] Mas a condenação não é

democrática, não há espaço para qualquer tipo de interação que possa contribuir funcionalmente para a formação da expressão coletiva. Há um rechaço forte à confrontação de ideias, pois isso – novamente – atentaria contra a autenticidade do povo. “Inclusive se chega a pensar que abrir o foro eleitoral aos debates significa introduzir o poder perturbador da retórica e deixar campo livre aos poderosos e aos demagogos que extraviarão o sentido comum popular”. A consequência é a de que o poder, liberado de suas “cadeias”, só pode ser “uma força revolucionária direta, uma espécie de energia insurrecional permanente; só há democracia se concebida dentro do marco de uma desinstitucionalização radical da política”. Daí a exaltação do poder constituinte e as aspirações de prolongamento da vontade por meio de uma vida política entendida como “pura ação”, como “expressão não mediatizada de uma vontade diretamente sensível”.<sup>329</sup> Parece claro que utopias desse tipo são facilmente capturáveis por mentalidades totalitárias, o que de fato – como vimos em Lefort – acabou acontecendo, com a justificativa de que o partido único seria uma simples “forma” de um povo homogêneo, expressão mais hialina da generalidade social. Outro modo de captura (bem mais branda) do ideal de democracia imediata ocorrera por meio do que Rosanvallon chama de “visão monista do político”, que redundava em “hipereleitoralismo”.<sup>330</sup> De uma maneira ou outra, a utopia logo teria cedido espaço ao

---

apenas moral e filosófica. Também radica no sentimento de que a existência de um terceiro organizador falseia a eleição. E isso tanto mais quando se está persuadido de que a ‘voz do escrutínio’ deve surgir espontaneamente do seio da assembleia dos votantes. Também está a ideia fortemente arraigada nessa época de que a eleição justa deve impor-se como uma sorte de evidência. ‘Formem um tumulto – dizia Mably – e o sentido comum prontamente penetrará’. Herdada dos fisiocratas, essa percepção da eleição como consentimento a uma sorte de evidência se impõe aos homens de 1789. Ninguém imagina que o mérito e a virtude não tenham um rosto universal e espontaneamente reconhecido”. (tradução nossa). ROSANVALLON, Pierre. **El modelo político francés: la sociedad civil contra el jacobinismo, de 1789 hasta nuestros días**. Trad. Víctor Goldstein. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007. p. 59-64.

<sup>329</sup> Prossegue Rosanvallon: “*Se supone que, de ese modo, encarna el espíritu de la Revolución, en el sentido en que Mchelet dice de ésta ‘que ignoró el espacio y el tiempo’, condensando a la manera de un relámpago la energía de todo el universo y dejando percibir una dimensión de la eternidad en el instante fugaz. A una utopía de esa naturaleza remite durante esos años el culto a la insurrección. Nadie mejor que Sade expresó esta ardiente exigencia al invitar a sus compatriotas a considerar que ‘la insurrección debía ser el estado permanente de una república’. Por eso se entiende que el poder constituyente no haya dejado de fascinar a todos los que soñaban con una democracia emancipada de todo lo que pudiera constreñirla. Desde la celebración blanquista de la insurrección, como política inmediata de la energía, hasta el decisionismo de Carl Schmitt, las reflexiones de Sieyes sobre el poder sin forma no carecieron de admiradores radicales*”. ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad**. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 176.

<sup>330</sup> “*Las diferentes figuras de la inmediatez que acabamos de recordar esbozan los propios extremos de una tal concepción del poder social de la generalidad. Pero una visión monista de lo político también subsistió en el registro mucho más modesto (con lo que presentaba menos peligros) de una cierta unidimensionalidad de lo político. A partir de entonces, perdurará bajo el aspecto de un hipereleitoralismo. La inscripción remanente de la democracia en ese marco intelectual implícito*

desencanto.

A tomada de consciência da natureza desse problema durante a Revolução teria vindo, conforme Rosanvallon, com Condorcet, que “entendera bem o atoleiro iliberal a que levava a perspectiva monista de soberania [...]”. É o marquês quem voltará a problematizar a questão indicando o caminho de uma democracia representativa. “A grande ideia de Condorcet consiste em pluralizar as modalidades de exercício da soberania do povo. Não é com menos representação, mas com mais complexidade e reflexividade, como propõe aumentar a intervenção política popular”. Essa orientação se reflete no engenhoso projeto de Constituição para a França que apresentaria em fevereiro de 1793.<sup>331</sup> O intuito amplo era constituir o que viria a chamar de “soberania complexa”, baseada na “diversificação cruzada das temporalidades e dos modos de expressão da vida política”. É possível perceber que a vontade geral em Condorcet possui um caráter duplamente complexo. “Longe de ser um dado preexistente à atividade política, resulta, antes de tudo, de um processo contínuo de interação entre o povo e os representantes”. A soberania não deixa de ser, assim, uma espécie de “construção histórica” que articula diversas temporalidades: “curto prazo do referendo ou da censura; ritmo institucional das eleições; e largo prazo da Constituição”. A expressão do povo pode funcionar, em cada um desses casos, como colocando em prática “uma vontade que é, ao mesmo tempo, completada, supervisionada e controlada pelos outros procedimentos”. O povo é, portanto, no mínimo “duplo” ou mesmo “triplo” nessa perspectiva. O fato é que se trata de sujeito demasiadamente múltiplo para que possa ser representando por uma só forma.<sup>332</sup>

A influência dessas ideias de Condorcet sobre o pensamento rosanvalloniano acerca da democracia é evidente. O fenomenólogo-historiador francês considera ter

---

*produjo un doble efecto perverso. Ante todo, alimentó estructuralmente una sensación de desencanto, por el sólo hecho de la distancia existente entre la renuncia práctica a una cierta utopía y la continuidad de la pertenencia al universo mental, del que era expresión. Por otra parte, lógicamente llevó a asimilar toda aspiración a una democracia más fuerte con una empresa sospechosa y peligrosa. La renuncia y la ceguera conformaron, pues, un sistema en el tipo de realismo estrecho que predomina en las democracias corrientes*. ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 178-179.

<sup>331</sup> Apesar de sua sofisticação democrática, esse esboço constitucional foi recibo sem entusiasmo pela Convenção Nacional à época e acabou rejeitado. Vide: CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat, marquis. **Escritos político-constitucionais**. Trad. Amaro de Oliveira Fleck e Cristina Foroni Consani. Campinas: Unicamp, 2013. p. 63-204.

<sup>332</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 180.

sido ele (Condorcet) o responsável pela abertura de uma via para “uma nova compreensão da generalidade democrática, fazendo da multiplicação de suas expressões parciais a melhor condição para chegar a uma aproximação de conjunto”.<sup>333</sup> De posse dessa compreensão do democrático, portanto, é que Rosanvallon pôde pensar na ideia (que interessa a esta pesquisa) de generalização por multiplicação e suas distintas dimensões: a do sujeito (povo-princípio), a da temporalidade (vontade constitucional) e a do estilo de deliberação (razões e julgamento). E são elas que, compondo conjuntamente o ideal de legitimidade por reflexividade, passam a ser trabalhadas a partir de agora.

Com efeito, o povo – tal como pensado por Pierre Rosanvallon em *La Légitimité démocratique* – possui “três corpos” (o “povo eleitoral”, o “povo social” e o “povo-princípio”), divisão essa que representaria algo como uma roupagem contemporânea da soberania complexa. É necessário, contudo, referir, antes de adentrar a noção que mais interessa aqui (a de povo-princípio), que a discussão sobre as múltiplas expressões conviventes da ideia de povo talvez seja uma das mais candentes quando em jogo a dimensão filosófica da democracia. Isso porque, se é certo que o povo é o sujeito do regime, trata-se de um sujeito – para utilizar a expressão de James Ingram – praticamente “impossível”. Ingram pretende, com essa provocativa expressão, colocar em evidência que a incerteza sobre a identidade do povo representa uma crise para a democracia. Todavia, para ele, a crise é um paradoxal “estado de normalidade” democrático, de modo que “a crise do povo é não somente uma oportunidade, mas a própria essência da democracia”. Ingram deriva seu pensamento a propósito da essencialidade da “crise democrática” de ninguém menos que Claude Lefort. A partir dela (da “crise” ou da “indefinição” democrática), o povo não é algo “dado”. Precisa ser constantemente construído, mobilizado ou representado. O povo, nessa perspectiva, é ao mesmo tempo uma “massa empírica de indivíduos” e uma “ideia legitimadora”. O argumento, enfim, redundando na circunstância de que o povo da soberania popular é sempre um princípio de representação. E a democracia estabelecerá as instituições por meio das quais os diferentes interesses e

---

<sup>333</sup> “Al pluralizar los mecanismos y las figuras del poder social, propone hacerlo más efectivo. En la perspectiva de tal soberanía compleja, las relaciones del liberalismo y la democracia también pueden ser comprendidas de una manera nueva. En la soberanía compleja, la multiplicación de las instancias funcionales a menudo calificadas como ‘liberales’, en el sentido de que lindan con la omnipotencia de los electos se convierte, en efecto, en un medio positivo para aumentar la influencia de la sociedad en el proceso político. El control de cada uno de los poderes tomados por separado es lo que permite globalmente garantizar la fuerza de mando de la generalidad social”. Ibid., p. 181.

interpretações da vontade popular podem disputar o poder, deixando, assim, sempre aberta a definição final do povo e sua vontade (vimos, com Lefort, que as tentativas de encarnar diretamente o povo resultaram em experiências totalitárias). O lugar do poder permanece, pois, *vazio*, sempre apenas parcial e provisoriamente ocupado pelas autoridades representativas consagradas no momento eleitoral. Apesar disso, a ficção do povo permanece fundamental. Nenhuma sociedade poderia conviver sem ela, porquanto “não teria uma forma de entender a si mesma como *uma* sociedade, e, assim, como política”.<sup>334</sup>

Essa é também a compreensão de Poltier, para quem o povo é o “soberano sem figura” da democracia. Nenhum indivíduo, classe ou grupo está em condições de fornecer-lhe um figurino determinado. Isto é, o povo é apenas “quase-representado”, e o poder, por conseguinte, carecerá de um sujeito preciso (aqueles que democraticamente o exercem com ele não se confundem). Ninguém pode pretender condensar em si os princípios geradores da democracia, o que indica, mais uma vez, a separação entre real e simbólico, “*una distancia infranqueable entre las personas*

---

<sup>334</sup> Ingram organiza a argumentação de Lefort acerca desse ponto de uma maneira interessante. Vale reproduzi-la pelo seu poder didático: “Queria chamar a atenção para dois aspectos no argumento de Lefort. O primeiro é a ideia de que o Povo [como princípio legitimatório] não pode coincidir com o povo [massa empírica de pessoas], que não pode simplesmente ser idêntico a nenhuma ideia de povo. A ideia de Povo não é somente uma descoberta empírica ou histórica – que, sob certas circunstâncias (por exemplo, uma população perfeitamente homogênea e unânime) o Povo *poderia* corresponder exatamente ao povo. De fato, este é um argumento *lógico*: o povo não pode ser equivalente ao Povo por causa da distância necessária entre ele mesmo (como povo) e sua compreensão simbólica e de autoridade de si mesmo (como Povo), entre ele de fato e ele como ideia. O fato plural e a ideia singular são dois tipos diferentes de objeto, e não podem, em princípio, ser unidos. A necessária imperfeição de todas as instâncias é, assim, não o resultado da pluralidade social ou complexidade; é muito mais nossa inabilidade de apreender o *Ding an sich* ou o Real – um produto irreduzível do hiato entre o mundo e nossa compreensão dele. O segundo aspecto importante do argumento de Lefort é sua indeterminação. Se sua teoria explica por que e em que sentido ‘o povo’ [enquanto princípio e como massa de pessoas] não pode ser encontrado, adverte-nos do que pode acontecer se tentarmos a todo custo encontrá-lo (totalitarismo), e sugere um antídoto (a autocompreensão da democracia como necessariamente ‘representativa’, e assim como nunca encarnando a vontade popular), por outro lado, ela deixa em aberto uma gama de possíveis interpretações. Poderíamos, por exemplo, concluir que qualquer tentativa de representar ‘o povo’ está condenada a terminar em desastre e desistir de tentar, seja abandonando a ‘soberania popular’ como um princípio legitimador a favor de outra coisa (justiça, direitos humanos, estado de bem-estar social...) seja redefinindo-a radicalmente (como, por exemplo, um conjunto de procedimentos ou instituições políticas). Alternativamente, poderíamos considerá-lo como um *focus imaginarius* ou ideal normativo kantiano – algo que podemos abordar por aproximações sucessivas, mesmo que não possamos nunca fechar o hiato entre representação e realidade. E poderíamos entender esse ponto cego de diferentes formas – como empírico, e então deveríamos tentar representar o povo o mais precisamente possível (mesmo que não consigamos nunca) ou como ideal, e então deveríamos tentar representá-lo como seu ‘melhor’ (mais justo, mais racional, em termos de seus mais nobres princípios e ideais...). Minha proposta a seguir, portanto, é que várias interpretações sobre soberania popular ou autoridade democrática podem ser consideradas como elaboração das possibilidades que a não disponibilidade do ‘povo’ abre [...]”. INGRAM, James D. Quem é ‘O Povo’? sobre o sujeito impossível da democracia. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 39, p. 98-118, 2011.

que por un tiempo dado ejercen el poder y el lugar del poder en tanto se encuentra en el principio de la configuración de la sociedad democrática”.<sup>335</sup> A ausência, assim, de uma espécie de “fonte transcendente” da ordem social não se limita a modificar o modo de designação das autoridades políticas. Implica uma transformação dos processos de legitimação do poder e de busca da sociedade por uma representação de si mesma. Democracia é, nesse sentido, efervescência, aberta que está sempre a impugnações. Há, dessarte, contínua disputa pelo sentido de seu soberano, o povo, uma vez erradicado qualquer fundamento último de legitimidade (vale lembrar, por oportuno, que o regime se caracteriza pela legitimidade do debate entre o legítimo e o ilegítimo). Como anota Näsström, a soberania popular, advinda da revolução democrática, transformou o povo – que agora passa a ocupar o lugar do corpo do rei – em uma espécie de “*moving target*”. Iguamente inspirada em Lefort, ela refere que esse sujeito (o povo soberano), em uma ordem política marcada pela busca por seus fundamentos, não precede aqueles que o representam. O povo que legitima o exercício do poder democrático é uma instância simbólica. Existe apenas enquanto – vale frisar novamente – “quase-representado”. Não há qualquer espécie de “corpo político fundamental” a que possamos recorrer. “*‘The people’ is what we dispute, not what we are*”.<sup>336</sup>

<sup>335</sup> POLTIER, Hugues. **Claude Lefort**: el descubrimiento de lo político. Trad. Heber Cardoso. Buenos Aires: Nueva Visión, 2005. p. 62-63.

<sup>336</sup> Vale transcrever, outrossim, esta esclarecedora passagem de Näsström na sua literalidade: “*At the same time, this symbolic figure of the people is not immortal. It cannot be separate from the ones who are dressed up in its imagination. What is characteristic for popular sovereignty is that it lacks the kind of transcendental and immortal support once lent to the king. The democratic revolution is construed under conditions of secularization. It replaces the ‘divine right’ of the king with the legitimate force of the people. Any attempt to negotiate conflicts among the people by appealing to an instance above the people is therefore bound to be illegitimate. It calls forth powers of an other-worldly nature, powers too convincing to be true. This combination of factors makes the people into a strange being indeed. If the body of the king was at once mortal and immortal, at once under and above the law, the people is neither mortal nor immortal. The status of the people rather reminds one of what Ernst Kantorowicz calls the time of the angels, or the aevum. It occupies a place between the temporal and the eternal. According to Lefort, this ambiguous status of the people is the defining mark of modern democracy. What happens in the democratic revolution, in the move from the king to the people, is that the ‘corporeality of the social’ dissolves. There is no longer a given centre in politics. In modern democracies, the locus of power ‘appears as an empty place and those who exercise it as mere mortals who occupy it only temporarily’. If the body of the king was the unitary anchor of the monarchical regime – the centre from which all power, knowledge, and law emanated – the people is bodiless. It does not have an essence. The democratic society is a political order founded on the absence of foundations, and, as such, a political order constantly in search of its own foundations*”. (NÄSSTRÖM, Sofia. Representative democracy as Tautology. Ankersmit and Lefort on representation. **European Journal of Political Theory**, [S.l.], v. 5, n. 3, p. 328-329, 2006). Nessa mesma perspectiva é a ideia de povo em Weymans. Ei-la: “*The people as an abstraction, mediated by the state, and the people in their concrete and diverse reality, mediated by different associations in society, can thus coexist, so that they can feel part of a larger nation, while being a member of a more concrete class or group. It is precisely the abstract character of the people that is a guarantee*

É nessa ambiência pós-fundacionalista (para voltar a esta significativa expressão) de incerteza sobre os fundamentos de legitimidade da democracia (e, portanto, de seu sujeito)<sup>337</sup> que Rosavallon poderá propor sua tipologia – adotada nesta hipótese de pesquisa – dos “corpos do povo”. É evidente que o autor fala em “corpo” não para pensar uma hipótese de “encarnação” do poder, retrocedendo ao modelo “teológico-político”. Esses corpos são simbólicos, caracterizando-se, portanto, como nem puramente transcendententes nem só imanentes ao social (o que é próprio a esse plano das relações humanas, como visto com Merleau-Ponty). Decorrem da complexidade da soberania, multiplicam-na. E, conforme o autor, encontram sua justificação no fato de que o povo como totalidade é “inencontrável”. Ele também comunga da compreensão de que o povo, *“lejos de formar un bloque, del que la unanimidad entregaría el secreto sustancial, es un poder que nadie, por sí solo, puede poseer o pretender encarnar”*. As formas, pois, pelas quais se manifesta – e que expressam, cada uma, apenas dimensões limitadas do povo – são estas: “povo eleitoral”, “povo social” e “povo-princípio”.

O povo eleitoral é, *prima facie*, o mais facilmente captável, pois toma consistência numérica nas urnas. Manifesta-se de imediato, enquanto divisão entre maioria e minoria. É claro, porém, que permanece muito mais inacessível do que essa divisão aritmética parece indicar. *“A menudo, la expresión electoral es, ante todo, altamente diversificada, y expresa al pueblo-opinión bajo numerosas etiquetas”*. Além disso, há as abstenções e os votos brancos e nulos. É um povo evanescente que se expressa de forma entrecortada, flutuando ao ritmo dos escrutínios. Se considerados apenas esses traços, não pareceria ter condições de representar qualquer generalidade social. Entretanto ostenta qualidades que o credenciam para tanto.

---

*for different concrete identities. If, on the contrary, one party or group were to determine what the people really means, then the concrete diversity of identities would be jeopardized, as totalitarian regimes have shown. From all this it becomes clear that the distinction between the state and a diverse society prevents a democratic society from fully turning its principles into reality. Lefort thus values a state because he acknowledges its ‘symbolic’ function as representative of general principles and unlike many of its critics he does not reduce it to an instrument or mirror of ‘real interests’. Rather than mirroring social facts, the state helps to prevent principles being reduced to facts. He believes that doing away with a state or representation by fully realizing the abstract principles of a society would create less not more freedom. Consequently, the state will remain a distant and imperfect representative of society ‘as it really is’.* WEYMANS, Wim. Freedom through political representation. Lefort, Gauchet and Rosavallon on the relationship between state and Society. **European Journal of Political Theory**, [S.l.], n. 4, p. 270, 2005.

<sup>337</sup> Lembremo-nos da ideia de legitimidade como questão de grau ou como empresa interpretativa, ponto bem enfatizado por Dworkin. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 492-493.



Rosanvallon as aponta (são de duas ordens): “*la prueba electoral presenta, sobre todo, un carácter que permite cerrar las controversias; nadie puede discutir la materialidad de la cifra mayoritaria*”, bem como “*la fuerza de la elección obedece, además, al hecho de que arraiga en el reconocimiento de una forma de igualdad radical, que manifiesta el derecho de todos a presentarse ante las urnas*”. Em outras palavras, se há divisão manifesta nos resultados numéricos, a pressuposição fundante do processo eleitoral – de que todos são iguais para exprimir sua vontade política – acaba por lhe dar também uma dimensão de unidade (estamos, mais uma vez, em face do paradoxo lefortiano da eleição).<sup>338</sup>

O povo social, ao contrário da formação episódica da maioria própria ao povo eleitoral, manifesta-se por meio de uma sucessão ininterrupta de minorias ativas ou passivas. “É a soma de protestos e iniciativas de toda natureza, uma exposição de situações vividas como alteração de uma dada ordem, manifestação sensível do que faz e desfaz um mundo comum, um povo-fluxo, um povo-história, um povo-problema”. Cuida-se da problemática do “ser-conjunto”, com seus “abismos e mentiras”, suas “promessas e frustrações”. Força vital, não deixa de ostentar características de “democracia imediata”. Mas é também contradição em movimento. Nesse sentido, participa da dimensão contrademocrática na forma de soberania social negativa, enquanto “povo-veto”. Ostenta, assim, fortes qualidades contrarrepresentativas. Busca igualmente, contudo, tensionar o poder para, talvez, conquistar representação. Receptáculo de elementos díspares, não é a unidade de um sentimento o que estabelece o povo social, mas “o entrelaçamento das questões constitutivas do laço coletivo que tece”.<sup>339</sup> Nessa perspectiva é que pode ser concebido como generalidade democrática.

Não é incomum pensarmos em conflitos entre povo social e povo eleitoral, aquele pressionando este (por meio de seus representantes) a ter suas reivindicações atendidas. Mas ainda há, na classificação de Pierre Rosanvallon, um terceiro tipo de povo, transversal – poderia assim ser dito – a esses dois primeiros: o povo-princípio, sujeito por excelência da legitimidade democrática por reflexividade. É constituído pelo equivalente geral que “funda o projeto de inclusão de todos na sociedade: a igualdade”. Define-se, pois, por um modo de composição do comum. Parece

---

<sup>338</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 182.

<sup>339</sup> Ibid., p. 182.

impossível, nesse quadro, não fazer uma analogia com o fundamento dworkiniano para a democracia: a legitimidade do poder pela manifestação de igual consideração e respeito por todos na sociedade. Com efeito, *agir com igual consideração e respeito* é a *virtude soberana*<sup>340</sup> em Dworkin, fazendo parte da própria ideia de dignidade humana e, portanto, elemento indispensável para que a atuação estatal seja considerada legítima em qualquer seara de exercício do poder.<sup>341</sup> Trata-se de ideal – é claro – sobremaneira abstrato. Haverá inelimináveis discussões sobre seu melhor sentido no regime democrático. E é desejável que haja, como defende o próprio pensamento político pós-fundacional.<sup>342</sup> Cabe rememorar a ideia lefortiana acerca do sentido simbólico dos direitos fundamentais, cuja disputa pelo significado mais adequado é condição da própria existência da democracia (incerta que é). Representá-los (os direitos fundamentais) é, então, dar vida ao povo-princípio. Significa – nas exatas palavras de Rosanvallon – “*conservar lo que constituye el bien común más estructural y evidentemente público: los derechos fundamentales*”. Como marca o autor, esses direitos são como bens públicos não rivais: “*todos pueden beneficiarse de ellos sin que nadie resulte privado de los mismos*”. Merece transcrição a seguinte passagem de *La Légitimité démocratique*, na qual o fenomenólogo-historiador francês sumariza eficazmente as características ínsitas a esse povo-princípio enquanto simbiótico aos direitos fundamentais:

Constituem [os direitos fundamentais] indissociavelmente a cidadania do indivíduo, como forma de pertencimento à coletividade, e a humanidade do homem, como reconhecimento da irreduzível singularidade de cada um. Neles se mesclam perfeitamente o todo e as partes da sociedade. Respeitá-los implica oportunizar que todas as vozes sejam escutadas, que todas as margens sejam consideradas. O sujeito de direito é, por isso, a própria figura

<sup>340</sup> “A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania – e, quando as riquezas da nação são distribuídas de maneira muito desigual, como o são as riquezas de nações muito prósperas, então sua consideração é suspeita, pois a distribuição das riquezas é produto de uma ordem jurídica [...]” DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. IX.

<sup>341</sup> “Nenhum governo é legítimo a menos que endosse dois princípios soberanos. Em primeiro lugar, ele deve demonstrar igual consideração pelo destino de toda pessoa sobre a qual pretende ter o domínio. Em segundo lugar, deve respeitar plenamente a responsabilidade e o direito de toda pessoa de decidir por si mesma como fazer de sua vida algo valioso”. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 4-5). Não é exagerado dizer que *a igual consideração e respeito* representa a “norma fundamental” de Dworkin, que coincide em alguma medida com o princípio kantiano do Direito e com o primeiro princípio da justiça de John Rawls, segundo o qual “cada um tem o direito a iguais liberdades de ação subjetivas”. Essa é a análise que faz Habermas: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 252.

<sup>342</sup> No âmbito do qual, além de Lefort, podem ser incluídos Rosanvallon e o próprio Dworkin.

desse povo; com efeito, reduz ao essencial suas múltiplas determinações: encarna-a de uma maneira na qual todos podem reconhecer-se perfeitamente. Essa passagem política da sociologia ao direito é experimentada como tanto mais necessária no mundo contemporâneo, na medida em que as antigas categorias descritivas do social vêm perdendo sua pertinência. A sociedade se torna cada vez menos constituída por identidades estáveis: agora são, sobretudo, *princípios de composição* os que determinam sua natureza. “O povo – escrevia Lyotard – é o nome de uma nuvem de frases heterogêneas que se contradizem entre si e que se mantêm juntas por seu próprio caráter contraditório”. Essa desenganada constatação, fundadora da visão pós-moderna, não leva necessariamente ao relativismo e ao ceticismo. Faz-nos, sobretudo, tocar com a mão a obrigação na qual nos encontramos de voltar a qualificar politicamente a ideia de povo. (tradução nossa).<sup>343</sup>

Essa definição de povo-princípio compartilha das características mais fundamentais da concepção de “sujeito constitucional” de Michel Rosenfeld, para quem “é bem mais fácil determinar o que eles não são do que propriamente o que eles são”. Se quisermos retomar a frase de Poltier, o povo é um “soberano sem figura”, o que parece valer, com ainda mais razão, para o povo-princípio. Nesse sentido, é mais ausência que presença. Não há como buscar aí qualquer fonte última de legitimidade. O sujeito constitucional (povo-princípio) é hiato em pelo menos estes dois importantes sentidos: “primeiramente, a ausência do sujeito constitucional não nega seu caráter indispensável, daí a necessidade de sua reconstrução; e, em segundo lugar, [...] ele é inerentemente incompleto, e então sempre aberto a uma necessária, mas impossível, busca de completude”.<sup>344</sup> Isso ocorre porque há nele uma pregnância simbólica (nem transcendente nem imanente), sendo reversivelmente (Merleau-Ponty) instituído e instituinte. O povo-princípio está, assim, constantemente carente de reconstrução, mas uma reconstrução que não pode tornar-se definitiva.

Tal circunstância leva a uma nova evocação de Lefort. No seu pensamento, como visto, encontra-se abolida não a dimensão, mas a “figura” do outro em regimes democráticos, de modo que as imagens de unidade ou de identidade que decorrem do poder estão permanentemente sujeitas a reelaborações. O povo é o elemento que detém a soberania e, por isso, o poder só pode ser exercido em seu nome. Os homens políticos, pois, invocam-no constantemente, todavia sua identidade permanece latente. Nessa medida, é possível perceber que o povo soberano – sob a ótica lefortiana – depende do discurso que o designa e de sua definição jurídica para que seja reelaborado

<sup>343</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 182-183.

<sup>344</sup> ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 26.

simbolicamente.<sup>345</sup> Faz todo o sentido, portanto, sob a compreensão de democracia que está sendo adotada neste trabalho, o argumento de Rosenfeld no sentido de que o sujeito constitucional é dependente do “*medium* de um discurso constitucional, enraizado em uma linguagem comum que vincula e une o multifacetado *eu* constitucional aos seus múltiplos outros”. O enraizamento dessa linguagem comum acerca dos princípios tem um referencial positivo nas democracias contemporâneas, a Constituição. Por isso o autor acertadamente postula que “esse discurso deve ser construído, sobretudo, a partir de um texto constitucional”,<sup>346</sup> texto esse cujo sentido está naturalmente sujeito a transformações ao longo do tempo (como o atesta sua eficácia simbólica). A identidade do povo-princípio é, pois, histórica por excelência, conjugando sempre um texto e um contexto aberto a finalidades (*open-ended*). “Em outros termos, o sujeito constitucional, motivado pela necessidade de superar a sua carência (*lack*) e inerente incompletude, precisa se dotar do instrumental do discurso constitucional para construir uma narrativa coerente na qual possa localizar uma autoidentidade”.<sup>347</sup>

É necessário evitar, contudo, uma equiparação entre “o sujeito constitucional” e aqueles que o enunciam discursivamente. Se o sujeito constitucional equivale ao povo-princípio, a sua personificação deve ser evitada. Rosenfeld fala em um “domínio intersubjetivo circunscrito pelo discurso constitucional”, o que significa que “nem os constituintes, nem os intérpretes da Constituição, nem os que se encontram sujeitos às suas prescrições são propriamente o sujeito constitucional”. De alguma maneira todos fazem parte dele, mas a sua apreensão enquanto tal – vale reforçar – só pode ocorrer “mediante expressões de sua autoidentidade no discurso intersubjetivo que vincula todos os atores humanos que estão e serão reunidos pelo mesmo conjunto de

---

<sup>345</sup> LEFORT, Claude. Permanência do teológico-político? In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 267-268 e 270.

<sup>346</sup> O autor faz um esclarecimento pertinente: “O texto constitucional, contudo, não tem que ser uma constituição escrita. De fato, uma constituição não escrita pode funcionar igual a uma constituição escrita desde que ambas possam ser vistas como textos que dependem de contextos para ganhar significados” (ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 39-40). Lefort também não faz necessariamente depender a existência dos direitos humanos ou fundamentais de um texto que os enuncie, mas reforça a importância de positivação para que a sua eficácia seja minimamente garantida. Com efeito, “sua eficácia provém da adesão que lhes é dada, e essa adesão está ligada a uma maneira de ser em sociedade cuja medida não é fornecida pela simples conservação das vantagens adquiridas. [...] Mas não é menos verdade que essa consciência dos direitos se encontra tanto melhor partilhada quando são declarados, quando o poder afirma garanti-los, quando as marcas das liberdades se tornam visíveis pelas leis”. LEFORT, Claude. Direitos do homem e política. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 75-76.

<sup>347</sup> *Ibid.*, p. 40.

normas constitucionais”. Para utilizar uma terminologia própria a Merleau-Ponty e Lefort, o povo-princípio se forma, politicamente, no interior da “carne” do social, no tecido democrático que permite simultaneamente reversibilidade e alteridade; o qual engendra simbolicamente “a possibilidade sem limites da manifestação do direito de falar e ser escutado, isto é, o direito e o dever de um é legítimo somente enquanto correlato e condicional ao de todos os outros”.<sup>348</sup> Esse o caráter incerto e aberto da democracia, que guarda íntima relação com a dimensão simbólica dos direitos fundamentais, cujo sentido, por sua vez, será dado oficialmente pela autoridade legítima para falar em nome do povo-princípio. Daí que a identidade desse povo será articulada, no discurso, “pouco a pouco [e só assim pode sê-lo] por um sujeito parcial que deve construí-la a partir de fragmentos díspares que precisam ser projetados em um passado e em um futuro incerto”.<sup>349</sup> Estamos – vale repetir – no plano do simbólico e da disputa de sentido para os direitos fundamentais a partir do caráter histórico da democracia, ensejado pelo conflito irreduzível que se instala em seu seio, de maneira que aquele detentor de poder que dará um significado ao povo-princípio só poderá fazê-lo de modo precário e provisório (é a ideia de integridade ou coerência “fraca”, que será abordada no próximo tópico deste capítulo).

A fim de melhor perceber o caráter simbólico do povo-princípio, parece interessante voltar brevemente à teoria democrática de Hans Kelsen. Já foi observado que para esse influente autor “a democracia é simplesmente uma das técnicas possíveis de produção das normas da ordenação”, técnica essa depurada de considerações “ideológicas” como povo, soberania e representação.<sup>350</sup> Em Kelsen, a única unidade de indivíduos com base na qual podemos construir a ideia de povo é a normativa, determinada pela submissão das pessoas a uma mesma ordem jurídica estatal. “O povo como conjunto de indivíduos é uma irrealidade no plano sociológico e uma ficção no plano ideológico (com funções bem precisas)”.<sup>351</sup> Faz, pois, algum sentido apenas no plano normativo, plano no qual o povo pode ser individualizado como o conjunto dos titulares dos direitos políticos. Isso, porém, para Kelsen, ainda é

---

<sup>348</sup> ROCHA, Leonel Severo. Forma de sociedade, cultura política e democracia. In: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 180.

<sup>349</sup> ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 40.

<sup>350</sup> Tal como o interpreta, com razão, Giacomo Gavazzi: GAVAZZI, Giacomo. Kelsen e a doutrina pura do Direito. In: KELSEN, Hans. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 13.

<sup>351</sup> *Ibid.*, p. 11.

uma aproximação precária, de modo que dificilmente se poderia falar de forma consistente em povo como titular de uma soberania cujo exercício pode ser individual ou delegado. O ceticismo kelseniano acerca da noção de povo deriva, em boa medida, de sua ideia de que a essência da democracia só pode ser compreendida se considerada a antítese entre realidade e “ideologia” (que, para Kelsen, corresponderia a uma idealização capaz de deturpar o real).<sup>352</sup> “Muitos dos mal-entendidos na discussão do problema têm origem no fato de haver quem fale só da ideia e quem fale só da realidade do fenômeno, enquanto seria preciso confrontar esses dois elementos, considerando a realidade à luz da ideologia que a domina, e a ideologia do ponto de vista da realidade que a sustenta”.<sup>353</sup>

Apenas, portanto, no plano das ideias a democracia seria uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral é realizada por quem está submetido a essa ordem, ou seja, pelo povo. É somente nesse sentido ideológico que democracia poderia significar “identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo”. Com efeito, sob o enfoque de Kelsen, a unidade que caracterizaria o povo é absolutamente falsa. Ele argumenta que, aos olhos de um sociólogo, por exemplo, o povo aparece dividido por posições nacionais, religiosas e econômicas, isto é, trata-se de uma multiplicidade de grupos distintos e não de uma massa coerente em um mesmo estado de aglomeração. Dessa maneira, a suposta unidade do povo representaria não mais do que um postulado ético-político assumido como real pela ideologia política, com o auxílio de uma ficção de aceitação tão universal que apenas com muita dificuldade seria possível refutar. Precisamente por isso que, no interior do pensamento kelseniano, o povo só aparece “realmente” uno, em sentido mais ou menos preciso, do ponto de vista jurídico. Dito de outro modo, essa unidade é o resultado de um dado jurídico: a submissão de todos os membros de um Estado à mesma ordem normativa. O povo, então, não seria um conjunto de indivíduos, “mas simplesmente um sistema de atos individuais, determinados pela ordem jurídica do Estado”.<sup>354</sup>

---

<sup>352</sup> Kelsen utiliza o termo “ideologia” no sentido que a define, por exemplo, Marilena Chauí, para quem há que “desfazer a suposição de que a ideologia é um ideário qualquer ou qualquer conjunto encadeado de ideias e, ao contrário, mostrar que a ideologia é um ideário histórico, social e político que oculta a realidade, e esse ocultamento é uma forma de assegurar e manter a exploração econômica, a desigualdade social e a dominação política”. CHAUI, Marilena. **O que é ideologia**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001. p. 7.

<sup>353</sup> KELSEN, op. cit., p. 35.

<sup>354</sup> Ocorre que, mesmo no sentido meramente jurídico de povo, há uma espécie de paradoxo: o povo, nesse sentido, seria o objeto ou o destinatário da ordem jurídica, todavia se diferenciaria de um “outro

O problema dessa abordagem de Kelsen é que ela ignora a dimensão simbólica do regime democrático no momento mesmo em que reduz o seu ideário à mera ideologia. O simbólico impregna as noções de povo (ou de soberania popular) e representação. Pensemos na ideia ora tratada, de povo-princípio, composta que é pelos direitos fundamentais. De modo algum, pelo menos a partir da compreensão lefortiana de democracia, ela poderia ser equiparada à ideologia. Basta lembrar da crítica que faz Lefort acerca da concepção de Marx sobre os direitos humanos, invalidando-a precisamente por desconsiderar o simbólico que os caracteriza (“a crítica da crítica”, já comentada em capítulos anteriores desta tese). Embora haja – é claro – algum conteúdo ideológico nos direitos humanos ou fundamentais, eles nem de longe se esgotam na dominação. Esses direitos e, portanto, o povo princípio “possuem um potencial simbólico de reivindicações que ultrapassa o instituído”. Reside neles uma espécie de “ambiguidade significativa” (como refere Leonel Rocha), a qual lhes atribui, simultaneamente, “um sentido negativo, ideológico, e um positivo, reivindicador”. São, portanto, “políticos”, no sentido de carregarem em si “canais simbólicos para a produção [conflitiva] de novos sentidos”.<sup>355</sup> Para Lefort, há no pensamento de Marx uma clara afinidade entre a ideologia e o político, o que acarreta

---

povo”, aquele correspondente à fração de pessoas que titularizaria e exerceria os direitos políticos, criando o ordenamento jurídico. Kelsen utiliza essa dicotomia para reforçar a precariedade do conceito: “Mas, se a unidade do povo não passa da unidade dos atos individuais regulados e dirigidos pelo direito do Estado, então, nessa esfera normativa em que o “poder” se apresenta como vínculo normativo, como submissão a regras obrigatórias, a unidade buscada será o povo, mas como objeto do poder. Sob esse ponto de vista os homens entram em campo como sujeitos do poder, somente na medida em que participam da criação da ordem estatal. E justamente nessa função, de importância decisiva para a ideia de democracia, porquanto o povo intervém na criação das regras do direito, ocorre a inevitável diferença entre esse “povo” e o povo definido como conjunto de indivíduos submetidos a normas. De fato, nem todos os que fazem parte do povo como indivíduos submissos a normas de ordem estatal podem participar do processo de criação dessas normas (forma necessária do exercício do poder), nem todos podem representar o povo como sujeito do poder. Isso é tão evidente que os ideólogos da democracia não supõem, na maioria das vezes, o abismo que estão dissimulando quando identificam um “povo” com o outro. A participação na formação da vontade geral é o conteúdo dos chamados direitos políticos. O povo como conjunto de titulares dos direitos políticos, mesmo numa democracia radical, representa apenas uma pequena fração dos indivíduos submetidos à ordem estatal, do povo como objeto do poder”. KELSEN, Hans. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 36-37.

<sup>355</sup> Essas considerações, como refere Rocha, “politizam” o Direito. E na medida em que o fazem também ultrapassam “não só o sentido conservador do liberalismo que reduz os direitos humanos ao seu caráter de direito natural, vistos como questão puramente ética, como também as críticas marxistas que reduzem o ideário democrático à pura ideologia. Para o marxismo, a democracia não possui força política, sendo no máximo uma relação e forças. Na verdade, a democracia é uma forma política articulada a partir do princípio da enunciação de direitos, onde o princípio maior é o direito de enuncia-los.” ROCHA, Leonel Severo. **Forma de sociedade, cultura política e democracia**. In: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 178-180.

uma fusão do nível da ideologia com a dimensão simbólica do social. É o mesmo erro em que incorre Kelsen: por trás do véu ideológico da democracia se esconderia uma difícil realidade. Assim, em Marx e Kelsen, a ideologia pretendia ocultar o real. Em Lefort, muito diversamente, a ideologia procuraria ocultar o enigma da forma política democrática, neutralizando os efeitos das divisões sociais e temporais para reestabelecer uma ideia de real, mascarando a brecha simbólica em função da qual a sociedade não pode ser idêntica a si mesma.<sup>356</sup>

É interessante notar que uma espécie de uso ideológico da ideia de povo-princípio ocorrera, segundo Rosanvallon, durante os anos seguintes à Revolução Francesa, período que denomina de “idade da abstração”. Segundo o autor, “à medida que a revolução progride vai sendo constatada uma crescente abstração das representações do povo”. Essa dificuldade de figuração teria atravessado todo o período revolucionário. Haveria aí uma ideia de povo-princípio que conjugaria princípio e promessa. Sua mera evocação já simbolizaria a constituição da nação como um todo. Esse povo-princípio teria uma função ideológica à Kelsen, dele resultando “uma inevitável tensão entre os valores que encarna e a realidade que evoca”. Seria, assim, possível falar na época de uma espécie de dois corpos do povo: um “povo-nação” que, apesar de abstrato, configuraria “um corpo pleno e denso que viveria do princípio de unidade que ele mesmo expressa”; e um “povo-sociedade”, o qual careceria de forma, “um corpo indescritível e improvável”. Os revolucionários superpuseram, pois, abstração política e vagueza sociológica.<sup>357</sup>

<sup>356</sup> Vide: LEFORT, Claude. Esboço de uma gênese da ideologia nas sociedades modernas. In: LEFORT, Claude. **As formas da história**: ensaios de antropologia política. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes e Marilena Chaui. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990; e FLYNN, Bernard. **Lefort y lo político**. Trad. Gabriel Merlino. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. p. 237-241.

<sup>357</sup> De acordo com Rosanvallon, “a decepção democrática encontra nessa contradição um de seus propulsores mais profundos. A revolução francesa oferece um terreno de observação privilegiado para compreender esse mecanismo. Esta, com efeito, exacerbou a tensão entre o princípio jurídico do voto e o princípio sociológico da identificação. Sem embargo, simultaneamente mascarou seus contornos, ao fazer possível e aceitável por um tempo uma percepção abstrata e fusional do social no curso dos acontecimentos. A revolução francesa, sabemos-lo, exaltou os princípios de unidade e indivisibilidade. Ditas palavras e dita preocupação de encontravam em todas as suas partes. Sieyès não deixara de recalcar: ‘França é e deve ser um só todo’. Essa celebração de unidade corresponde a preocupações diferentes. Em primeiro lugar participa, certamente, de um imperativo de ordem política: estarmos unidos para sermos fortes, para superarmos o peso do costume e as manobras do adversário. Mas também remete, mais profundamente, a toda uma visão de ruptura com a antiga ordem social. Figurar a sociedade através da forma de “um” permite pensar sua diferenciação radical. A oposição entre o velho e o novo torna-se mais manifesta quando se a traduz quase fisicamente pelo enfrentamento entre o homogêneo e o heterogêneo. O princípio de unidade conjuga aí oposição e poder. Só ele permite erigir uma força capaz de derrubar o que em 1789 se chamava “o colosso gótico da antiga constituição.” (tradução nossa). ROSANVALLON, Pierre. **El pueblo inalcanzable**: historia de la representación democrática en Francia. Trad. Ana García



A compreensão de povo-princípio é profundamente diferente hoje. Tendo em conta a dimensão do simbólico, que possibilita a abertura democrática e as reivindicações de direitos com base na disputa pelo sentido dos princípios constitucionais (disputa em que os grupos minoritários desempenham papel relevante), o que outrora era uma abstração assume uma notável concretude nos dias que correm. Rosanvallon argumenta enfaticamente nesse sentido: “hoje em dia, o sujeito de direito é o homem mais concreto que existe. É a figura diretamente sensível de todos os que são discriminados, excluídos, olvidados”. O povo-princípio tornou-se, dessa maneira, um povo muito “real”, “visível”. Deixara de remeter-se a uma abstração, passando agora a ser aquele que “encarna mais visivelmente a ideia de comunidade política”.<sup>358</sup>

De todo esse contexto sobre a divisão qualitativa de povo formadora de uma soberania complexa, é possível enunciar, dada a adoção aqui da classificação de Pierre Rosanvallon, a seguinte suma para avançar no argumento desta pesquisa. O povo, tomado em seus diferentes “corpos”, põe em evidência a ideia de generalidade democrática (ou de vontade geral). Remete-se a ela em seus diferentes tipos. O povo eleitoral identifica-se com o enfoque aritmético, em uma perspectiva agregativa (a

---

Bergua. Ciudad de México: Instituto Mora, 2004. p. 23, 25, 27, 29-30.

<sup>358</sup> O autor traça, inclusive, um paralelo com as figuras (antigas) de “povo-pessoa”, que paradoxalmente haveriam se tornado extremamente abstratas: “*Por otra parte, resulta sorprendente comprobar que, por el contrario, sean las antiguas y fuertes imágenes románticas del pueblo-persona las que parecen haber perdido su capacidad evocativa. El Cristo de la historia de Michelet, el proletario que sufre de Proudhon o la clase obrera de Marx resuenan ahora como expresiones demasiado vagas. En política, la oposición entre lo ‘formal’ y lo ‘real’ ha cambiado de sentido: el pueblo-principio se ha convertido en un pueblo muy real*” (ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 183). Vale destacar, ainda a respeito da ideia de povo-princípio, a compreensão de Friedrich Müller. Ele também parte de uma noção de soberania complexa que divide a representação democrática em povos distintos. A partir da pergunta “quem é o povo?”, que dá título a sua obra, entende que o caminho para trabalhá-la não deve partir de alguma justaposição dos conceitos de povo do discurso das diferentes disciplinas, mas de compreender os modos de emprego dessa expressão nos textos das Constituições democráticas, os quais pretendem justificar/legitimar o seu aparelho de Estado e o exercício do poder/violência na condição de “democráticos”. Muito embora seja essa uma via distinta da de Rosanvallon, Müller chega a um resultado parecido no tocante à essencialidade de uma instância atributiva de legitimidade que opere de modo reflexivo (apesar de não utilizar essa expressão). Com efeito, para o jusfilósofo alemão, não é possível falarmos em “povo”, mas em “povos”. Todos (e cada qual a seu modo), uma vez invocados no sentido de dar legitimidade ao agir estatal, devem ser avaliados e confrontados entre si, a fim de que, argumentativamente, possa extrair-se a conclusão sobre se determinado ato de autoridade foi ou não legítimo. Cuida-se de valorar a ação do Estado pelo resultado produzido. Podemos vislumbrar aqui ecos de uma ideia de democracia de exercício. Vide: MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** a questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. Essa obra foi abordada com algum detalhamento em trabalho anterior feito em conjunto com Bolzan de Moraes: MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional**: entre direitos, deveres e desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 23-43.

generalidade é quantidade, é força contabilizável). O povo social relembra a imagem de uma “sociedade mobilizada”, de pessoas nas ruas reivindicando direitos, opondo-se ao poder. Pode ser reconduzido a uma ideia de generalidade na medida em que, apesar de muito díspar, entrelaça questões constitutivas de laços reivindicatórios coletivos. O povo-princípio dá consistência à generalidade democrática enquanto igualdade inclusiva. “Generalizar quer dizer, nesse caso, edificar uma sociedade incondicionalmente acolhedora para todos”. É, portanto, ao mesmo tempo multiplicação e agregação. Ou, paradoxalmente, é agregação apenas porque multiplica os enfoques representativos, o que “*corresponde a un trabajo de la sociedad sobre sí misma para hacer retroceder todo lo que distingue lo que, en su seno, separa*”. Daí seu funcionamento eminentemente reflexivo. Vale dizer, portanto, que o seu horizonte não é necessariamente a unanimidade, mas a identidade e a inclusão, via erradicação da opressão, para construção de um mundo comum. Dessa maneira, considerada de maneira global, “a instituição da generalidade social implica, pois, representar e superpor as três figuras do povo eleitoral, do povo social e do povo-princípio”. A consequência imediata é a da que nenhuma delas pode pretender, por si só (ou de modo exclusivo), encarnar adequadamente o sujeito democrático.

É preciso trazer à tona algo que até agora esteve implícito nesses desenvolvimentos sobre a legitimidade por reflexividade e que pode ser considerado uma espécie de segunda dimensão sua: a ideia de tempo. Ou, dizendo-o de outro modo, a relação da reflexividade com – na expressão rosanvalloniana – as “plurais temporalidades do político”. Não há novidade em relacionar democracia e tempo ou democracia e história. Em Lefort (uma das principais referências desta pesquisa), a forma de sociedade democrática é histórica por excelência. Isso se deve basicamente ao questionamento que implica a necessidade de consenso social para sua legitimidade. O conflito radicado em sua base põe em xeque permanentemente a identidade da sociedade, política que é. A democracia, na compreensão lefortiana, constitui-se em um “centro de articulações e de autoinstituição da sociedade, na qual a política não é vista como uma instância autônoma, mas como *mise en forme* de sentido e encenação do social”.<sup>359</sup> Nessa forma político-social, as identificações dos indivíduos e das suas concepções de justiça, de bem comum ou de verdade estão

---

<sup>359</sup> Lembra-nos Rocha: ROCHA, Leonel Severo. Forma de sociedade, cultura política e democracia. In: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 179.

baseadas no princípio da legitimidade do conflito sobre legítimo e o ilegítimo. A democracia, pois, não apenas *tem* uma história, mas *é* uma história, indissociável de um trabalho de compreensão e elaboração de si mesma.

A respeito dessas articulações, já foi visto que a *democracia reflexiva* é construída como antítese temporal da *democracia imediata*. Esta pode ser engendrada em momentos excepcionais (manifestação do poder constituinte, por exemplo), mas se converte em força destrutiva se houver a pretensão de impô-la como regra corrente. O mesmo se poderia dizer de uma concepção radical de democracia direta que pretendesse manifestar permanentemente a soberania popular. A vontade geral viveria assim de caprichos momentâneos. Isso sem mencionar a sempre possível captura da ideia de imediatidade democrática pelos detentores do poder com a pretensão de, sufocando o simbólico, encarnar o “povo-uno” no plano do real. Esse paradoxo sugere, como intuitivo, que “a democracia só adquire sentido e forma como construção de uma história” – voltamos, pois, ao ponto de Lefort e Rosanvallon. Esse último, a propósito, sustenta que a própria ideia de povo como sujeito político-democrático é, em si mesma, uma figura do tempo. “É substancialmente história”. Se atentarmos para a compreensão de povo-princípio e de sua correlata legitimação reflexiva, podemos ver que democracia não é apenas a forma política que permite a uma coletividade governar-se a si; “é também o regime no qual se constrói uma identidade comum”. Por isso Rosanvallon diz ser preciso insistir “na necessária pluralização dos tempos da democracia”. Uma atitude reflexiva pode – pelo menos idealmente – permitir a articulação entre as distintas temporalidades implicadas nas tarefas de gerir o presente, de construir uma história e de projetar o futuro. “*Tiempo vigilante de la memoria, tiempo largo de la constitución, tiempo limitado a un mandato de la acción parlamentaria, tiempo corto de la opinión, todos ellos deben confrontarse y ajustarse permanentemente para dar consistencia al ideal democrático*”. A formação de uma generalidade de multiplicação pressupõe a existência implícita dessa pluralização dos tempos do político.<sup>360</sup>

Não é objeto desta pesquisa a exploração dessa fecunda relação entre tempo, democracia e Direito.<sup>361</sup> A sua apresentação neste momento é feita com o intuito de

---

<sup>360</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 184-185.

<sup>361</sup> Um livro importante sobre o assunto, que aborda essa relação (tempo, democracia e Direito) em quatro temporalidades distintas (memória, perdão, promessa e questionamento), é: OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. As

corroborar a postulação de que a legitimidade por reflexividade é imprescindível para a *mise en forme* democrática. O tema remete, nesse sentido, ao que Rosanvallon chama de “a impossível autofundação”. O imperativo democrático de reflexividade teria, assim, “uma dimensão lógica” atrelada à ideia de tempo, derivada precisamente da “impossibilidade de uma autofundação radical da democracia”. A autofundação, segundo o autor, tem relação com a concepção de um poder constituinte sem forma que sustentava (novamente) a visão da imediatez democrática. “*Pero, de hecho, nunca hay comienzo absoluto, surgimiento desde la nada. La historia siempre se escribe de manera relativa, en el sentido de un rechazo o de una continuidad*”. A própria revolução, nesse modo de ver, apesar de pretender ser invenção e ruptura, não se compreende senão enquanto denúncia de um mundo existente e em referência a elementos de uma história.<sup>362</sup> Em sentido similar, François Ost argumenta que, por

---

ideias de Ost foram trabalhadas em interessante perspectiva neste texto: DUARTE, Francisco Carlos; ROCHA, Leonel Severo; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A constitucionalização do tempo. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 12, p. 141-157, jul./set. 2010. Também explorei temas ostianos, em conjunto com outros autores, em: MARCIÓ, Cesar; BRUM, Guilherme Valle; KREBS, Pedro da Silva. Tempo e direito no “Espaço de Babel”: uma observação do fenômeno jurídico à luz de François Ost. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ**, Belo Horizonte, ano 15, n. 21, p. 41-58, jan./jun. 2017.

<sup>362</sup> ROSANVALLON, op. cit., p. 187. Assim também é como pensa Rosenfeld, que expõe a temática com clareza. Vale reproduzir a respectiva da passagem de sua obra: “À primeira vista, o sujeito constitucional [...] pode parecer no controle da situação, em especial se emerge com a consequência de uma revolução, ao ter arruinado o outro antirrevolucionário e ao ainda não ter enfrentado o outro das futuras gerações, ou seja, pelo menos em seu estágio inicial. Enquanto detentor do poder constituinte, o sujeito constitucional parece se encontrar em condições de impor sua vontade, ou para dizer com Ulrich Preuss, de ‘criar um mundo político *ex nihilo*’. Daí, longe de surgir como uma carência ou como alienado, o sujeito constitucional aparentemente molda uma nova ordem política à sua própria imagem, a partir de uma posição de absoluto domínio, colocado muito acima dos remanescentes em ebulição das tradições deitadas fora, descartadas, pela revolução. No entanto, após um exame mais acurado, a aparência quase divina do sujeito constitucional começa a se decompor, a se fragmentar. E isso não somente porque à proporção que a geração dos constituintes se distancia no passado, nós nos tornamos cada vez mais prisioneiros de nossa herança, de nossa tradição, constitucional. É claro que, em última instância, ainda que enfoquemos exclusivamente a geração de revolucionários vitoriosos que se tornaram constituintes, no reino das coisas humanas não há nada semelhante à criação *ex nihilo*. Nem mesmo a ruptura radical de uma revolução violenta possibilita uma diferenciação absoluta entre a ordem política pré-revolucionária e a pós-revolucionária. No mais das vezes, as tradições pré-revolucionárias não são completamente erradicadas, mas transformadas e seletivamente incorporadas na nova ordem forjada pelo sujeito constitucional. Portanto, em um grau bastante significativo, o passado que se queria exorcizar determina o conteúdo de dispositivos constitucionais elaborados pelos constituintes revolucionários. Não somente o passado, mas igualmente o presente e o futuro obrigatoriamente limitam os constituintes revolucionários; tornando falso (*belying*) desse modo o conceito segundo o qual um autêntico *eu* constitucional só pode impor a sua vontade ao eliminar ou ao desconsiderar o outro. A imposição irrestrita da vontade revolucionária não conduz ao constitucionalismo, mas ao reinado do Terror. Como demonstrado pela experiência da Revolução Francesa, o zelo revolucionário desmedido realmente consegue substituir uma tradição repressiva, que desconsidera o outro, mas por uma ordem igualmente rígida e repressiva qualificada pela exclusão e não pela inclusão”. ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 35-36.

revolucionário que seja, o poder constituinte não é uma “autoridade extrajurídica portadora de um direito definido *tabula rasa*”. A sua ação não escapa ao confronto das “ideias de direito” prevalentes no corpo social. Não há dúvidas de que a revolução impõe uma concepção de Constituição como ato jurídico unilateral e imperativo, mas essa regra (de que a revolução instaura uma nova ordem constitucional) deriva ela própria do pacto social. Isto é, “longe de cair do céu, ela resulta do acordo que se estabeleceu entre o povo, primeiro, e os dirigentes, depois, e de que resulta a confiança sem a qual nenhum texto pode aspirar a impor-se de forma durável”.<sup>363</sup> O tempo da promessa está previamente comprometido com o da memória. E é justamente a partir da necessidade de durabilidade temporal, de construção de uma história identitária, que Rosanvallon vai argumentar que “uma vontade não existe [...] se não estiver inscrita em uma fidelidade. Sempre necessita de um ponto de referência para desdobrar-se sob a forma de uma energia”. Daí a sua conclusão no sentido da inexorabilidade de um trabalho reflexivo para a construção do complexo tempo democrático: “Sem reflexividade, não há sujeito que possa tomar forma nem história que se possa esboçar. É sempre necessária uma distância, uma diferença, um desnível, um terceiro reflexivo, para que se constitua uma identidade ou se forje um projeto”.<sup>364</sup>

Essas reflexões acerca do tempo da reflexividade pressupõem a existência do plano simbólico da sociedade. Vimos que, em Lefort, os “princípios de formalização do social” ou “geradores da democracia” compõem a ordem simbólica e são postos em cena pelo poder, o qual, todavia, deles não dispõe, porquanto constitutivos da própria identidade da sociedade. Daí a lembrança de Poltier, no sentido de que, a menos que se pretenda um processo revolucionário, os detentores de autoridade não dispõem de iniciativa para, segundo sua própria vontade, produzir mudanças nesse estatuto simbólico da sociedade. Uma alteração de tal monta pressuporia “*una lenta e imperceptible erosión de la creencia en los principios que se hallan en la base de un orden social y político determinado*”.<sup>365</sup> E mesmo a revolução, como referido, não

<sup>363</sup> “Privadas dessa referência à promessa social fundadora, as Constituições surgem como a expressão de um direito descontínuo, aleatório e, para dizer tudo, tão inexplicável quanto insensato. Ora, as nossas análises anteriores da promessa mostraram-nos que não há nenhuma promessa que subsista fora de um quadro constitucional e de um campo de valores (fidelidade, lealdade, boa-fé...) previamente estabelecidos”. OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 268.

<sup>364</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 187.

<sup>365</sup> POLTIER, Hugues. **Claude Lefort**: el descubrimiento de lo político. Trad. Heber Cardoso. Buenos

produziria uma identidade completamente nova, que em nada devesse ao fio condutor da história. É possível traçar uma analogia, para melhor inteligência do ponto ora tratado, com aspectos da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. Ao descrever o círculo hermenêutico, Gadamer marca a ideia de que a compreensão é um jogo no qual ocorre “o intercâmbio sobre o movimento da tradição e o movimento do intérprete”, tendo em vista que “a antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato de subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição”. Essa comunhão com a tradição é instaurada “na medida em que compreendemos, na medida em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o a partir de nós próprios”.<sup>366</sup> O pensamento de Ost vai na mesma linha. Para o jusfilósofo belga, com nítida influência gadameriana, estamos sempre e necessariamente imersos em uma tradição e nos movemos no seu interior. E é a partir dessa mesma tradição a que nos vinculamos, de sua reinterpretação, que podemos questioná-la. Não existe ponto arquimediano: a nossa ação, o nosso discurso e mesmo a nossa liberdade só são possíveis em um futuro de interação já dado; sem essas estruturas prévias de socialidade, o próprio gesto de recusa ou de revolta não teria qualquer sentido.<sup>367</sup> Ost incorpora, ademais,

---

Aires: Nueva Visión, 2005. p. 51-52.

<sup>366</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 388-389.

<sup>367</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 68-73. Essa ideia de impossibilidade de recusa ou revolta sem uma estrutura sócio-política prévia aponta para um tipo de impossibilidade lógica que Rosanvallon insiste em registrar quando defende a impossibilidade de acontecerem eleições sem que exista na democracia algum conteúdo de reflexividade. Vejamos: “Desde un punto de vista puramente formal, la imposibilidad de la autofundación se traduce en el hecho de que no se puede revisar una regla siguiendo una regla de procedimiento que ella misma define. El ejemplo de la elección demuestra que nunca hay un procedimiento democrático ‘puro’ y que un procedimiento siempre está encerrado en datos sociales o materiales preexistentes, que constituyen formas de condicionamiento o prerrestricciones. Si una elección tiene que desempatar entre candidatos, la designación de estos últimos remite, necesariamente, a la cuestión del carácter democrático de su selección. Sería preciso, pues, que hubiera una democracia de la democracia, según una cadena de regresiones que no tuviera razones para ser interrumpida. [...] En toda elección, los electores se insertan en un proceso en el cual terceros han intervenido ya de diversas maneras. En ese caso, el ideal democrático no consiste en soñar con una elección que tenga su fundamento en ella misma, sino en multiplicar las obligaciones o las pruebas que organizan mejor su desarrollo. Para eso, la reflexividad es una imposición lógica de la vida democrática. Del mismo modo que la democracia no puede autoengendrarse, tampoco puede autocontrolarse. Es el problema que prolongadamente se ha planteado para las condiciones de validación de un escrutinio. Partiendo del principio de que era natural que la democracia controlara la democracia, durante mucho tiempo las propias Asambleas parlamentarias procedieron a lo que se llamaba la validación de los mandatos o de los poderes. Era, pues, de hecho, reconocer a la mayoría el derecho a pronunciarse sobre la cuestión, con todos los abusos que de ello podían resultar (en el siglo XIX ocurrirán casos célebres). En Francia, la Constitución de 1958 puso fin a ese estado de hecho al otorgar al Consejo Constitucional el poder de estatuir, en caso de impugnación, acerca de la regularidad de la elección de los diputados y los senadores. De manera más amplia, las propias condiciones de organización de los escrutinios son las que resultan hoy discutidas, ya que el diseño de las circunscripciones y la determinación de las modalidades prácticas del

a postulação de Paul Ricoeur (pertinente à concepção de democracia defendida aqui) de que, sem heranças múltiplas e mutuamente criticadas, não é possível obter o que chama de “simbólico fundador”.<sup>368</sup> Com efeito, na abordagem ostiana da tradição, as tentativas de produzir esse “simbólico fundador” a partir do vazio não se afastariam muito dos fantasmas de todos os totalitarismos, os quais pretenderam criar um tipo de homem e de sociedade absolutamente novos, colocando-se em uma espécie de “marco zero” do regime. A fundação, então, só pode ser concebida como – ao mesmo tempo – o prosseguir da tradição.<sup>369</sup> Uma democracia “puramente imediata”, sem reflexividade, além de irrealizável na prática, ficaria permanentemente exposta a um alto risco de captura por ideários totalitários.

Há ainda uma “terceira dimensão” da reflexividade, para além do sujeito e do tempo. Ela diz respeito à função democrática de oferecer razões, do ato em si de julgar motivadamente, que ocorre em paralelo ao ato-voto. Essa questão – da inerência da função deliberativa ao ato-juízo – já foi abordada quando da exposição da concepção contrademocrática de “povo-juiz”. Cumpre agora apenas registrar que a democracia, enquanto forma de sociedade, implica – só por si – a existência de um foro aberto de discussões. Lefort a compreende como um teatro de debates sem limites, porque estabelecido simbolicamente pelos direitos ininterruptos de falarmos e de sermos escutados. Isto é, uma *mise en forme* em que os direitos e os deveres de um indivíduo são legítimos na medida em que sempre passíveis de serem postos em discussão, porquanto necessariamente condicionados aos direitos e deveres dos outros. Dessa maneira, “existem múltiplas arenas dispersas nas diferentes instituições e nos diferentes lugares da vida social” (os meios de comunicação, por sua vez, não deixam de funcionar como seus filtros ou aceleradores). Há um elevado grau de heterogeneidade nos registros do conflito democrático-argumentativo. “*Un abismo separa la querella de los expertos, o las contribuciones científicas, de las exaltaciones partidarias, de los altercados personales o de las conversaciones ‘de café’*”.<sup>370</sup> A

---

*voto pueden influir considerablemente en los resultados. Ciertos países se han dotado, a ese efecto, de comisiones electorales independientes para que se instaure un proceso en el cual el conjunto de los ciudadanos pueda tener confianza. Significa reconocer que la democracia necesita, estructuralmente, terceros reflexivos para establecerse con solidez*”. ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 188-189.

<sup>368</sup> RICOEUR, Paul. Prefácio. In: GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 9-18.

<sup>369</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 75-77.

<sup>370</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad.

eleição agrega esses diferentes elementos, convergindo-os na urna. Nesse instante determinado, funciona como um redutor da complexidade inerente às múltiplas argumentações. A cédula de votação acaba fornecendo a todos os cidadãos uma “linguagem comum”, como se fizesse desaparecer a infinita variedade de motivações que guia a opção de cada um.<sup>371</sup> Mas é preciso dizer: se as eleições de fato procedem a uma (imprescindível) condensação periódica da diversidade social, evidentemente não a dissolvem, tampouco a absorvem ao longo do tempo. É necessário, assim, continuar dando vida à complexidade social, fazendo com que a qualidade do debate público se mantenha e se desenvolva. A legitimidade por reflexividade deve permitir que as mais variadas vozes (notadamente as de grupos minoritários) se façam representar via povo-princípio. Está, pois, contida na ideia de generalidade por multiplicação uma preocupação por ver prevalecer a razão pública.<sup>372</sup>

## 5.2 As Cortes Constitucionais como Instituições da Democracia-Reflexiva e suas Potencialidades para o “Florescimento Democrático”

Traçadas então as principais características da legitimidade democrática por reflexividade como forma de fundamentação do poder (no que voltado a representar o povo-princípio), o momento agora é de cuidar de um modelo de instituição geneticamente destinado a cumprir essa função: aquele correspondente às cortes

---

Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 186.

<sup>371</sup> Nesse sentido, reduz “a multiplicidade à unidade”. Isto é, a legitimidade do sufrágio universal não repousa, portanto, apenas no seu poder de momentaneamente “resolver” os desacordos de uma maneira amplamente aceitável. Ela se refere também à possibilidade de instituir essa “linguagem comum”. Tal constatação não contradiz a ideia lefortiana – também encampada por Rosanvallon – acerca do paradoxo democrático, isto é, a de que, quando a soberania popular deve se manifestar em seu momento mais solene, o cidadão se vê subtraído das redes sociais para ser convertido em uma unidade para o cômputo, em uma substituição “da substância pelo número”. O fato de o voto ser equivalente a uma “linguagem comum”, que reduziria a multiplicidade à unidade, só deixa o paradoxo democrático ainda mais fascinante. Se, por um lado, a eleição desfaz as teias que ligam as pessoas a uma ideia de “vontade geral” (ao lhes franquear a oportunidade de exercício individual da soberania); por outro, reunifica-os na linguagem materializada pela cédula eleitoral.

<sup>372</sup> “*Es, por otra parte, la preocupación que permite explicar lo que se ha llamado, en la teoría política, durante la década de 1990, el ‘deliberative turn’. Correspondía a la toma de conciencia de los límites del tema de la democracia participativa como vector esencial del progreso democrático*”. (ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad**. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 187). Para a ideia de razão pública, vale conferir: RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 261-306. Outro texto interessante que propõe uma análise comparativa entre o Direito como razão pública e as correntes de pensamento norte-americanas da “Análise Econômica do Direito” e dos “Estudos Jurídicos Críticos” está em: FISS, Owen. **La muerte del derecho**. In: FISS, Owen. **El derecho como razón pública**. Trad. Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 249-266.



constitucionais, que o fazem por meio do exercício de sua atribuição principal, qual seja, a jurisdição constitucional.<sup>373</sup> Esses tribunais vêm ocupando posições cada vez mais destacadas no desenho das democracias contemporâneas. Rosanvallon chega a referir que, “das mais variadas formas, agora em todos os continentes as cortes constitucionais se encontram no centro da vida democrática”, atuando como vetores fundamentais do trabalho de reflexividade parametrizado pelos princípios das respectivas Constituições.<sup>374</sup>

Não obstante, é preciso obtemperar o argumento desde logo. Muito embora candidatos naturais a desempenhar a empresa democrático-reflexiva, os tribunais constitucionais não detêm qualquer espécie de monopólio político-filosófico sobre tal competência. É perfeitamente possível pensar em outros arranjos institucionais, que obtivessem legitimidade pela via reflexiva, para dar conta da representação do povo-princípio. Nem mesmo autores reconhecidamente entusiastas da jurisdição

---

<sup>373</sup> Como dito na introdução deste trabalho, trata-se de conceito mais amplo do que “controle de constitucionalidade”. As expressões serão utilizadas aqui de forma indistinta, intercambiável.

<sup>374</sup> Assim destaca o autor: “*Resulta banal recordar que, en el siglo xix, la historia de la democracia se confundía con la de la conquista del sufragio universal y con la del desarrollo de las instituciones electivo-representativas. Garantes de la libertad de todos y expresión de la diversidad de los intereses y las opiniones, los Parlamentos encarnaban entonces la ruptura con el absolutismo y el advenimiento de la democracia. Por cierto, no pasó mucho tiempo antes de que ellos mismos fueran enérgicamente criticados, acusados de fracasar en su misión, de reflejar demasiado imperfectamente la sociedad y de ser incautados por los partidos. Pero esas críticas sólo se orientaban a reformarlos o a reequilibrarlos, para devolverlos a su verdad de origen. De esa manera, permanecían en el corazón del imaginario democrático. Pero luego las cosas cambiaron. Los regímenes democráticos evolucionaron considerablemente y conservaron en mucha menor medida el carácter unidimensional, monista, que habían tenido desde su creación. De ese modo, nuevas instituciones se fueron introduciendo en el panteón democrático. Antes hemos destacado el auge alcanzado por las autoridades independientes de regulación y control. Ahora conviene tener en cuenta el papel cada vez más activo que fueron adquiriendo las Cortes constitucionales. Aunque con muchas reticencias e impugnaciones, se impusieron como vectores esenciales del trabajo de reflexividad ahora más ampliamente en marcha. Durante mucho tiempo, Estados Unidos, India y la República Federal alemana habían constituido casos excepcionales con su muy activa tradición de judicial review. Bajo formas ciertamente muy diversas, ahora en todos los continentes las Cortes constitucionales se encuentran en el centro de la vida democrática. Al respecto, incluso se ha hablado de una verdadera ‘resurrección’ contemporánea de la noción de Constitución. Es un hecho significativo que todas las nuevas democracias de Europa oriental y central hayan adoptado, a comienzos de la década de 1990, una organización de los poderes que da un lugar importante a los procedimientos de control de constitucionalidad, mientras que el modelo parlamentario británico constituía para ellos la figura de un verdadero repujado. De hecho, esos procedimientos reemplazaron la doctrina original de la división de poderes para asentar la garantía de las libertades y regular la acción de las mayorías [...]*”. (ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad**. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 191-192). Vide, outrossim: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Org.). **The global expansion of judicial power: the judicialization of politics**. New York: New York University Press, 1995. Edição Kindle.

constitucional, como Dworkin<sup>375</sup> e Eisgruber,<sup>376</sup> assumem uma posição exclusivista

<sup>375</sup> O aspecto que Dworkin entende ser digno de debate quando em questão o tipo de legitimidade a ser exigido da autoridade competente para interpretar os princípios constitucionais é parecido com o que abordo neste estudo. Assim argumenta quando descreve sua “leitura moral da Constituição”: [...] “Nos Estados Unidos já é ponto pacífico que a Suprema Corte tem autoridade para tornar uma lei inválida se esta for considerada inconstitucional. Mas é claro que isso não nega a responsabilidade paralela dos legisladores de fazer os seus próprios juízos constitucionais e recusar-se a aprovar leis que não lhes pareçam conformes à Constituição. E, se os tribunais têm o poder de fazer valer determinados direitos constitucionais, isso não significa que possam impor todos esses direitos. [...] A leitura moral é compatível com todas essas soluções institucionais ao problema das condições democráticas. Ela é uma teoria que trata de como certos dispositivos constitucionais devem ser interpretados ou ‘lidos’ – de quais perguntas devem ser feitas e respondidas para que possamos saber o que esses dispositivos significam e exigem. Não é uma teoria sobre quem deve fazer essas perguntas ou quem deve dar a resposta a ser aceita por todos. [...] O que diremos sobre as demais questões, aquelas questões institucionais acerca das quais a leitura moral não tem nada a dizer? Para decidi-las, não vejo outra alternativa senão a de usar um cálculo de resultados em vez de um critério procedimental. A melhor estrutura institucional é aquela que produz as melhores respostas para a pergunta (de caráter essencialmente moral) de quais são efetivamente as condições democráticas e que melhor garante uma obediência estável a essas condições. É necessário levar em conta um sem-número de considerações práticas, e muitas delas podem favorecer fortemente a ideia de que a própria legislatura eleita decida quais são os limites morais do seu poder. Porém, outras considerações podem favorecer a conclusão oposta; entre elas, podemos mencionar o fato de que os legisladores são vulneráveis a pressões políticas dos mais variados tipos, tanto pelo lado financeiro quanto pelo lado político propriamente dito, de tal modo que o poder legislativo não é o veículo mais seguro para a proteção dos direitos de grupos pouco populares. É de se esperar que as pessoas discordem quanto a qual é, no todo, a melhor estrutura, e por isso, em certas circunstâncias, precisem de um procedimento de decisão para resolver essa questão; mas é exatamente esse procedimento que não pode ser fornecido pela teoria da democracia [...]”. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 51-52.

<sup>376</sup> Eisgruber, em uma perspectiva semelhante à de Dworkin, argumenta no seu *Constitutional self-government*: “*In light of the global trend toward judicial review, constitutional theorists should be prepared to consider the possibility that, as a practical matter, the best forms of democracy will always include some version of judicial review. So strong a claim could, however, be defended only on the basis of a detailed comparison between forms of government that include judicial review and those that lack it. My ambition here is more modest. I have aimed to destabilize the idea that there is any single institution - such as the legislature or the electorate - that is uniquely entitled to speak for the people. My goal is to highlight the wide variety of institutions that are not merely democratically legitimate but also are reasonable means by which to pursue democratic flourishing*”. (EISGRUBER, Christopher L. **Constitutional self-government**. Cambridge: Harvard University Press, 2001. Edição Kindle. posição 1017-1025). Posteriormente, em resposta a uma crítica que Jeremy Waldron (WALDRON, Jeremy. Eisgruber’s House of Lords. **University of San Francisco Law Review**, [S.l.], n. 37, p. 89-114, 2002) dirigiu a sua obra, o autor reforça a intenção original por meio da seguinte argumentação (que vai ao encontro dos objetivos propostos pela presente pesquisa): “*Professor Waldron, of course, does not merely assert that my theory helps to justify British institutions. He claims to show that, under my theory, the United States would be better off if it could exchange judicial review for an unelected legislative body like the House of Lords. Should that claim disturb me? I do not see why it should. Constitutional Self-Government does not assert that the United States has the best system of government that it could possibly have, nor does it argue that every country should rush to embrace American-style judicial review. On the contrary, the book’s core insight is that there is an enormous variety of institutions, electoral and otherwise, that modern nations may legitimately use to implement democratic ideals. Different countries will proceed differently. My goal in Constitutional Self-Government is to ask how best to understand and participate in American constitutional practices, including judicial review, in light of democratic ideals. My answer is that we should understand them (again, including judicial review) as imperfect but useful pro-democratic institutions. So, in particular, judges should recognize that judicial review assigns to them a representative function, and they should not shrink from or conceal the political judgments that go with it*”. EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional self-government and judicial*

desse tipo. Ambos têm – é certo – uma declarada preferência por essas instituições, mas não eliminam a possibilidade de que a legitimidade para o poder de fixar o sentido dos princípios constitucionais seja atribuída a outros órgãos de Estado. Há, por exemplo, teorias interessantes que postulam a formação de promissores diálogos institucionais para o exercício da guarda da Constituição.<sup>377</sup> O próprio Rosanvallon entende haver uma concorrência no cumprimento da função democrático-reflexiva.<sup>378</sup>

É preciso reafirmar, portanto, que não é objeto desta tese discutir qual o melhor arranjo institucional para representar o povo-princípio. Assumo ser, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal o órgão com competência para tanto, porque assim determinado objetivamente pela Constituição de 1988 (artigo 102). Pode não ter sido a melhor, mas não deixa de ser uma escolha razoável. Há uma adequação *prima facie* do STF para o cumprimento da função, considerada sua arquitetura funcional de maneira abstrata. A circunstância de a investidura dos seus juízes ocorrer por indicação do chefe do Poder Executivo, aliada ao fato de que, depois de indicado, o respectivo membro obtém a garantia da vitaliciedade, possibilita – ao menos em tese – o desempenho da jurisdição constitucional com insulamento da política partidária, mas mantendo um certo *pedigree* democrático conferido, ainda que de maneira remota ou indireta, pelo povo eleitoral. A determinação da ordem jurídica nacional de que exerça seu poder apenas se e quando provocado também contribui – novamente, em tese – para evitar uma sobreposição plena e duradoura do povo-princípio sobre as opções majoritárias. Seja como for, essa discussão desbordaria por demais da presente hipótese de pesquisa, que pretende defender a importância da representação argumentativa do povo-princípio, que hoje está preponderantemente confiada à jurisdição constitucional, e a possibilidade de o poder legitimar-se reflexivamente. É hora de retornar ao tema.

O modelo de controle de constitucionalidade defendido por Rosanvallon como função primordial das cortes constitucionais é por ele chamado de “democrático-reflexivo”. E assim o é porque concebido, na linha de sua construção acerca da contrademocracia, como alternativa a outros dois modelos – um de matriz liberal

---

review: a reply to five critics. **University of San Francisco Law Review**, [S.l.], n. 37, p. 164-165, 2002.

<sup>377</sup> Por todos: MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>378</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad**. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 204.

(controle de maiorias) e outro, positivista (“legislador negativo”).<sup>379</sup> Acredita o autor que a jurisdição constitucional, ao pôr em marcha uma espécie de “regime de competição” pela vontade geral, tem potencial para aumentar o poder dos indivíduos sobre as instituições. A ideia é a de que não é necessariamente a maioria aritmética da população que causaria a opressão a grupos minoritários. Mas, sim, a sua representação (ou o “povo eleitoral”). Em outras palavras, a justificativa para o exercício do controle de constitucionalidade residiria em uma possível “vontade das legislaturas”, o que nem sempre corresponde à vontade da maior parcela da população (muito embora isso seja reivindicado, como modelo, pela representação majoritária). O trabalho de reflexividade estaria, pois, em representar os mais diversos grupos sociais, gerando a generalidade por multiplicação democrática. E só cumprirá essa tarefa se tiver como fundamento de sua legitimidade o povo-princípio, que – vale remarcar – dá consistência à generalidade social enquanto igualdade inclusiva. Multiplicam-se os enfoques representativos para um projeto de inclusão de todos. Uma corte constitucional (o STF, no caso brasileiro) não pode, portanto, pretender legitimar-se pelo atendimento a uma “vontade popular” tão etérea quanto a concepção de “maioria”. O papel da jurisdição constitucional é – lefortianamente falando –

---

<sup>379</sup> Esta tese não adota a classificação rosanvallonia. Haveria maiores nuances a serem trabalhadas no desenho desses dois modelos (liberal e positivista) supostamente antagônicos à concepção “democrático-reflexiva”, o que não caberia nos limites da pesquisa. Reproduzo a descrição desses dois modelos nesta nota porque inegavelmente didática, possibilitando um melhor entendimento sobre a função que entende o autor francês deva ser cumprida pela jurisdição constitucional (perspectiva – esta, sim – endossada pelo presente trabalho): “*Para caracterizar la descentralización de las democracias en las que participa el creciente papel de esas jurisdicciones, es preciso distinguir cuidadosamente los enfoques contemporáneos de lo que ahora se ha convenido en llamar las instituciones ‘contramayoritarias’ de las anteriores maneras de concebir el papel de las constituciones, particularmente tanto en el enfoque liberal como en el positivista. La concepción liberal de la constitución es adecuadamente ilustrada por las posiciones de Benjamin Constant o del Sieyes del período postermidoriano. Cuando este último presenta, en el año III, su famoso proyecto de jurado constitucional, lo concibe como un ‘saludable freno’ que tiene por objeto ‘contener cada acción dentro de los límites de su procuración especial’. Allí Sieyes piensa explícitamente en términos de límites de la soberanía. Para él, se trata de limitar las iniciativas que el legislador adopta con simple mayoría por la ‘voluntad unánime’ que, según se considera, expresa la Constitución. Algunos años después, también en términos de freno, Benjamin Constant esboza el papel de lo que llama un ‘poder preservador’, al considerar que toda constitución debe entenderse como un ‘acto de desconfianza’. De esa manera, la constitución puede ser definida como un ‘reductor de democracia’. Este enfoque se distingue del de Kelsen, el padre de la concepción moderna del control de constitucionalidad. La jurisdicción constitucional es, para él, un simple ‘legislador negativo’. Pero no recoloca tanto esta función en una economía del liberalismo y de la democracia, sino en una arquitectura normativa jerarquizada. El objetivo del control de constitucionalidad tiene, ante todo, en él, un sentido positivista de organización de la producción normativa. Por otra parte, desarrolla su teoría, significativamente, a partir del ejemplo de su tierra natal, Austria, un país de tipo federal. El problema práctico que es preciso regular es, para él, estrictamente de orden procedimental: se trata de determinar el reparto de competencias entre la confederación y las provincias. Para el autor de la Teoría pura del derecho, el juez constitucional es, pues, ante todo un ‘guardagujas’, para retomar una expresión de juristas contemporáneos*”. ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 191-192-193.

propiciar a reflexão simbólica da sociedade sobre si mesma, o que só é cabível por meio da interpretação dos princípios geradores da democracia (notadamente dos direitos fundamentais). Não é – nem deve ser – essencialmente “limitação da vontade da maioria”, muito menos representação de “anseios sociais”<sup>380</sup> (seja lá o que isso possa significar). Essas expressões só fazem produzir riscos de entropia representativa. Em suma: a jurisdição constitucional, na perspectiva democrático-reflexiva, justifica sua existência por representar argumentativamente o povo-princípio.

O embrião dessa concepção rosanvalloniana de controle de constitucionalidade, pelo menos em solo norte-americano, é uma carta redigida, no ano de 1789, por Thomas Jefferson<sup>381</sup> e endereçada a James Madison (um liberal preocupado com abusos de maiorias populares<sup>382</sup>). Nela, Jefferson argumentava, no contexto de uma discussão sobre a Declaração de Direitos dos Estados Unidos, que o problema maior a ser enfrentado seria a “tirania das legislaturas” (“*The tyranny of the legislatures is the most formidable dread at present, and will be for long years.*”<sup>383</sup>). Um autor que desenvolveu essa ideia embrionária foi Stephen Holmes. Muito embora crítico de posições de Jefferson (as quais, de fato, não primavam por muita coerência, oscilantes que eram sobre as qualidades da *judicial review*<sup>384</sup>), é possível considerar

---

<sup>380</sup> Tal como defende Luís Roberto Barroso: (BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 5, p. 23-50, 2015. Número Especial). Esse texto será abordado em mais detalhes na sequência do presente argumento.

<sup>381</sup> Vide: ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 194.

<sup>382</sup> Nas suas exatas palavras: “*The difference so far as it relates to the point in question – the efficacy of a bill of rights in controuling abuses of power – lies in this, that in a monarchy the latent force of the nation is superior to that of the sovereign, and a solemn charter of popular rights must have a great effect, as a standard for trying the validity of public acts, and a signal for rousing & uniting the superior force of the community; whereas in a popular Government, the political and physical power may be considered as vested in the same hands, that is in a majority of the people, and consequently the tyrannical will of the sovereign is not [to] be controuled by the dread of an appeal to any other force within the community*”. MADISON, James. Carta de 17 outubro 1788 para Thomas Jefferson. In: KURLAND, Philip B.; LERNER, Ralph (Org.). **The Founders' Constitution**. Chicago: University of Chicago Press, 1987. Disponível em: <<http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch14s47.html>>. Acesso em: 16 maio 2018.

<sup>383</sup> JEFFERSON, Thomas. Carta de 15 de março 1789 para James Madison. In: KURLAND, Philip B.; LERNER, Ralph (Org.). **The Founders' Constitution**. Chicago: University of Chicago Press, 1987. Disponível em: <<http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch14s47.html>>. Acesso em: 16 maio 2018.

<sup>384</sup> Vale conferir parte ilustrativa do que refere sobre Thomas Jefferson Francisco Fernández Segado: “Jefferson [...] rechaça o controle de constitucionalidade das leis com base em dois argumentos principais: 1) que tal doutrina viola o mandato constitucional da separação de poderes, e 2) que representa uma negação patente do verdadeiro desejo popular, tal como é expressado pelo povo soberano através de seus representantes, devidamente eleitos, em um Congresso reunido. Sem embargo, e contra o que se pudesse pensar, Jefferson não estava tão obcecado como para ignorar

seu pensamento representativo dessa matriz que aponta o perigo da redução da democracia a uma técnica de governo por maiorias eleitorais. Ele enfatiza a ideia de constitucionalismo como pré-comprometimento da nação, construindo uma interessante justificativa para tanto, relacionada à “proibição à autoescravização”. A proibição de vender-se a si como escravo pressupõe a aceitação de um compromisso prévio (“para conservar a vontade própria, deve-se restringir a própria vontade”). E este é moralmente aceitável sempre que reforce a proibição legítima. Daí a analogia de Holmes: “*Entre sus otras funciones, la obligación constitucional es un intento de impedir la posibilidad de que la nación (o cualquier generación) se venda a sí misma (o a su posteridad) como esclava*”. O sentido da sua analogia é o de que “*una democracia que decida destruir el marco en que puede haber desacuerdo no violento y acotamiento de conflictos estará actuando en forma suicida*”.<sup>385</sup>

Há evidente similaridade com a postulação lefortiana acerca da necessidade democrática de o poder assegurar uma forma de governo que permita a manutenção dos indispensáveis conflitos (evidentemente não violentos) na sociedade. Pretender eliminar ou sufocar os desacordos invocando, por exemplo, um ideal de “povo unido” é um intento totalitário, ou seja, equivale à destruição (à escravização, se quisermos, com Holmes) da democracia. Nessa perspectiva, o trabalho reflexivo de uma corte

---

os potenciais excessos em que poderiam incorrer os representantes; e assim, anos atrás, em uma carta dirigida a James Madison, com data de 15 de março de 1789, manifestava seu temor frente à tirania das legislaturas: “*the tyranny of the legislatures – escrevia – is the most formidable dread at present, and will be for long years*”. Quinze anos depois, com seu partido controlando o Congresso, Jefferson havia esquecido seus temores frente aos abusos provenientes do legislativo, preocupando-lhe tão somente tais excessos quando provenientes do poder judicial. Não devemos estranhar, pois estas são as eternas volubilidades da classe política, cujos juízos quase sempre vêm modulados por seus respectivos interesses. Não fora suficiente por si a argumentação exposta, Jefferson acrescentaria que a *Supreme Court* ‘não é nem mais instruída nem mais objetiva que os poderes políticos do governo’. Definitivamente, para o latifundiário de Monticello, a doutrina da *judicial review*, com suas possibilidades inerentes de conduzir à supremacia judicial, era tanto elitista como antidemocrática. Seu rechaço a ela e ao órgão que supostamente a consagrara seria radical”. (tradução nossa). SEGADO, Francisco Fernández. **La evolución de la justicia constitucional**. Madrid: Dykinson, 2013. p. 442-443,

<sup>385</sup> O ponto central do pensamento de Holmes, muito próximo do de Rosanvallon, é o de que inexistente contradição entre pré-compromisso constitucional e política democrática, mas um paradoxo (via de regra fecundo e produtivo): “*Cierto, el colapso de la República de Weimar se debió, en última instancia, a la deslealtad de sus élites, no al artículo 48 ni a defectos de su Constitución. Sin embargo, la catástrofe de 1933 sugiere, una vez más, que el precompromiso constitucional y la política democrática acaso no sean tan antagónicos como a veces lo creyeron Jefferson y Paine*”. Para conceder poder a maiorias futuras, a Constituição precisa impor o que chama de “metalimitações”, isto é, regras que obrigam a cada maioria expor-se à crítica e a uma possível revisão de suas decisões, regras, pois, que limitariam “a capacidade de cada geração de roubar opções significativas de suas sucessoras”. Em uma palavra: *reflexividade*. HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; Slagstad, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. posição 5902-5925 e 6176-6193. Edição Kindle.

constitucional que agisse para controlar eventual tirania desse tipo (mudança radical da forma de governo visando a encarnar o “povo-uno”) praticada por representantes eleitos reforçaria, sem dúvida, o regime democrático.<sup>386</sup> Seria o povo-princípio atuando reflexivamente, via jurisdição constitucional, para a manutenção dos princípios geradores da democracia (dando voz e vez à generalidade por multiplicação).

Esse caso-limite (de “suicídio” da democracia) ilustra o grau de relevância para o regime de uma instituição cuja legitimação ocorra por reflexividade. Apenas isso. Não está a indicar que o pré-compromisso constitucional equivaleria a grilhões repressores de disputas interpretativas (conflitos, enfim) por parte das futuras gerações em torno dos princípios da Constituição, mormente dos direitos fundamentais.<sup>387</sup> Há um espaço enorme de interpretação sobre seu melhor sentido, espaço que faz refletir as mais díspares concepções de justiça presentes em qualquer sociedade. Vale recordar o caráter ambíguo da positivação de uma Carta de Direitos em Lefort. O desacordo sobre seu alcance simbólico é desejável em uma compreensão pós-fundacional do democrático.<sup>388</sup> E não deixa de estar na base da

<sup>386</sup> Estou considerando, nesse exemplo, uma forma hipotética de golpe na democracia que visasse a alterar, por meio dos procedimentos ordinários da atividade legislativa, a forma de Estado ou de governo. A corte constitucional, em uma situação de golpe de Estado pela força ou em sede revolucionária, muito pouco (para não dizer nada) poderia fazer. Uma situação assim, aliás, poderia até mesmo equivaler a uma manifestação de poder constituinte originário.

<sup>387</sup> Holmes é bem explícito nesse sentido em uma interessante passagem de seu texto: “*Los constitucionalistas, de cualquier modo, no son ángeles omnipotentes que intervienen desde fuera de la corriente de la historia. De manera similar, una generación ulterior, trabajando en un marco establecido por la ley y la costumbre, no debiera ser comparada con el perro de Pávlov. Si bien la Constitución ciertamente ha trazado el curso de la historia estadounidense, el abandono cultural y la crisis política han devuelto el favor, reformando la Constitución de manera imprevista. Aun cuando (y, en algunos casos, precisamente porque) están precomprometidos por el pasado, los descendientes poseen amplio espacio para la maniobra, innovación y reforma. La posibilidad de una interpretación liberal —es decir, imaginativa— de la Constitución, aún mayor que el artículo V, reconcilia la lealtad al pasado con la sensibilidad al presente. Para satisfacer intereses rivales y obtener el apoyo mayoritario, los participantes en la convención federal incorporaron cláusulas conflictivas y ambiguas en la Constitución, delegando así esenciales poderes discrecionales a sus descendientes. No tuvieron la menor intención de sacrificar la posteridad a su propia y limitada previsión*”. HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; Slagstad, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. posição 5892. Edição Kindle.

<sup>388</sup> Vale recordar brevemente o que foi trabalhado no primeiro capítulo sobre o pós-fundacionalismo: cuida-se de uma constante interrogação das figuras metafísicas fundacionais (dentre as quais o “fundamento”). Não é um empreendimento ceticista, mas de debilitação dos fundamentos. O questionar ontológico que implica não equivale à ausência total ou à erradicação da instância do fundamento. O objetivo é colocar em questão a possibilidade de um “fundamento último” (*fundamentum inconcussum*), indisputável, aquele que, metafisicamente, confundiria os planos ôntico e ontológico. Reside aí uma crença tanto inerradicabilidade da contingência quanto no político como momento de um fundar parcial e inerentemente falho. Vide: MARCHART, Oliver. **El pensamiento político posfundacional**: la diferencia política em Nancy, Lefort, Badiou y Laclau. Trad. Marta Delfina Álvares.

ideia de povo-princípio, que legitima o agir reflexivo do poder. Com efeito, como anota, lefortianamente, Luiz Damon Santos Moutinho, o poder, na sociedade democrática, desincorpora-se, e, com ele, o Direito. Por isso, ao mesmo tempo em que este (o Direito), desincorporado, afirma-se irreduzível ao poder, ganhando autonomia, perde “substancialidade”. Vale dizer: a autonomia do jurídico “liga-se à impossibilidade de lhe fixar uma essência”, de maneira que a manifestação de um dever dos direitos fundamentais não deixa de estar sempre “na dependência de um debate sobre seu fundamento e sobre a legitimidade do que é estabelecido e do que deve ser”.<sup>389</sup> É evidente, por outro lado, que esse espectro amplo de interpretação não pode redundar em um ceticismo sobre o sentido dos direitos. Lefort e Rosanvallon rejeitam, como já anotado, esse tipo de visão. Daí a relevância democrática – a ser vista – da ideia de integridade do Direito em Dworkin, a qual, possibilitando a autonomia do jurídico sem exilá-lo da moralidade política (e muito menos de seu caráter interpretativo), sugere um modo de agir dos tribunais que evite a implosão do Direito por seu imbricamento, por sua coincidência plena com o poder (o que implicaria a aceitação do arbítrio ou da discricionariedade em sentido forte<sup>390</sup> no exercício da autoridade da corte constitucional).

Outro autor que enxerga o constitucionalismo como um instituto erigido em favor das condições de manutenção e desenvolvimento da democracia e de seus naturais desacordos é Christopher Eisgruber. Não será endossado nesta tese o seu pensamento no tocante ao modo como os juízes constitucionais devem decidir os casos moralmente controversos (com razões pessoais de moralidade política, ainda que se esforçando para não adotarem concepções muito excêntricas ou radicais), porque a ideia de integridade do Direito parece ser superior para cumprir o trabalho de reflexividade democrática, visando ao alcance do propósito duplo de (i) dar coerência e identidade ao social (pelas estabilizações provisórias de sentido dos princípios constitucionais) e (ii) manter a separação e o desintrincamento entre Direito e poder, ambos essenciais para a democracia. Eisgruber, porém, oferece importantes

---

Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009. p. 14-15.

<sup>389</sup> MOUTINHO, Luiz Damon Santos. Democracia: uma discussão com Catherine Colliot-Thélène. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, São Paulo, n. 25, p. 63-64, 2014.

<sup>390</sup> Situação em que um agente público não esteja limitado por qualquer padrão de autoridade quando tenha de deliberar sobre determinado assunto público. No caso dos juízes constitucionais, uma “discricionariedade no vazio” que os habilitaria a escolher livremente a possibilidade interpretativa da Constituição que melhor satisfizesse o seu senso pessoal de justiça, e unicamente ele. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 52-53.



argumentos – estes, sim, encampados aqui – para defender a possibilidade de a jurisdição constitucional contribuir para o que ele chama de “*democratic flourishing*”.<sup>391</sup> Na sua compreensão, o tribunal constitucional é uma instituição representativa desenhada para falar pelo povo sobre questões de princípio. Na mesma linha do que defendido no presente trabalho, Eisgruber só vê a possibilidade de fazer uma postulação desse tipo se tivermos presente uma teoria ou uma visão sobre o que a democracia é. Apenas assim é possível fixar algum entendimento sobre o que significa uma “instituição representativa”.<sup>392</sup> Por isso, o constitucionalismo limita a democracia para aqueles que a identificam com o majoritarismo. Quem considera – como Rosanvallon e Lefort – democracia e premissa majoritária fenômenos distintos pode muito bem aceitar que a Constituição limitaria o poder de maiorias eleitorais não apenas no interesse da justiça, mas a serviço do próprio regime democrático.

---

<sup>391</sup> É a hipótese principal do texto do autor: “*In this book, I suggest a different way to reconcile the Supreme Court's prominent political role with democratic ideals. I deny that the Constitution's purpose is to constrain American democracy on the basis of rules or principles laid down long ago. Instead, I interpret the Constitution as a practical device that launches and maintains a sophisticated set of institutions which, in combination, are well-suited to implement self-government. More specifically, I argue that the Constitution's specific provisions should be understood to serve, rather than constrain, the freedom of later generations: those provisions endow later generations of Americans with useful political institutions that make democratic ideals easier to achieve. [...] This insight poses special challenges for large polities. In small city-states, the people might govern directly, by assembling in town halls or public squares. In large nations, that is impossible. The people can govern only through institutions, and any institution will tend to misrepresent the people in systematic ways. In order to understand how self-government is achievable in modern circumstances, we must first appreciate the wide variety of institutions – including judicial review and super-majoritarian amendment rules – that nations might harness to democratic purposes. Americans and others around the world will better be able to govern themselves if they come to see their constitutions in that light – not as undemocratic (if perhaps beneficial) inheritances from their collective past, but as differentiated arrays of institutions that combine to make self-government meaningful in vast, populous nations*”. EISGRUBER, Christopher L. **Constitucional self-government**. Cambridge: Harvard University Press, 2001. posição 55 e 141. Edição Kindle.

<sup>392</sup> De um modo geral, Eisgruber entende que um modelo de representação democrática deve dar conta de dois aspectos fundamentais da sociedade: “interesses” e “valores”. Os primeiros estariam relacionados com o que as pessoas desejam (e ganham representação no âmbito próprio da política ordinária) e os segundos seriam relativos ao que consideram certo ou errado, isto é, questões de princípio (representadas, por excelência, pela jurisdição constitucional): “*If we reflect for a moment on the psychology of political communities, we can see how the judiciary's institutional characteristics make it a valuable representative institution. The psychology of a community, like the psychology of an individual, is complex. People have views about how they ought to behave, and views about what they want or desire. These views sometimes tug in different directions. Our interests are not always in harmony with our values: we sometimes desire things that we ought not to have. Under these circumstances, most of us hope that we will be faithful to our values, not our interests; we hope, in other words, that we will do the right thing. A good representative government must take these complexities into account. It must be able to represent the people's convictions about what is right and what is in their interest, and it must also reflect the people's judgment that values should take priority over interests. Congress and the president, because they must please voters to get re-elected, are likely to represent people's interests. But Supreme Court justices, because they have both a democratic pedigree and the freedom to behave disinterestedly, are better positioned to represent the people's convictions about what is right. The justices thereby make a distinctive contribution to representative democracy*”. EISGRUBER, Christopher L. **Constitucional self-government**. Cambridge: Harvard University Press, 2001. posição 86. Edição Kindle.

Cumpra, por oportuno, rememorar um aspecto fundamental da democracia lefortiana: simultaneamente reversibilidade e alteridade, o que engendra um espaço simbólico sem limites do direito de falar e ser escutado, uma correlação entre direitos e deveres de um e de todos. Assim, a democracia é, ao mesmo tempo, forma de sociedade e modo de exercício do poder. E os direitos fundamentais funcionam como seus princípios de formalização, regulando a maneira pela qual os indivíduos se relacionam entre si. À sua falta, a própria democracia se desmoronaria. Isso porque, conforme entende Lefort, fundamentalmente as liberdades de pensamento, de reunião ou de expressão não são atributos do indivíduo por si mesmo, mas constitutivas de uma espécie de “liberdade de relação”, ou seja, são qualificativos do espaço público democrático. Atentar contra elas, nessa medida, não é apenas violar direitos individuais, mas colocar em risco o próprio regime democrático como campo simbólico de debate sobre o legítimo e o ilegítimo.<sup>393</sup> A minoria que perdeu as eleições precisará, evidentemente, submeter-se às escolhas da maioria, mas a ordem constitucional (inclusive a brasileira, conforme artigo 5º, incisos IV e IX) assegura àquela a liberdade de crítica à vontade desta, contribuindo para a manutenção do desacordo democrático e mesmo para a tomada de melhores decisões pela maioria. Não deixam de representar, portanto, “limitações que geram possibilidades”, para utilizar a expressão de Holmes.<sup>394</sup> A própria linguagem abstrata da Constituição (igualdade, liberdade de manifestação do pensamento, devido processo legal, dentre várias outras expressões desse tipo) pode ser considerada não tanto representativa de “ataduras” à política ordinária como de incentivos à discussão e à expansão desses direitos e garantias fundamentais minimamente positivados. A partir dessa ideia de democracia – adotada

<sup>393</sup> Vide: POLTIER, Hugues. **Claude Lefort**: el descubrimiento de lo político. Trad. Heber Cardoso. Buenos Aires: Nueva Visión, 2005. p. 80-81.

<sup>394</sup> Ele ilustra a ideia contida nessa expressão da seguinte maneira: “*Resulta adicionalmente relevante aquí la aserción de Bodin, de que ‘el príncipe no puede atarse sus propias manos o fijarse como ley el prohibir a sus súbditos agraviados acudir ante él con sus humildes súplicas y peticiones’. Atarse a sí mismo es ilícito siempre que impida el flujo de información y sofoque la capacidad de aprender del príncipe soberano. Y por analogía, tampoco el pueblo soberano puede renunciar a su capacidad de aprender. Este argumento, originalmente dirigido contra atarse a sí mismo, puede fácilmente ponerse de cabeza. Una vez reconocido que se puede aumentar la capacidad de aprender mediante una autoatadura estratégica, entonces la autoatadura se vuelve no sólo permisible, sino obligatoria. Los legisladores elegidos no deben hacer leyes que interfieran con los derechos de voto, el libre flujo de información, la libertad de reunión y el acceso político de las minorías; es decir, aquellas actividades ‘que ordinariamente podría esperarse que produzcan un rechazo de una legislación indeseable’. La mayoría debe limitar sus propios poderes para garantizar que seguirá siendo una mayoría capaz de aprender*” HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; Slagstad, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. posição 6089 e 6201. Edição Kindle,

neste trabalho –, parece incontestável a importância do constitucionalismo e de uma instituição que possa velar pelo povo-princípio. É sem dúvida um dos caminhos pelos quais o “florescimento democrático” pode ter curso.<sup>395</sup>

Nessa perspectiva, “taken as a whole, the Constitution is best regarded as a device for implementing democratic self-government, not as a means to ‘prevent change’”. Difícil negar essa ideia. Mas seria perfeitamente possível argumentar que, se a Constituição, de fato, pode servir como um estímulo à deliberação pública sobre temas moralmente sensíveis, quando o Supremo Tribunal Federal (para ficar no contexto nacional) decide uma controvérsia dessa natureza acaba por bloquear ou mesmo encerrar o debate na sociedade sobre a questão decidida. Não parece, contudo, que seja assim. Apesar do lugar de fala ser o cenário norte-americano, é universalizável o argumento de Eisgruber no sentido de que, quando a Suprema Corte decide acerca de uma controvérsia moral, “mais frequentemente inspira argumentos”.<sup>396</sup> Com efeito, decisões do STF sobre temas socialmente delicados

---

<sup>395</sup> Isso é postulado por Eisgruber e também por Holmes, de quem é possível colher esta esclarecedora passagem, que versa precisamente sobre o direito constitucional à liberdade de expressão: “*El ejemplo más obvio de un límite constitucional que abre más puertas de las que cierra es la Primera Enmienda. La función primaria del constitucionalismo, podría argüirse, es proteger la libertad de discusión y no la propiedad privada. Formulando un racional y ya clásico debate público en favor de la Primera Enmienda, el juez Brandeis escribió que las libertades de expresión, reunión y prensa, incluyendo el derecho de disentir legalmente de la política gubernamental, son “indispensables para el descubrimiento y difusión de la verdad política”. Cierto, una generación perturbada podría llegar a abolir la libertad de expresión para sus sucesores inmediatos (esto ocurrió en Alemania en 1933). Pero el control popular se reducirá, en vez de aumentar, si se afloja en esta “limitación” particular.* (HOLMES, op. cit. posição 6036-6053). Por outro lado, é preciso reforçar que a defesa da imprescindibilidade, para o *democratic flourishing*, da função democrático-reflexiva não implica, em hipótese alguma, atribuir às cortes constitucionais qualquer tipo de superioridade moral ou técnica em face das outras instituições representativas. Por fundamental que possa ser, ela ocupa apenas uma dimensão da legitimidade democrática. Um regime completo pressupõe, como visto, uma dimensão de legitimação direta (eleitoral-majoritária) e outras três indiretas (imparcialidade, proximidade e reflexividade). Mesmo um entusiasta da *judicial review* não tem dificuldades em assumir essa circunstância: “*It would, of course, be silly to think that judges are uniquely suited to that task, or that they will do better than other officials with regard to all questions about liberty, equality, or basic institutional structure. But the practice of judicial review does not rest upon so sweeping a claim. Even if the practice of judicial review is fully consistent with democratic principles, the Supreme Court will often have to work in partnership with other institutions.*” *Sometimes it should defer to those institutions, and sometimes those institutions may have authority to resist interpretations announced by the Court. The power of judicial review presupposes only that judges can usefully speak on behalf of the people with respect to some important issues of political principle, not that judges alone can do so, or that judges can speak on behalf of the people with regard to all such matters*”. EISGRUBER, Christopher L. **Constitutional self-government**. Cambridge: Harvard University Press, 2001. posição 750. Edição Kindle.

<sup>396</sup> “*In fact, though, Supreme Court decisions do not cut off public debate. They more frequently inspire arguments. The Court’s controversial rulings about abortion and affirmative action, for example, did not prevent people from arguing about abortion and affirmative action. They prompted an outburst of commentary and criticism in every forum and from every source. Nor did these decisions prevent political candidates from announcing whether they favored abortion or affirmative firmative action. Nor were voters precluded from choosing among candidates on the basis of their view about these*

ocupam a pauta dos meios de comunicação, são examinadas nas universidades e integram a agenda de campanhas político-eleitorais. Enfim, haveria pelo menos sérias dúvidas acerca da veracidade do argumento de que o debate público se interrompe quando um tribunal constitucional decide. Até porque é um ponto nuclear, como visto, da democracia o fato de o debate não poder ser interrompido nunca. Há direitos fundamentais a garanti-lo.

Existirá – é bem verdade – uma necessária estabilização provisória do sentido sobre o conteúdo e o alcance dos princípios constitucionais a cada decisão de uma corte constitucional. Esse é um efeito, aliás, imprescindível para a democracia, que, se vive de conflito, não dispensa unidade e identidade simbólicas para o social (garantidas precisamente pelo poder), sob pena da degeneração da disputa em guerra civil. Mas o fato é que, muito embora transitem em julgado e haja princípios (segurança jurídica e isonomia, os mais óbvios) que recomendem a manutenção do padrão decisório por, no mínimo, um tempo razoável,<sup>397</sup> tais deliberações jurisdicionais são passíveis de revisão, por variados motivos, em casos vindouros.<sup>398</sup> Podem, outrossim, ser ainda superadas pela ação parlamentar (leis ou emendas constitucionais com conteúdo diverso do decidido<sup>399</sup>).

Por essas características que Rosanvallon fala nas cortes constitucionais como “terceiros reflexivos” exercentes, nessa qualidade, da função representativa de dar voz ao povo-princípio. Para o autor, no mundo atual da “singularidade”, o povo-princípio vem assumindo importância cada vez mais significativa, representando uma espécie de “revolução sociológica” que implica transformações nas relações entre

---

*issues*”. Ibid., posição 522-529 e 1272.

<sup>397</sup> Para uma discussão interessante sobre o ponto, vide: MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 95-98.

<sup>398</sup> Um exemplo recente ocorreu no âmbito da discussão sobre a constitucionalidade do percentual de 6% (seis por cento) ao ano de juros na indenização devida pelas desapropriações por necessidade ou utilidade pública e interesse social ou para fins de reforma agrária, no caso em que haja imissão prévia na posse pelo poder público. O Supremo Tribunal Federal revisou, por ocasião do julgamento da ADI 2332, sua jurisprudência então consolidada. Desde 2001, o tribunal entendia inconstitucional esse percentual por não atender a um critério de justiça indenizatória. Dezesete anos depois, em maio de 2018, alterou sua posição, passando a considerá-lo em conformidade com a Constituição. As razões para tanto, conforme o voto vencedor, foram no sentido de que a jurisprudência construída pelo STF se justificava dentro de uma conjuntura de inflação crônica e perda do poder aquisitivo da moeda, sem que existissem mecanismos de correção monetária, cenário que veio a alterar-se ao longo dos anos, a ensejar mudança de orientação. O acórdão ainda não foi publicado. O site oficial da corte publicou, contudo, um resumo da fundamentação. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo por Temas**, Brasília, DF, n. 884/886, nov. 2017. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacao/InformativoTema/anexo/Informativo\\_mensalnovembro2017.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacao/InformativoTema/anexo/Informativo_mensalnovembro2017.pdf)>. Acesso em: 9 jun. 2018.

<sup>399</sup> Em não se tratando de deliberação judicial sobre as chamadas “cláusulas pétreas”, previstas pelo artigo 60, § 4º, da Constituição de 1988.

Direito e democracia e, portanto, entre jurisdição constitucional e princípio majoritário. “*Se vuelve más importante que en el pasado hacer valer la plena existencia de ese pueblo-principio, del cual el pueblo sensible visualiza cada vez más su rostro*”. É tarefa das cortes constitucionais recordar que o soberano não se reduz a sua expressão eleitoral majoritária, que sempre excede essa definição. Fazem, pois, confrontar em seu seio os diferentes povos democráticos, muito particularmente o das urnas e o dos princípios. “*Lejos de conformarse con juzgar y censurar, participan de esta manera en el enriquecimiento de la deliberación democrática, de lo que forma su corazón: la determinación y el fortalecimiento del ser-conjunto*”. Rosanvallon é explícito, como é possível perceber, em marcar a principal função (representativa) dos tribunais constitucionais, os quais, muito embora pela via da fiscalização da atividade dos Poderes Legislativo e Executivo, não podem ser resumidos a instâncias de controle e obstrução. São, antes de tudo, órgãos complementares do ideal de legitimidade democrática de um governo (em sentido lato), cumprindo-lhes representar uma dimensão fundamental da democracia (a reflexiva). Cuida-se, assim, de uma representação de ordem “funcional”, que se mostra e se justifica no exercício de sua competência, sendo estruturalmente diferenciada da expressão imediata das opiniões ou dos interesses representados pela função eleitoral-majoritária. “*Dicha forma ‘adyacente’ de representación destaca, a su manera, las paradojas y los incumplimientos de esa representación electoral, mientras contribuye a superar sus tensiones inherentes*”.<sup>400</sup>

Essa distinção entre os respectivos povos, como ressaltado, pode também ser organizada em termos temporais: o povo-sufrágio abordado em um registro de imediatez; o povo-princípio, em longa duração. Dessa maneira, fazendo valer os princípios e direitos fundamentais, as cortes constitucionais cumprem um papel ativador da memória coletiva. E é nessa espécie de “vigilância” que sua função representativa se faz mostrar. “*Es una representación de la memoria, que consiste en mantener y dar vida a los valores fundamentales de la democracia, a dar un sentido activo a su herencia*”. Para dialogar novamente com Lefort, “os princípios de organização do social” ou “geradores da democracia” podem (ou, melhor, devem) ser feitos presentes e ativos por esses tribunais, que contribuem, desse modo, para a garantia da identidade da democracia como algo estabelecido no tempo. Conforme

---

<sup>400</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 195-196.

Rosanvallon, a necessidade de uma tal pluralização das temporalidades da democracia aumenta nas sociedades contemporâneas, “cada vez mais ameaçadas pela tirania do curto prazo”. No mesmo movimento, essas sociedades experimentam um acréscimo de importância da função de representação dos princípios. Seria preciso, portanto, enxergarmos os eventuais conflitos entre cortes constitucionais e poderes eleitos dentro de um mesmo marco democrático: a interpretação oficial da Constituição (notadamente, dos direitos fundamentais) ocupando uma dimensão de tempo mais larga; as decisões e as leis, respectivamente, dos Poderes Executivo e Legislativo inscrevendo-se em ciclos temporais mais curtos.<sup>401</sup>

Sob um enfoque pós-fundacionalista muito próximo daquele de Ost, que sustenta ser inexoravelmente impossível alcançar um momento fundador preciso, seja para o Direito, seja para o poder,<sup>402</sup> o fenomenólogo-historiador francês argumenta que as instituições (parlamento, presidência e cortes constitucionais) só são compreensíveis se concebidas como “partícipes conjuntos” de uma organização pluralista das temporalidades da expressão democrática, “organização em si mesma indissociável de sua história”. Não é possível entender uma instituição política sozinha, como se, surgindo do nada, fosse absolutamente independente das demais. Só adquire sentido em um sistema de recíprocas interações. “*Asimismo, por eso, no se las puede comprender fuera de los conflictos entre los diferentes tipos de legitimidad asociados con cada registro de temporalidad, conflictos que estimulan permanentemente una necesaria interrogación acerca del sentido y el fundamento de la idea democrática*”.<sup>403</sup> Em outras palavras, trata-se da institucionalização da incerteza e da indagação perenes sobre o critério do legítimo, características que estão no coração da aventura democrática.

A Constituição pode, nessa compreensão do democrático, cumprir a função de deixar aberto o futuro, de impedir uma fixação definitiva de determinada relação de força entre maioria e minoria. Nas palavras exatas de Rosanvallon: “*De un principio de igualdad de todos los ciudadanos ante el futuro deriva la limitación constitucional del poder de las mayorías. Negar esa limitación equivaldría, en efecto, a ocultar su naturaleza y a adornarla con las virtudes de la unanimidad*”. Essa é também a

---

<sup>401</sup> Ibid., p. 196-198.

<sup>402</sup> O autor fala em fundação como “futuro anterior da legitimidade”. Vide: OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 68-77.

<sup>403</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 198-199.

postulação de Ronald Dworkin que – como já dito – vê no mandamento da “igual consideração e respeito” (generalidade por multiplicação inclusiva) o critério fundamental de legitimidade do agir governamental. As cortes constitucionais se inserem, assim, como “as grandes testemunhas” da ficção democrática fundadora. Recordam-na para que sua qualidade de ficção não seja olvidada. Nesse sentido, a reflexividade não deixa de operar como um tipo de “empresa de lucidez”, denunciando a falsa estabilidade representada pela assimilação da maioria à unanimidade e, com isso, possibilitando que a democracia permaneça sendo percebida como uma experiência viva e conflitiva.<sup>404</sup>

Afinado às concepções de Holmes e Esigruher, Rosanvallon também se nega a visualizar o pré-compromisso constitucional como atadura das gerações vindouras. Atribui uma desconfiança dessa natureza, no contexto francês e norte-americano, a resquícios de ideais revolucionários de democracia imediata, ou seja, de rompimento com um mundo antigo excessivamente apegado ao peso de uma tradição autoritária. Nessa visão, portanto, a democracia pareceria só conseguir impor-se se reivindicasse para si uma espécie de “potência do presente”. Argumenta o autor que “algo dessa obsessão” teria permanecido “em toda uma crítica difundida do constitucionalismo, como se a vontade geral corresse o risco intrínseco de terminar sendo apreendida por um punhado de sábios”. Entretanto – e pelo contrário –, hoje seria o “culto ao presentismo” a pior ameaça às democracias. Correto ou não esse diagnóstico, o que parece ser evidente nos dias que correm é a circunstância de que o autogoverno da sociedade não pode prescindir das diferentes temporalidades e, portanto, dos distintos povos democráticos, cenário que alimenta importantes expectativas em relação ao desempenho das cortes constitucionais. Desde que cumpram sua função reflexiva, podem efetivamente contribuir para a formação, via generalização multiplicativa, de uma vontade inclusiva calcada na interpretação dos direitos fundamentais e distinguir-se, nesse mesmo movimento, da dimensão imediata das *clear-cut decisions*. Pierre Rosanvallon dirá, por conta disso, que, complementando o regime de legitimação democrática pela representação da dimensão de princípio, os tribunais constitucionais “recordam os termos da construção de uma história”.<sup>405</sup> É uma forma de enxergar o

---

<sup>404</sup> Ibid., p. 198-199.

<sup>405</sup> Ele ainda faz uma analogia – de especial poder didático – com instrumentos óticos para ilustrar a ideia de reflexividade: “A la manera de los instrumentos de óptica que crean relieve acercando dos imágenes, permiten dar una verdadera profundidad de campo a la vida democrática. Desempeñan el papel de un tercero activo productor de sentido”. ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad**

papel dessas instituições que se conecta naturalmente à ideia de integridade do Direito. Isso será tratado no último tópico desta tese.

O desenvolvimento da concepção de legitimidade por reflexividade levado a efeito até aqui torna possível enfrentar uma postulação teórica do ministro do STF Luís Roberto Barroso – de considerável impacto no campo jurídico brasileiro<sup>406</sup> – acerca do papel da jurisdição constitucional na democracia. Esse enfrentamento permitirá, inclusive, melhor sistematizar o ideal de legitimação reflexiva. Com efeito, em artigo recentemente publicado, Barroso defende três funções como próprias à jurisdição constitucional: contramajoritária, representativa e “iluminista”.<sup>407</sup> O papel contramajoritário seria aquele consagrado mundialmente a partir da obra de Alexander Bickel,<sup>408</sup> consistente na possibilidade de que juízes não eleitos venham a “sobrepor sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática”. O papel representativo estaria relacionado à circunstância de o Poder Judiciário poder ser, “em certos contextos”, o melhor intérprete do “sentimento majoritário”. Nessas situações, os juízes exerceriam, em face de uma “crise de representatividade” dos atores políticos, mais adequadamente a representação “dos anseios e demandas sociais”. A terceira função atribuível a um tribunal constitucional, a de funcionar como uma “vanguarda iluminista”, seria encarregada “de empurrar a história quando ela emperra”.<sup>409</sup> Para o autor, uma competência de exercício imprescindível, mas que recomendaria “grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que as cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas”.<sup>410</sup>

---

**democrática:** imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 198-199.

<sup>406</sup> Pouco tempo depois da publicação de Barroso foi organizado um livro – composto por artigos de uma ampla gama de juristas – dedicado inteiramente a fazer-lhe críticas, as mais variadas: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto:** diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV, 2017.

<sup>407</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 23-50, 2015. Número Especial.

<sup>408</sup> BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch.** The Supreme Court at the Bar of Politics. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 16-23.

<sup>409</sup> Em publicação mais recente, o autor assume ter havido um certo exagero na utilização da expressão “vanguarda”, alterando-a (apenas a terminologia, não a ideia) para “papel” iluminista. Assim justificou a mudança: “Em versões anteriores deste texto, utilizei a expressão ‘vanguarda iluminista’ para descrever este papel. Mas há uma forma autocontida de expressar a mesma ideia, que é a de reconhecer que iluminista é a Constituição, cabendo ao intérprete potencializar a sua faceta. Este *insight* surgiu do debate com Oscar Vilhena Vieira, a quem sou grato também por isso”. BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto:** diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV, 2017. p. 59.

<sup>410</sup> Cita como exemplos ilustrativos de exercício “iluminista” os julgamentos proferidos pelo Supremo



O papel contramajoritário, espécie de “lugar-comum” do pensamento jurídico, se colocado na perspectiva da disseminação representativa proposta por Rosanvallon, não diz muito. É certo que, ao considerarmos a existência dos diferentes povos democráticos, não é de todo descabido sustentar – muito embora represente uma grande simplificação da noção de “vontade do legislador”<sup>411</sup> – que o Supremo Tribunal Federal agirá contrariamente à vontade *do parlamento* sempre que invalidar uma lei aprovada por essa instituição. De fato, se pensarmos exclusivamente na ideia de “povo eleitoral”, terá agido contramajoritariamente em tais hipóteses. Entretanto, vimos que, passado o momento da eleição, a ideia de maioria aritmética perde muito de seu significado. Não necessariamente a declaração de inconstitucionalidade de um ato legislativo demonstrará uma atuação do tribunal contrária à opinião da maior parte da população. E aí o termo “contramajoritário” deixa de ostentar boa parte de seu poder explicativo.

Um exemplo ajuda a ilustrar. Tenhamos em conta uma controvérsia constitucional bem atual, a envolver a melhor interpretação do direito fundamental de liberdade previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, que determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Trata-se do chamado “princípio da presunção de inocência” ou “de não culpabilidade”. Em um precedente importante formado por ocasião do julgamento do habeas corpus (HC) 84.078 no ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal interpretara esse dispositivo da Constituição brasileira como a positivar um comando com este conteúdo: “a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar”.<sup>412</sup> E apenas nessa

---

Tribunal Federal que determinaram a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais (ADPF 132) e a interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54). Como exemplos estrangeiros, elenca os seguintes: “Nos Estados Unidos, foi por impulso da Suprema Corte que se declarou a ilegitimidade da segregação racial nas escolas públicas, no julgamento de *Brown v. Board of Education*. Na África do Sul, coube ao Tribunal Constitucional abolir a pena de morte. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal deu a última palavra sobre a validade da criminalização da negação do holocausto. A Suprema Corte de Israel reafirmou a absoluta proibição da tortura, mesmo na hipótese de interrogatório de suspeitos de terrorismo, em um ambiente social conflagrado, que se tornara leniente com tal prática”. BARROSO, op. cit., p. 60.

<sup>411</sup> Para uma desconstrução da ideia de “intenção” legislativa, vide: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 43-76.

<sup>412</sup> O julgamento recebeu a seguinte ementa, que resume bem o conteúdo da norma de decisão: “EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A

hipótese. Fora disso, a restrição à liberdade de uma pessoa só poderia ocorrer se definitivamente considerada culpada, isto é, assim declarada em decisão judicial não mais passível de reexame recursal. De modo a adequar o Código de Processo Penal ao precedente do Tribunal Pleno do Supremo, foi aprovada pelo Congresso Nacional a Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. A lei alterou a redação do artigo 283 do Código para que então passasse a ostentar o seguinte enunciado: "Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária

---

Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. BRASIL. Supremo Tribunal Superior. **HC 84078 MG**. Tribunal Pleno, Partes: Omar Coelho Vitor. João Eduardo de Drumond Verano e outras Luis Alexandre Rassi. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgado em: 05 de fevereiro de 2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT vol-02391-05 pp-01048. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 maio 2018.

ou prisão preventiva”.

Passado algum tempo, mais precisamente em 2016, o STF veio a revisitar a temática em três ações,<sup>413</sup> todas julgadas no transcorrer desse mesmo ano. Alterou

---

<sup>413</sup> Habeas corpus 126.292, julgado em 17.2.2016; medidas cautelares nas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC-MC) 43 e 44, julgadas em 5.10.2016; e, por fim, em regime de repercussão geral, no agravo em recurso extraordinário (ARE) 964.246, julgado em 11.11.2016, mediante reafirmação de jurisprudência em Plenário Virtual. Parece interessante transcrever a ementa do julgamento do habeas corpus e das ADC's para trazer à tona a fundamentação adotada pela corte constitucional: “Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016). Ementa: MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43 MC. Ação declaratória de constitucionalidade.** Processo(s) Apensado(s): ADC 44. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados e Presidente do Senado Federal. Amicus Curiae:

significativamente a posição que adotara em 2009, passando a entender que a garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição é limitada à decisão proferida no denominado “segundo grau de jurisdição”. A partir desse marco (julgamento pelos Tribunais de Justiça ou Regionais Federais), já se tornaria possível a determinação de prisão do réu. A tese firmada, então, foi a de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”. Por consequência, foi dada ao artigo 283 do Código de Processo Penal interpretação conforme à Constituição (espécie de declaração de inconstitucionalidade parcial) para determinar que “é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível”. Muito recentemente (2018), a controvérsia ainda voltaria à pauta do tribunal, agora acompanhada de intensa agitação no país, ocupando um enorme espaço na mídia e polarizando opiniões em uma profusão de manifestações nas ruas e nas chamadas “redes sociais”. Isso ocorreu no contexto de um habeas corpus impetrado em favor do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva (HC 152.752), líder com imensa aprovação popular. O entendimento de 2016 foi reafirmado pelo Supremo, que deixou de conceder a ordem preventiva que evitaria sua prisão.

É uma ideia bem difundida a de que políticas públicas de caráter punitivista (implementadoras de reações à violência urbana sentida por todos) costumam contar com maciça adesão popular. Em outras palavras, são deliberações de democracia imediata comumente aprovadas por ampla maioria da população. Essa intuição pode ser reforçada, no caso da discussão sobre os limites do princípio constitucional da presunção de inocência, ao examinarmos levantamento por amostragem levado a cabo por conhecido instituto de pesquisa entre os dias 11 e 13 de abril de 2018. O resultado das entrevistas apontou que a maioria (57%) dos brasileiros consultados considerou “mais justo que uma pessoa vá presa após ser condenada seguidamente em duas instâncias judiciais”. Uma parcela de 36% apontou que “seria mais justo uma

---

Defensor Público-geral do Estado do Rio de Janeiro e outros. Relator: Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgado em 05/10/2016, processo eletrônico DJe-043 DIVULG 06-03-2018 public 07-03-2018). Disponíveis em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 22 maio 2018.

pessoa ser presa somente após seu processo passar por todas as instâncias judiciais disponíveis”. E uma fatia de 6% preferiu não responder.<sup>414</sup>

Nesse cenário, o entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal teria recebido a adesão da maioria da população. Eis o paradoxo: a decisão restringiu o alcance normativo do artigo 283 do Código de Processo Penal, fazendo diminuir o âmbito de proteção da respectiva garantia de liberdade. A medida equivaleu, pois, a uma invalidação do seu sentido mais óbvio (correspondente ao entendimento do STF de 2009, sob cuja égide veio à tona). Nessa perspectiva, a corte constitucional teria, sim, agido contramajoritariamente. Isso porque sua atuação efetivamente contrariou o sentido que advém *prima facie* do produto da atividade parlamentar. Mas a maioria da população aprova o conteúdo dessa deliberação jurisdicional. Nesse caso, portanto, o agir contramajoritário só pode ser considerado estritamente, em relação ao “povo eleitoral” ou, melhor dizendo, à “vontade dos congressistas”. Os “anseios populares” (considerados, como hipótese, que eles estejam representados pelo resultado do levantamento empírico) teriam sido, “de fato”, atendidos pelo Supremo Tribunal Federal (e não pelos representantes eleitos pelo povo, atuantes no Congresso Nacional). É possível entender essa situação, no mínimo, como uma

---

<sup>414</sup> A pesquisa foi desenvolvida pelo Instituto Datafolha e está assim descrita: “Informados de que a Constituição brasileira diz que uma pessoa só pode ser presa até se esgotarem suas chances de provar sua inocência nas instâncias de Justiça disponíveis, e de que em 2016 o STF (Supremo Tribunal Federal) entendeu que pessoas possam ser presas após duas condenações, em primeira e segunda instância, os brasileiros foram consultados sobre o tema. As alternativas eram 1) a de defensores de que um acusado de crime tem o direito de ficar em liberdade até que seu processo passe por todas as instâncias judiciais disponíveis, ou 2) a de defensores de que a prisão possa ser realizada logo após um acusado ser condenado em duas instâncias diferentes da Justiça. A maioria (57%) considerou mais justo que uma pessoa vá presa após ser condenada seguidamente em duas instâncias judiciais, e 36% apontaram que seria mais justo uma pessoa ser presa somente após seu processo passar por todas as instâncias judiciais disponíveis. Uma fatia de 6% preferiu não responder. Entre aqueles que estudaram até o ensino fundamental, 49% concordam com a prisão em 2ª instância, e 41%, após o processo percorrer todas as instâncias. Entre quem estudou até o ensino superior, 67% preferem a primeira opção, e 27%, a segunda. Na parcela de brasileiros que veem a prisão de Lula como injusta, 56% avaliam que a prisão só deveria ocorrer após todas as instâncias possíveis, índice que cai para 22% entre aqueles que avaliam a prisão do petista como justa”. A respectiva metodologia está explicitada no documento desta forma: “A pesquisa do Datafolha é um levantamento por amostragem estratificada por sexo e idade com sorteio aleatório dos entrevistados. O universo da pesquisa é composto pela população com 16 anos ou mais do país. Nesse levantamento realizado do dia 11 ao dia 13 de abril de 2018, foram realizadas 4.194 entrevistas presenciais em 227 municípios, com margem de erro máxima 2 pontos percentuais para mais ou para menos considerando um nível de confiança de 95%. Isto significa que se fossem realizados 100 levantamentos com a mesma metodologia, em 95 os resultados estariam dentro da margem de erro prevista. Essa pesquisa é uma realização da Gerência de Pesquisas de Opinião do Datafolha. Essa pesquisa está registrada no Tribunal Superior Eleitoral com o número – BR 08510/2018”. INSTITUTO DATAFOLHA. **Outros temas PO813956 11 a 13/04/2018**. São Paulo, abr. 2018. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/04/17/4bda417edeeeee61ed1e663c89ca20cd6.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2018.

inversão de papéis institucionais. De todo modo, o importante é que a satisfação dos “anseios populares” (ou qualquer expressão que o valha), evidentemente, não é e não pode ser o que legitima o agir de uma corte constitucional. A sua existência pressupõe a função de representação do povo-princípio e um trabalho de reflexividade democrática. No limite, se essa fosse mesmo a qualidade legitimatória do agir do Supremo, o regime democrático poderia dispensar esse tribunal. Para aferir os “sentimentos do povo” ou as “demandas sociais”, talvez fosse mais proveitoso contarmos com institutos dotados de expertise para realizar pesquisas de campo, empírico-estatísticas. Eles poderiam municiar melhor os parlamentos para o exercício da atividade de representação de interesses majoritários. Mas, nesse arranjo hipotético, a reflexividade – dimensão essencial do democrático – ainda permaneceria carente de representação institucional.<sup>415</sup>

Essas considerações permitem analisar o segundo papel atribuído por Barroso ao STF, o que chama, sem maior aprofundamento teórico, de “representativo”. Depois de termos visto a concepção de legitimidade por reflexividade, a aceitação de que o Supremo Tribunal Federal cumpre uma “função representativa” parece fluir naturalmente. Sim, as cortes constitucionais exercem importante representação democrática. Fazem-no, todavia, tendo por referência o povo-princípio, do que decorre sua legitimação reflexiva. Ocorre que Barroso entende por “função representativa” a tarefa de representação dos tais “anseios e demandas sociais”.<sup>416</sup> Essa ideia não pode

---

<sup>415</sup> Não importa, a propósito, para os fins deste trabalho, saber se é possível ou não (com ou sem estudos sociológicos, questionários estruturados, entrevistas, enfim, exames empíricos diversos) a aferição de sentimentos, demandas e anseios da sociedade. Aliás, a exacerbação de tentativas de identificação do povo-juiz com a “vontade dos cidadãos” pode redundar em uma das patologias da contrademocracia referidas no capítulo anterior, o “populismo judicial”, de que fala Rosanvallón.

<sup>416</sup> Cumpre registrar que essa defesa da função representativa do STF que faz Barroso enquanto teórico do Direito também é colocada em prática por ele atuando como juiz constitucional. Daí a enorme relevância de abordar criticamente seu pensamento. No próprio julgamento do caso da presunção de inocência, notadamente no voto que proferira na ADC 43, o ministro Luís Roberto Barroso adotou esse posicionamento explicitamente. Vale conferir o excerto em que elenca uma terceira razão para defender a mutação constitucional na interpretação do princípio: “Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292 - Habeas corpus**. Pacientes: Marcio Rodrigues Dantas. Impacientes: Maria Claudia de Seixa. Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator atual: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 15 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 23 maio 2018). Nesse mesmo sentido – e de maneira ainda mais eloquente –, há a decisão monocrática

ser endossada em hipótese alguma. Se as cortes constitucionais fossem vocacionadas para representar uma abstrata e possivelmente imperscrutável vontade popular, seria necessário erigir outra instituição para dar conta de toda a imprescindível dimensão reflexiva do regime democrático. Se é certo que o ato-função de julgar detém, tal como o voto, potencialidades para cumprir expectativas coletivas, isso ocorre apenas no âmbito de sua função específica na democracia.<sup>417</sup> Vale dizer: são as questões de princípio dirimidas pelo Supremo Tribunal Federal que se conectarão com a sua legitimidade para exercer suas atribuições. E – como será visto – não se trata de uma legitimidade pelo uso do “método correto” de argumentação, mas pela integridade (no sentido dworkiniano) da solução.

É preciso, no entanto, fazer um alerta aqui. Quando Rosanvallon postula que a reflexividade, a par de essencial para a *mise en forme* simbólico-político-democrática,

---

do ministro sobre um caso em que entendeu possível syndicar o mérito de um decreto presidencial de indulto penal, o que ocorreu na reapreciação de medida cautelar (então concedida pela presidente do STF) na ação direta de inconstitucionalidade (ADI-MC) 5.874. Eis uma passagem sobremodo ilustrativa do pensamento do ministro sobre a possibilidade de uma corte constitucional ser intérprete (ou tradutora) da vontade popular: “Carece de legitimidade corrente um ato do poder público que estabelece regras que favorecem a concessão de indulto para criminosos do colarinho branco. Isso porque, ao invés de corresponder à vontade manifestada pelos cidadãos, o decreto reforça a cultura ancestral de leniência e impunidade que, a duras penas, a sociedade brasileira tenta superar. Em manifesta falta de sintonia com o *sentimento social* – e, portanto, sem substrato de legitimidade democrática – o decreto faz claramente o contrário: dá um passe livre para corruptos em geral. Assim, a falta de legitimidade democrática é tão ou mais visível que o igualmente evidente desvio de finalidade”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5874 Ação direta de inconstitucionalidade**. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado: Presidente da República. Amicus Curiae. Defensoria Pública da União e outros. Relator Atual: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 1º de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5336271>>. Acesso em: 23 maio 2018.

<sup>417</sup> Diego Werneck Arguelhes encontra até mesmo uma inconsistência lógica na ideia de representar o “sentimento majoritário” por argumentos: “Ao considerar que a convergência entre o conteúdo das decisões e a vontade da população é um critério relevante de análise, Barroso cria um problema: quando representar ‘por argumentos’ é, no fundo, chegar ao resultado que a população quer, fica difícil dizer se estamos diante de ‘representação argumentativa’ de verdade. Por outro lado, se não se trata de utilizar argumentos com os quais as pessoas concordem, mas sim ‘argumentos corretos’ de acordo com algum parâmetro outro de interpretação constitucional, não fica claro qual o papel da opinião pública no modelo. No fim das contas, continuamos sem saber como identificar os erros e excessos do juiz” (ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo que não erra. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV, 2017. p. 91). É preciso registrar, outrossim, que o próprio Barroso obtempera, no mesmo texto, sua ideia: “Cabe fazer algumas observações adicionais. A primeira delas de caráter terminológico. Se se admite a tese de que os órgãos representativos podem não refletir a vontade majoritária, decisão judicial que infirme um ato do Congresso pode não ser contramajoritária. O que ela será, invariavelmente, é *contrarrepresentativa*”. (BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 5, p. 23-50, 2015. Número Especial). Com esse temperamento, contudo, a tese fica bem enfraquecida. A afirmação de que uma das funções do Supremo Tribunal Federal é atuar contra a vontade do parlamento já parece bem assimilada pela doutrina constitucional. A controvérsia mais importante parece não estar aí, mas, sim, no que o legitimaria para tanto. Em outras palavras, a questão relevante reside na disputa sobre o que autorizaria a conclusão de que essa competência do STF é, de fato, democrática.

pode ser o meio de legitimação próprio aos tribunais constitucionais, não está aquiescendo com qualquer concepção “elitista” dessas instituições. Refiro-me com esse termo às críticas de que a jurisdição constitucional incentiva a formação de “aristocracias de sábios”, das quais os membros estariam, nessa medida, infensos aos influxos (ou clamores) populares. Não. Em absoluto. Já foi destacado neste estudo que a disseminação representativa ora defendida tem por característica uma concorrência entre legitimidades. Nenhuma (eleitoral, imparcial, reflexiva ou próxima) pode reivindicar monopólio. Daí que, se Barroso tem em mente, quando defende a representação pelo STF de “anseios e demandas sociais”, uma espécie de “abertura” da corte ao povo, isto é, um “desencastelamento” para maior aproximação com os jurisdicionados, pode defender estratégias que reforcem sua legitimação pela proximidade, como as já referidas audiências públicas. A “voz do povo” pode, assim, ser ouvida e apresentar subsídios aptos a contribuir para a tomada da melhor decisão por princípios pelo tribunal. Isso reforça sua legitimidade geral.<sup>418</sup> Jamais, porém, o Supremo Tribunal Federal deve ter como objetivo tornar-se um agente da democracia imediata, representando uma inefável “vontade popular” (se é que é mesmo possível concebê-la), pois assim estaria indo na contramão do ideal representativo que lhe deve ser próprio: dar voz ao povo-princípio.

Ora, precisamente por isso, ou seja, justamente porque o STF representa o povo-princípio, o fato de sua ação ser ou não contramajoritária é algo contingente, que

---

<sup>418</sup> Rosanvallon faz uma interessante postulação a propósito dessa ideia de reforço de uma legitimidade geral do poder pelas três formas indiretas (imparcialidade, proximidade e reflexividade) de legitimação democrática. Esse sistema de “representação generalizada”, na sua ótica, permitira que deixássemos de pensar a relação democracia direta/democracia representativa como uma espécie de “jogo de soma zero”. Talvez a forma de dar maior consistência a esse ideal de democracia direta seja, precisamente, pela pluralização da legitimidade. Mas só o exercício do poder, nessa perspectiva de disseminação representativa, poderá mostrar o acerto dessa aposta. Parece bem conferir suas exatas palavras sobre essa questão: “*Las Cortes constitucionales participan de esa manera en la ampliación y en la profundización del sistema representativo como modalidad propiamente positiva de organización de la democracia. Contribuyen con el desarrollo de una multiplicación de los modos de representación, que es la única clave para una expresión más fiel de la voluntad general. Esta multiplicación permite someter in fine con mayor eficacia los poderes al control de los ciudadanos, pluralizando el rostro de estos últimos. Esto lleva a considerar en términos nuevos la cuestión de las relaciones entre la democracia directa y la democracia representativa. En el marco de una representación plural dejan, en efecto, de conformar un juego de suma cero. Incluso se puede decir que la manera más cercana de cumplir con los objetivos de una democracia directa consiste, dentro de esta perspectiva, en poner en marcha un sistema de representación generalizada. Las Cortes constitucionales permiten, pues, simultáneamente, corregir las desviaciones del sistema representativo (invitando a los representantes de la mayoría a tener en cuenta los enunciados anteriores de la voluntad general y a dejar abierto el futuro) y a desarrollar su funcionalidad democrática*”. ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad**. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 201.



não serve para caracterizar o tipo de legitimidade que lhe é próprio. Se atender ou não a “anseios populares”, se invalidar ou não atos legislativos e decisões administrativas, estará – sempre – atuando na representação reflexiva dos princípios geradores da democracia (para utilizar a linguagem lefortiana). E essa circunstância leva a pôr em xeque o terceiro papel atribuído pelo ministro Luís Roberto Barroso ao tribunal que integra, qual seja, o papel “iluminista”, cuja atribuição seria “de empurrar a história quando ela emperra”.<sup>419</sup> Não fosse sua quase absoluta insindicabilidade semântica (o que é uma decisão “que empurra a história?”), o maior problema dessa ideia é que a função por ela defendida não poderia nunca ser autopercebida, muito menos autoatribuída pela corte constitucional. A legitimidade por reflexividade, que gera a representação do povo-princípio, é uma qualidade passível de ser obtida por meio do exercício regular e adequado das atribuições da instituição. É, pois, uma questão de *democracia de exercício* e não de *democracia de autorização*. Assim concebida, a legitimidade passa a ser, antes de tudo, uma questão de grau, precisando ser conquistada pelo cumprimento cotidiano dos deveres da autoridade estatal. O fato de atuar ou não contramajoritariamente ou de “empurrar” ou não a história são consequências do desenvolvimento da função. A legitimidade se estabelece de maneira progressiva, isto é, ao longo do tempo, com maior ou menor aceitação (sua aferição é uma questão eminentemente interpretativa), mas sempre no registro (principal) da representação do povo-princípio.

Não surpreende, portanto, que Pierre Rosanvallon invoque, quando sugere um modelo deliberativo para as cortes constitucionais, a concepção de “fórum do princípio” de Ronald Dworkin. Por meio das suas ideias correlatas de integridade e de comunidade de princípios, esse autor norte-americano – sem utilizar, por óbvio, a expressão que seria criada posteriormente por Rosanvallon – efetivamente trabalha tendo em conta a dimensão de reflexividade da democracia.<sup>420</sup> Será dedicado espaço para a apropriação da integridade do Direito dworkiniano – com algumas derivações – à hipótese desta tese, funcionando como um elo de ligação de todo o argumento tratado ao longo do texto. Antes de passar a esse tópico conclusivo, porém, é preciso deixar bem marcada a potencialidade da jurisdição constitucional para possibilitar a

---

<sup>419</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 5, p. 23-50, 2015, Número Especial.

<sup>420</sup> Vide: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005; Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

alternância das duas formas fundamentais de compreender e constituir a vontade geral nas democracias. “Por um lado, uma lógica da quantidade, que faz prevalecer a opinião imediatamente predominante; por outro, uma lógica de engajamento em razões [*razonamiento*], que introduz uma obrigação oponível de justificação”. Há, portanto, um prolongamento da diversificação das temporalidades e das figuras sociais do regime em um dualismo de estilos de expressão da vontade democrática, cada um deles representando uma definição específica de generalidade social. “*De esta manera, la reflexividad introducida por los procedimientos de la justicia constitucional lleva a multiplicar los lugares, los modos y los tiempos de la deliberación pública*”. Introduz como que uma “*moratoria de la reflexión*” e, nessa medida, “*organiza una escena deliberativa*” que permite melhorar essa característica da democracia, complexificando-a ao dar-lhe um caráter multidimensional.<sup>421</sup>

É da natureza da reflexividade deliberativa, portanto, tentar reduzir a distância entre a democracia definida como procedimento e a democracia definida como conteúdo. Ou, como refere textualmente Rosanvallon, “no intercâmbio entre o político e o jurídico, essas duas dimensões tendem, com efeito, a interpenetrar-se cada vez mais”. Nessa ambiência, o sentido do enfrentamento entre maioria e minoria precisa ser assumido de uma forma dinâmica e conatural ao regime (conflitivo) democrático. “Participa de uma dialética construtiva que obriga a maioria a incrementar seus argumentos e razões, uma vez que simultaneamente confrontada pelos embates com a minoria e com a disciplina da justiça constitucional”. A democracia pode dar vida, assim, a duas exigências concomitantes: a organização periódica de uma opção entre programas fortemente diferenciados e a implantação de uma dimensão garantidora de um interesse geral passível de dar identidade simbólica ao social. Há aí espaço próprio para disputa entre partidos políticos pelo exercício do poder eletivo e para instituições reflexivas. “O perigo – diz Rosanvallon – consiste em confundir os dois registros”.<sup>422</sup> O Supremo Tribunal Federal não é, portanto, receptáculo de “anseios

<sup>421</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 204.

<sup>422</sup> Raciocínio que prossegue desta forma: “*Así, abogar por la superación de los partidos y por la realización de una política unánime de ‘buenas voluntades’ implica inducir a confusión. Pero querer transponer las condiciones de opción partidaria a la esfera de las instancias reflexivas o independientes también consiste en caer en una confusión simétrica. La institucionalización del conflicto y las instituciones del consenso deben coexistir en una democracia bien ordenada. Entonces, ¿cómo tratar en el fondo la cuestión de la legitimidad de las instituciones de reflexividad e imparcialidad? Ante todo, reconociendo su carácter representativo, tal como lo hemos descrito. Pero también haciendo de la reflexividad y de la imparcialidad cualidades que no dejan de ser puestas a prueba ante la vista del público. Se trata, pues, más de profundizar las condiciones de la legitimación propias de cada una de las dos esferas del*

populares”, muito menos intérprete do “sentimento social”. É fórum do princípio e conquista reflexivamente, por meio do respectivo exercício funcional, sua legitimidade, representando uma generalidade por multiplicação inclusiva (o povo-princípio), com toda a carga de responsabilidade e de importância para a democracia que caracteriza o exercício desse poder.

### **5.3 A Integridade do Direito como Representação Reflexiva do Povo-Princípio: o desintrincamento simbólico entre direito e poder**

#### **5.3.1 O Direito como Integridade no Contexto do Pensamento Político Pós-Fundacional**

Na abertura desta tese foi trazido um exemplo representativo de autora que, integrante da constelação teórica que forma o pensamento político pós-fundacional, também enxerga a democracia a partir da diferenciação simbólica entre os planos *da política e do político* (distinção claramente inspirada na diferença ontológica de Martin Heidegger). Refiro-me a Chantal Mouffe. Pensadora de matriz pós-fundacionalista, erige seu modelo democrático com forte influência lefortiana. Invocá-la neste momento servirá para introduzir a ideia dworkiniana de integridade do Direito no debate acerca da dimensão reflexiva da legitimidade democrática. Essa ligação ocorre porque Mouffe elabora forte crítica a uma considerável parte do ideário de Ronald Dworkin. O fato de a crítica partir de uma filósofa política cujo pensamento é influenciado por Lefort poderia eventualmente contraindicar a agregação do Direito como integridade à hipótese desta pesquisa. Pretendo defender precisamente o contrário, utilizando esse conceito dworkiniano para levar a efeito uma espécie de crítica parcial (limitada ao que interessa à presente hipótese) da crítica que faz Chantal Mouffe. O intuito não é (nem seria cabível no objeto deste trabalho) abordar em profundidade as abrangentes investidas mouffeanas, mas apenas, por meio dessa medida, justificar a ligação dos fios argumentativos deste estudo em torno, precisamente, do ideal de integridade do Direito.

Antes de tudo, é ilustrativo destacar que um autor importante para o

---

*universo democrático que de remediar las eventuales debilidades de legitimación de cada una mediante una confusión de registros”. Ibid., p. 204 e 225.*

desenvolvimento da crítica de Mouffe aos teóricos da democracia liberal (dentre os quais inclui Ronald Dworkin<sup>423</sup>) é Carl Schmitt. Ela acolhe duas conhecidas postulações schmittianas acerca do liberalismo. A primeira delas no sentido de que o indivíduo seria uma espécie de “medida de todas as coisas” no pensamento liberal, o que imporá à maioria dos adeptos dessa corrente a adoção de uma espécie de “individualismo metodológico”, o qual inviabilizaria a compreensão da natureza das identidades coletivas. A segunda postulação de Schmitt endossada por Mouffe é a de que, ao defender que todo consenso se baseia em atos de exclusão, o jurista alemão teria demonstrado o equívoco da crença racionalista liberal de que seria possível um consenso universal plenamente inclusivo, ao qual se chegaria por meio do exercício da razão.<sup>424</sup> Nesse quadro, Mouffe edifica sua teoria da democracia agonística como uma forma de “salvar” o liberalismo de seu caráter excessivamente individualista e negador do conflito. O desafio para ela é elaborar uma forma “verdadeiramente” política de liberalismo, na qual, sem deixar de postular a prioridade de direitos e princípios de liberdade individual, não haja o escamoteamento das dimensões do conflito, do antagonismo e da decisão.<sup>425</sup> A autora admite claramente que a democracia não pode sobreviver sem certas formas de consenso – formas essas sustentadas pela adesão aos valores ético-políticos que constituem seus princípios de legitimidade –, mas isso não pode ocorrer de modo a evitar que o conflito se

---

<sup>423</sup> Não interessa a esta pesquisa discutir o enquadramento de Dworkin como um teórico “liberal”, muito menos a definição do que seja o “liberalismo”, termo, aliás, opaco, que suscita exacerbadas controvérsias, como anota Rosanvallon: ROSANVALLON, Pierre. **O liberalismo econômico**: história da ideia de mercado. Trad. Antonio Penalves Rocha. Bauru: EDUSC, 2002. p. 7-8. Interessante notar que há discussão acerca do enquadramento ou não também de Lefort como um filósofo político liberal, como refere Ingram em texto específico sobre o problema: “*I want to suggest that the central elements of Lefort’s understanding of modern democracy – the empty place of power, the ineradicability of political alienation, the production and reproduction of the public space through conflict – lend themselves to two very different conceptions of the tasks and possibilities of democratic politics. On the one hand, we can regard political alienation as a necessary limit. The main danger to democracy would then be trespassing this limit, succumbing to the totalitarian temptation to fuse power and the social. This is the view of liberalism, which seeks to accommodate politics-as-conflict within a legal and institutional order that stabilizes it and keeps it within certain bounds. On the other hand, we can emphasize conflict and dissent as themselves constitutive of democracy, as necessary to maintain its openness. On this view, the main danger to democracy would be freezing or institutionalizing a particular arrangement of power. Politics-as-conflict is always necessary to renew politics-as-regime by challenging its limits. This is the view of radical democracy. These two possibilities coexist in Lefort’s conception of democracy, and for the most part he refuses to choose between them*”. INGRAM, James D. The politics of Claude Lefort’s political: between liberalism and radical democracy. **Thesis Eleven**, Londres n. 87, p. 33-50, 2006.

<sup>424</sup> MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 10-11. Vale conferir, especialmente, os capítulos 1.2 e 1.8 em: SCHMITT, Carl. **O conceito do político**: teoria do *Partisan*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

<sup>425</sup> MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político**: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Trad. Marco Aurelio Galmatini. Barcelona: Paidós, 1999. p. 13.

expresse.

O arranjo pensado pela filósofa belga rejeita qualquer acordo definitivo sobre princípios de justiça – posição que critica, atribuindo-a a John Rawls. Desse modo, aceita que um determinado consenso sobre os direitos do homem e os princípios de igualdade e liberdade seja necessário, não sendo, contudo, possível nem desejável prevenir confrontações acerca da melhor interpretação desses direitos e princípios. A ideia é a de que a disputa sobre os diferentes sentidos que possam ser atribuídos aos princípios democráticos e às instituições e práticas que os corporificam é o que constitui o “eixo central” do combate político entre adversários, no qual cada um reconhece a impossibilidade de que o processo agonístico chegue a um fim, pois isso equivaleria a alcançar uma solução definitiva e racional. Aqui Mouffe deixa transparecer uma importante influência advinda de Lefort, a ideia de “democracia como incerteza”. Também para ela, a incerteza é constitutiva da democracia, dada a inerradicabilidade do conflito que está na sua base, de maneira que enxergar as instituições da democracia liberal como resultado de uma racionalidade deliberativa pura equivale a reificá-las, fazendo-as algo avesso a transformações. Um liberalismo político ao estilo de Rawls manifesta, portanto, ainda de acordo com Chantal Mouffe, uma forte tendência à homogeneidade. Em vez de conduzir a uma sociedade pluralista, esse modelo deixaria pouco espaço para o dissenso e para a disputa na esfera política. Ao postular pela possibilidade de alcançar um consenso moral livre em torno de princípios políticos, por meio de procedimentos racionais adotados no âmbito das instituições, o liberalismo rawlsiano acabaria por negar o caráter histórico da democracia. E isso é precisamente o contrário da incerteza constitutiva do regime democrático moderno. A autora chega então a uma conclusão forte: no limite, a defesa racionalista do liberalismo, buscando fundamentos indisputáveis para definir o significado do universal, comete o mesmo erro que imputa ao totalitarismo, ou seja, o rechaço da incerteza democrática e a identificação do universal com um particular específico.<sup>426</sup>

Essas críticas, a partir do pensamento mouffeano, atingiriam Dworkin? Na ótica da autora, parece claramente que sim. Ela é explícita ao atribuir ao jusfilósofo estadunidense uma ideia de democracia liberal que, não rompendo com o racionalismo, só poderia entender o aspecto ético do político como aplicação de

---

<sup>426</sup> MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político**: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Trad. Marco Aurelio Galmatini. Barcelona: Paidós, 1999. p. 18-19 e 198-199.

princípios de uma moral universalista. Dessa forma, sob a capa de filosofia política, Dworkin estaria oferecendo nada mais do que “um fato de moral pública”, isto é, algo que pertence à filosofia moral e que, em tal condição, serviria muito pouco para pensar os princípios políticos de uma forma liberal de governo. A proposta de Ronald Dworkin não passaria, assim, de uma tentativa frustrada de afastar-se da ideia de neutralidade absoluta do Estado pela inserção de uma certa concepção de igualdade no coração do liberalismo.<sup>427</sup> Não é minha intenção invalidar totalmente essa crítica. Desde logo, porém, é preciso marcar a circunstância de ser ela muito centrada nas ideias defendidas em trabalhos mais antigos de Dworkin, notadamente naqueles coligidos no seu conhecido livro da década de 1970 intitulado *Taking Rights Seriously*.<sup>428</sup> E ainda que assim não fosse, o mais importante – e o que interessa de perto à hipótese desta pesquisa – é que o pensamento dworkiniano não é avesso à dimensão do político, como parece fazer crer Chantal Mouffe. A invocação da concepção de “fórum do princípio” por Rosanvallon é apenas um indício dessa circunstância.<sup>429</sup>

Vimos que de fato existe uma “certa concepção de igualdade” no coração da ideia de democracia em Dworkin. E não há – diversamente do que sustenta Mouffe – problema algum em reconhecê-lo. Aliás, a tal concepção de igualdade está no núcleo

---

<sup>427</sup> MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político**: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Trad. Marco Aurelio Galmatini. Barcelona: Paidós, 1999. p. 172-173.

<sup>428</sup> Há tradução brasileira da obra: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>429</sup> Esta passagem na qual discute sobre a liberdade religiosa e suas relações com a política parece deixar claro isso (na medida em que investe – como também em outros textos – contra o liberalismo de Rawls no aspecto criticado por Mouffe): “Newt Gingrich delcarou: ‘Devemos reafirmar que nossos direitos provêm de nosso Criador, e que uma América que tenha expulsado a Deus da arena pública é uma América em processo de decadência que caminha para a derrota’. Os norte-americanos que compartilham dessa opinião não podem separar tais convicções religiosas de seus princípios políticos. Suas convicções religiosas são princípios políticos. Não aceitam que a observância privada seja um substituto do compromisso religioso público; querem honrar a seu deus não apenas como celebrantes privados, mas também como cidadãos. Querem verter sua fé em seu patriotismo de modo que ambos os compromissos se fundam em um. [...] Ademais, não está nada claro que seja algo desejável para os crentes manter suas convicções separadas de sua política, ainda quando possam fazê-lo. Martin Luther King Jr. era um homem de fé, e recorreu a sua religião para condenar os preconceitos com uma grande efetividade; alguns curas católicos, falando na qualidade de curas, estão na vanguarda da luta por justiça social na América Latina e em outros lugares. Em qualquer caso, os liberais não lograram fazer com que os crentes deixem suas convicções religiosas quando assumem o papel de cidadãos. Esse papel requer sinceridade e autenticidade, o que é impossível para essas pessoas a menos que mantenham suas crenças religiosas em mente. O cisma em torno da religião na América do Norte mostra as limitações do projeto de liberalismo político de Rawls, de sua estratégia de isolar as convicções políticas das convicções morais, éticas e religiosas mais profundas. Devemos adotar uma estratégia diferente. Não temos de intentar excluir do debate político as convicções mais profundas das pessoas. Ao contrário, temos de nos esforçar para gerarmos no seio da sociedade civil um debate genuíno sobre ditas convicções profundas”. (tradução nossa). DWORKIN, Ronald. **La democracia posible**: principios para un nuevo debate político. Trad. Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2008. p. 88-89.

de sua concepção de dignidade humana, cuja observância, por sua vez, sustenta a possibilidade de debates genuínos em regimes democráticos. Em outras palavras, tratar a todos com igual consideração e respeito é a base sobre a qual será possível disputar o melhor significado de democracia. Essa concepção é igualmente encontrada em Rosanvallon, como já foi observado aqui. Para ele, a postulação por uma igualdade inclusiva é o que legitima a própria ideia de legitimidade democrático-reflexiva. Vale dizer: o povo-princípio é o equivalente geral de um projeto de inclusão de todos na sociedade. Mas não apenas em Rosanvallon, também em Lefort temos uma reivindicação de igualdade na base de sua enunciação do democrático, uma vez que o traço característico da democracia lefortiana é sua profunda vinculação (simbiótica mesmo) aos direitos fundamentais e a sua inerente indeterminação de sentido.<sup>430</sup> Essas premissas agora adiantadas indicam – como será visto em breve – que a ideia de democracia albergada por Mouffe não está tão distante daquela defendida por Dworkin.

Com efeito, inexistente no pensamento dworkiniano uma ideia de consenso tão forte como aquela rechaçada – com razão – pela filósofa política belga. Dworkin admite o conflito como constitutivo da sociedade e aceita, inclusive, a inevitabilidade dos desacordos sobre questões de justiça e de política. Ele se esforça, porém, para fornecer um compromisso valorativo mínimo para que as pessoas possam estabelecer um debate digno desse nome sobre quais princípios mais concretos devem ser

---

<sup>430</sup> Tal como lembra Poltier, o enfoque que dá Lefort à questão do Direito (e, fundamentalmente, à dos direitos fundamentais) é uma espécie de “prolongação de sua interpretação sobre a democracia. Enquanto forma de sociedade, a democracia compreende ao mesmo tempo uma ordem política determinada e princípios que regem a maneira pela qual, no espaço democrático, os indivíduos se relacionam entre si. Um desses princípios é o da igualdade política. O Direito é um momento de formalização do espaço democrático. Ou, para sermos mais precisos, digamos que esse último [o espaço democrático] se põe em ação através da definição de princípios chamados a regular a coexistência humana, dentre os quais se encontram, sobretudo, os de igualdade de direitos, da liberdade de pensamento, de expressão, de reunião, de manifestação etc. A sociedade democrática advém em favor da constituição de um espaço público regido por regras, e dentre estas as mais fundamentais não são outras que não os 'direitos do homem'. [...] O espaço público democrático é, pois, inseparável dos direitos do homem, da mesma maneira que os direitos do homem não podem desenvolver-se senão na democracia. De maneira que toda apelação aos direitos do homem é, de fato, necessariamente uma apelação à democracia e assim reciprocamente. Os direitos do homem definem a forma legítima que devem adotar as relações humanas e essa forma tem, intrinsecamente, um alcance político”. Poltier ainda ressalta, ao examinar a função que cumpriria ao Poder Judiciário no modelo democrático lefortiano, que a justiça (como instituição) só pode funcionar como “guardiã da democracia” desde que “se a entenda como um espaço de regras regido pelo princípio da igualdade de todos perante a lei”. Também em Lefort, portanto, há *uma certa concepção de igualdade no coração do Estado*. (tradução nossa). POLTIER, Hugues. **Claude Lefort**: el descubrimiento de lo político. Trad. Heber Cardoso. Buenos Aires: Nueva Visión, 2005. p. 80-81 e 87.

respeitados e fomentados pelo Estado, bem assim sobre quais as suas melhores interpretações. É importante, a propósito, estabelecer aqui o que o autor entende por “debate”. Ele utiliza esse termo para designar a atividade na qual se engajam indivíduos que compartilhem uma base comum integrada por certos princípios políticos muito básicos, visando a defender que políticas e ações concretas refletiriam melhor esses princípios compartilhados. É um exercício eminentemente interpretativo. E o autor é claro, outrossim, ao tomar partido acerca de qual seria esse – aqui designado – *compromisso valorativo mínimo* que forneceria o solo a partir do qual as diversas interpretações dos princípios político-jurídicos (ou, adotando a expressão lefortiana, dos “princípios geradores da democracia”) disputarão: trata-se da adesão a uma acepção geral do princípio da dignidade da pessoa humana. Na visão de Dworkin, essa ideia ampla de dignidade que sustenta uma adequada convivência plural nas democracias modernas a subdivide em dois subprincípios. São – ambos – padrões muito abstratos, de estilo filosófico, sobre o valor e as responsabilidades centrais da vida humana. A tentativa do jusfilósofo americano é de demonstrar o quão profundos e suficientemente básicos são esses princípios de dignidade, como para possibilitar que tanto uma atitude liberal como uma conservadora possam ramificar a partir deles, forjando, respectivamente, princípios políticos disputáveis argumentativamente.<sup>431</sup>

O primeiro princípio decorrente da dignidade humana é o que Dworkin denomina de “princípio do valor intrínseco”, de acordo com o qual toda vida humana tem um tipo especial de valor objetivo. Diz ser uma questão de “valor objetivo”, e não meramente subjetivo, porque defende que o fato uma vida humana ter êxito ou fracassar não é importante apenas para a pessoa de cuja vida se trata. O êxito ou fracasso de qualquer vida humana é algo importante em si mesmo, algo que todos temos razões para requerer ou lamentar. O autor ressalta que, como contraponto a seu argumento, seria possível adotar uma posição filosoficamente cética sobre esse assunto, mas mesmo um cético dificilmente deixaria de supor que existe – pelo menos para ele – melhores ou piores maneiras de se viver. A maioria de nós certamente defenderia que aqueles que não se preocupam sequer minimamente com a forma pela qual devem viver suas vidas – apenas esperando que o tempo passe até sua morte – padeceriam de um defeito fundamental: careceriam de dignidade. O ponto de Dworkin então é que, uma vez aceito que a vida humana tem valor intrínseco, deve

---

<sup>431</sup> DWORKIN, Ronald. **La democracia posible**: principios para un nuevo debate político. Trad. Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2008. p. 19-22.



importar para os indivíduos quando suas ações demonstram menosprezo pela vida alheia.<sup>432</sup> Agora, saber *quando* alguém age com esse menosprezo pela vida dos outros é uma questão fundamentalmente interpretativa e que seguramente dividirá pessoas e culturas bem-intencionadas.

O outro princípio de dignidade descrito pelo autor é o que chama de “princípio da responsabilidade pessoal”. O mandamento que veicula é no sentido de que cada pessoa tem uma responsabilidade especial pela consecução dos objetivos de sua própria vida, uma responsabilidade que inclui o emprego de seu juízo para estimar que tipo de vida seria para ele uma vida valiosa. Disso decorre o direito do indivíduo de não aceitar que outra pessoa lhe imponha tais valores, submetendo-o a uma concepção de êxito que, a não ser por coerção, não teria escolhido. Mas é claro que esse princípio não alcança – e não pode alcançar – todas as decisões que tomamos nas nossas vidas, ainda que visando a torná-las mais plenas para nós. Dworkin, então, oferece alguns exemplos para ilustrar essa situação: tenho a responsabilidade de decidir por minha conta sobre religião, matrimônio e profissão, mas não posso decidir apenas por mim mesmo que propriedades são minhas, se posso provocar danos físicos em outra pessoa ou encarcerá-la ou mesmo – para referir algo mais prosaico – se uso ou não o cinto de segurança ao dirigir. O Estado toma por nós essas últimas decisões, forçando-nos legitimamente a obedecer. A diferença entre esses tipos de decisão reflete, em Dworkin, a distinção entre ética e moralidade. Nossas convicções éticas definiriam o que devemos considerar como uma vida boa para nós; os princípios morais definiriam nossas obrigações e responsabilidades em face de outros indivíduos.<sup>433</sup> Mais uma vez, a delimitação do campo em que se insere cada qual de nossas decisões é tarefa sujeita a interpretação e argumentação, dado que estamos diante de conceitos interpretativos.

Como já observado, essa fórmula dworkiniana sobre o conteúdo da dignidade humana aparece também, ao longo de sua vasta literatura, na roupagem de um *standard* – ainda mais abstrato – que ele denomina de “princípio da igual consideração e respeito” (*equal respect and concern*). Essa maneira de enfatizar o conteúdo da dignidade humana põe mais ênfase na sua reivindicação de igualdade, reivindicação essa que não deixa de estar por trás dos dois princípios de dignidade descritos – dar

---

<sup>432</sup> DWORKIN, Ronald. **La democracia posible**: principios para un nuevo debate político. Trad. Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2008. p. 24-33.

<sup>433</sup> *Ibid.*, p. 25 e 33-37.

à vida de todas as pessoas o mesmo valor e respeitar de forma igual as decisões de todos. Dworkin também utiliza a fórmula *equal respect and concern* como fundamento para que as pessoas possam se engajar em um autêntico debate sobre o que requer a democracia. Há – parece não haver dúvidas – um paralelismo funcional e valorativo nas duas grandes fórmulas gerais pelas quais o autor apresenta a dignidade humana enquanto base para a produção dos princípios político-jurídicos mais concretos.

A concepção de democracia em Ronald Dworkin, a par de também representar uma determinada “forma de sociedade” (e não apenas “de governo”), reivindica, como é possível perceber, um viés reflexivo para a legitimidade democrática. Embora não menospreze (e isso ficará mais claro quando trazida a ideia de “integridade inclusiva” do Direito) a dimensão eleitoral-majoritária, o autogoverno, para essa concepção, não pode ser reduzido ao governo de uma maioria que exerce autoridade sobre todos. Dworkin chama a concepção que defende de “coparticipativa”. É preciso, contudo, esclarecer que essa ideia de “coparticipação” não é, em hipótese alguma, avessa ao desacordo ou à divisão quanto ao conteúdo das decisões a serem tomadas em nome do povo. A unanimidade é algo, senão inalcançável, pelo menos muito raro em comunidades políticas de qualquer tamanho. Mas, ainda assim, a democracia pode ser tratada como um empreendimento coparticipativo em torno de um ideário geral, desde que os respectivos membros aceitem que, na política, devem agir com *igual consideração e respeito* uns pelos outros, tornando função do Estado a garantia dessa condição.<sup>434</sup> A concepção dworkiniana liga, portanto, a democracia a restrições

---

<sup>434</sup> A qual se desdobra em condições democráticas mais específicas: “participação”, “reciprocidade” e “independência”, todas reconduzíveis, no entanto, ao ideal maior de “igual consideração e respeito”. Para a descrição das condições democráticas, vide: DWORKIN, Ronald. *Equality, democracy and Constitution: we the people in Court*. **Alberta Law Review**, [S.l.], v. 28. n. 2, p. 337-342, 1990. Nesse artigo, Dworkin deixa claro que seu modelo de democracia coparticipativa não requer nenhuma prioridade ontológica da comunidade sobre os indivíduos, mas apenas “um certo tipo de atitudes compartilhadas” (*a certain kind of shared attitudes*) entre estes. Ele acredita em uma ação coletiva integrada, mas rejeita qualquer tipo de integração que possa eventualmente redundar em uma exigência de “unidade de julgamento” para as pessoas. Se assim fosse, a incerteza democrática estaria “resolvida” ao preço de um regime totalitário (ou, como diz no exemplo, de um “despotismo teocrático”): “[...] No caso da ação coletiva integrada, enquanto as atitudes compartilhadas dos participantes criam uma unidade coletiva de responsabilidade, elas não criam uma unidade coletiva de julgamento: a unidade de julgamento permanece completamente individual. No caso de uma ação monolítica [a qual enfaticamente rejeita], ao contrário, tanto a unidade de responsabilidade como a unidade de julgamento tornam-se, ambas, coletivas. Novamente, é uma questão de atitudes compartilhadas. Compare uma boa orquestra com um despotismo teocrático. Na primeira, espera-se que os músicos mantenham e desenvolvam seu próprio senso de êxito musical: o orgulho acerca do quanto realizado pela orquestra é baseado em seu próprio, individual e autoconsciente julgamento sobre o mérito musical. Em um despotismo teocrático, por outro lado, qualquer um que pretendesse uma plataforma independente de convicções seria tratado como revolucionário, mesmo que suas convicções independentes eventualmente apoiassem uma teocracia. Uma comunidade

substantivas de legitimidade, daí sua dimensão reflexiva. “Uma vez que a legitimidade é uma questão de grau, a democracia, segundo essa concepção, também o é”.<sup>435</sup> As circunstâncias de cada situação concreta deverão indicar a forma e os meios necessários para a consecução desse abstrato ideal, guiando o necessário exercício interpretativo. A abstratividade do ideal – vale reforçar – não é algo a ser lamentado. Bem ao invés disso, é condição de possibilidade para que haja uma base comum sobre a qual possamos sustentar um debate genuíno – e de amplo alcance – a respeito do que nos divide

---

desse tipo julga a si própria [há nítidas semelhanças com o fenômeno totalitário sob as lentes de Lefort]. [...] O princípio da independência [uma das condições democráticas, ao lado da “participação” e “reciprocidade”, derivadas da “igual consideração e respeito”] insiste em que um governo democrático não possa ditar o que seus cidadãos pensam sobre assuntos de política, moral ou ética, mas postula que deve prover circunstâncias [como o direito fundamental à liberdade de expressão] que os encorajem a chegar a crenças sobre esses assuntos por meio de suas próprias e refletidas convicções”. (tradução nossa). (DWORKIN, Ronald. *Equality, democracy and Constitution: we the people in Court*. **Alberta Law Review**, [S.l.], v. 28. n. 2, p. 335-336 e 340, 1990). Em Dworkin, portanto, a democracia também é um teatro inexoravelmente aberto a contestações sobre o critério do legítimo, bem assim indissociável dos direitos fundamentais.

<sup>435</sup> É por isso que o autor vai argumentar que “o controle de constitucionalidade é uma estratégia possível (e, sublinho, apenas uma entre outras) para aperfeiçoar a legitimidade do governo – protegendo a independência ética de uma minoria, por exemplo – e, assim, assegurar o direito moral da maioria de impor sua vontade em outros assuntos.” Sua ideia aí é a de que o arranjo constitucional que cria “diferença de impacto” (pelo maior poder atribuído aos juízes em algumas questões) deve possibilitar, com toda a plausibilidade, o aperfeiçoamento da legitimidade do regime. E isso confirma – também em seu pensamento – a caracterização da legitimidade por reflexividade como uma “qualidade” (que deve ser provada ao longo do exercício das funções da autoridade que por ela se legitima) e não um mero “estatuto”. Vejamos: “[...] O controle judicial de constitucionalidade talvez seja menos necessário em países onde uma maioria estável tem o costume histórico de proteger a legitimidade do governo, identificando e respeitando corretamente os direitos dos indivíduos e das minorias. Infelizmente, a história revela poucos países desse tipo, mesmo entre as democracias consolidadas. As recentes reações tanto dos Estados Unidos quanto do Reino Unido às ameaças terroristas mostram o quanto essas duas culturas políticas bastante diferentes foram capazes de perder sua coragem e sua honra nessa situação. Nada pode nos garantir de antemão que o controle judicial de constitucionalidade vai ou não vai tornar mais legítima e democrática uma comunidade majoritária. Podem-se imaginar outras estratégias de supervisão e correção da política majoritária, estratégias que talvez sejam superiores. Talvez a Câmara Superior do Parlamento britânico pudesse ser reformada, por exemplo: seus membros seriam eleitos (sem títulos nem vestimentas cômicas) para um único mandato prolongado, sendo inelegíveis os ex-membros da Câmara dos Comuns. Esse órgão gozaria de muito mais apoio popular do que a instituição atual, mas ainda estaria suficientemente isolado da política partidária para poder receber o encargo de declarar nulas as leis que considerasse contrárias à Lei de Direitos Humanos. Podem-se imaginar mudanças muito menos radicais que talvez melhorem o desempenho dos órgãos e tribunais constitucionais já existentes: num outro livro, por exemplo, recomendei que os juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos tenham um mandato prolongado, mas limitado. A história não é capaz de decidir a grande questão de saber se o controle judicial de constitucionalidade poderá ou não aperfeiçoar a legitimidade democrática no futuro. Mesmo assim, a história é importante. Estou negando algo que é afirmado por muitos juristas e cientistas políticos: que o controle judicial de constitucionalidade é sempre um defeito da democracia. Mas disso não decorre que essa instituição já tenha efetivamente beneficiado algum país democrático. A questão de saber se a Suprema Corte dos Estados Unidos de fato aperfeiçoou a democracia nesse país depende de um juízo que você talvez faça de um jeito e eu, de outro. [...]”. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 587-589 e 609-611.

enquanto membros de um regime democrático.<sup>436</sup>

Isso tudo ilustra o fato de que em Dworkin a própria democracia (assim como o Direito e a legitimidade) é, como costuma referir, um “conceito interpretativo”.<sup>437</sup> A disputa pelos melhores argumentos justificatórios para si é permanente. Daí sua inerente incerteza. No interior, pois, do pensamento dworkiniano, a discussão acerca das relações entre democracia e constitucionalismo tem um problema maior do que simplesmente saber o que a Constituição diz ou como deve ser interpretada. O que de fato está em jogo é o que a democracia efetivamente é.<sup>438</sup> Por isso, o autor rejeita o que chama dos muitos “slogans” que comumente envolvem essa discussão, tais como: “somente a democracia garante a dignidade”; “temos de ter um governo do povo, pelo povo e para o povo”; “o povo governa a si mesmo”; “cada cidadão deve ter uma participação igual e significativa”; “cada pessoa deve ter direito a um voto” etc. Não haveria outro modo, portanto, para decidir entre as concepções rivais que pretendem explicar a democracia a não ser localizando aquele princípio ou conjunto de princípios que a traduzam em sua melhor luz.<sup>439</sup> Uma aproximação com Lefort – e com a própria Mouffe – é possível nesse ponto. Diríamos que Dworkin busca o “ser” da democracia no plano (ontológico) do político, no qual estão localizados o que o filósofo político francês chama de “princípios geradores das relações que os homens

---

<sup>436</sup> DWORKIN, Ronald. **La democracia posible**: principios para un nuevo debate político. Trad. Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2008. p. 24.

<sup>437</sup> Para entender a amplitude dessa ideia de conceito interpretativo e do próprio Direito como prática interpretativa, é possível indicar grande parte da produção bibliográfica de Dworkin e de seus comentadores. Ficam aqui, a título de recomendação inicial, as seguintes obras: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007; DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010; DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014; GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010; MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**. Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013; MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017.

<sup>438</sup> DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and Constitution: we the people in Court. **Alberta Law Review**, [S.l.], v. 28. n. 2, , p. 329, 1990. Nesse sentido, estariam equivocados aqueles que partem do pressuposto de que as restrições que a Constituição impõe aos processos políticos majoritários são antidemocráticas. Com efeito, o ambiente em que se coloca esse pensamento é o debate acadêmico sobre o quanto a democracia resta comprometida para que outros princípios, dentre os quais aqueles que positivam direitos fundamentais, sejam protegidos. Um dos lados se declara defensor da democracia; o outro se considera mais sensível às injustiças que a democracia pode produzir. Dworkin entende que esse debate constitucional deve ser visto sob um enfoque completamente diferente: “não como um debate acerca do grau em que a democracia deve curvar-se perante outros valores, mas sim acerca do que a democracia realmente é”. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 23.

<sup>439</sup> DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 579 e 584-585.

mantêm entre si e com o mundo”, os quais, dando forma à sociedade, representam “um conjunto de normas implícitas comandando a noção do que é justo e injusto, bem e mal, desejável e indesejável, nobre e vil”.<sup>440</sup>

Em suma, a estrutura do raciocínio dworkiniano consiste em prover uma base valorativa muito abstrata e geral para que as pessoas possam sustentar um debate sobre o conteúdo dos princípios político-jurídicos em uma democracia. O interessante é que a ideia de conflito entre interpretações perpassa toda essa estrutura teórica. Vale dizer: esses princípios sobremaneira básicos de dignidade humana (traduzíveis pelo mandamento do *equal respect and concern*) necessariamente terão suas concretizações disputadas.<sup>441</sup> E nesse aspecto fundamental seu raciocínio vai ao encontro precisamente do que defende Chantal Mouffe. Dentre várias outras passagens em que reforça a ideia, ela argumenta que “Schmitt tem razão quando afirma que sem homogeneidade não pode haver democracia. Tudo depende da maneira na qual se conceba a homogeneidade”. Com efeito, segundo Mouffe, o que faz questionável e potencialmente totalitária a concepção schmittiana de democracia é o fato de acreditar em uma natureza essencial dessa homogeneidade, o que não deixaria espaço para o pluralismo. Daí sua postulação no sentido de ser possível “interpretar que o que constitui a homogeneidade é o acordo em torno de uma certa

---

<sup>440</sup> LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 10-11

<sup>441</sup> “Algumas pessoas criticam às vezes os liberais por pensarem que os seres humanos se comportam como átomos independentes que decidem as questões que têm a ver com o valor partindo exclusivamente de seus recursos intelectuais internos. Naturalmente, esta é uma crença absurda e, que eu saiba, nenhum filósofo competente, liberal ou não, a defende. A cultura é ineludível; poucas pessoas, ademais, desejam livrar-se dela. [...] Espero haver conseguido que, pelo menos, o leitor agora sinta a tentação de aceitar que o conjunto dos norte-americanos de todo o espectro político, com relativamente poucas exceções, reconheceria que compartilha da concepção de dignidade humana descrita. Não obstante, este reconhecimento é possível apenas porque existem diferentes interpretações disponíveis acerca de que políticas e que mais princípios políticos são dedutíveis dos princípios que definem dita concepção. É muito provável que a gente discrepe, por exemplo, sobre que implicações têm a respeito dos tipos impositivos o princípio que afirma a igual importância intrínseca da vida de todas as pessoas. [...] É muito provável que discrepemos sobre que implicações tem em relação ao aborto e ao matrimônio homossexual o princípio de que as pessoas possuem uma responsabilidade especial sobre suas próprias vidas. [...] De um modo mais geral, aqueles que se inscrevem na cultura vermelha [o autor está se referindo aos apoiadores do Partido Republicano estadunidense] provavelmente se sentirão movidos a respostas mais restritivas que aqueles de cultura azul [simpatizantes do Partido Democrata] a questões acerca de que ações mostram desprezo pelo valor da vida de outras pessoas, e também acerca de que decisões devem ser deixadas a cargo da consciência individual quando em questão a concepção correta da responsabilidade pessoal. Não pretendo dizer que as controvérsias políticas particulares que discuto neste livro são as únicas que podem ser corretamente entendidas como desacordos em torno da melhor interpretação dos dois princípios. Escolhi discutir aqueles desacordos que hoje parecem mais importantes, divisórios e insuperáveis, mas poderia haver selecionado outros.”  
 DWORKIN, Ronald. **La democracia posible**: principios para un nuevo debate político. Trad. Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2008. p. 34 e 37-38.

quantidade de princípios políticos. A identificação com esses princípios é o que subministraria a substância comum que a cidadania democrática requer”. Esses princípios seriam, fundamentalmente, a liberdade e a igualdade, os quais podem “dar origem a múltiplas interpretações”. Haverá, pois, disputa em torno de seu sentido na sociedade e, para dar conta disso, será “essencial estabelecer certo número de mecanismos e de procedimentos para tomar as decisões e para determinar a vontade do Estado no marco de um debate sobre a interpretação desses princípios”.<sup>442</sup> Ora, essa é justamente a ineliminável natureza interpretativa dos princípios geradores da democracia que sustenta Dworkin. O estabelecimento de seu sentido só poderá garantir uma estabilização semântica provisória ou, novamente com Mouffe, “uma fixação temporal do significado da igualdade e da liberdade”, porquanto é característica fundamental da “democracia moderna impedir uma fixação final da ordem social e a possibilidade de um discurso que estabeleça uma sutura definitiva”.<sup>443</sup> É na balança entre “unidade” e “pluralidade” ou entre “identidade” e “conflito” ou, ainda, entre “integridade” e “desacordo” que o regime democrático florescerá. Tanto em Mouffe como em Dworkin.<sup>444</sup> O pensamento de ambos não

---

<sup>442</sup> MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político político**: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Trad. Marco Aurelio Galmatini. Barcelona: Paidós, 1999. p. 176-177. Em sentido idêntico ou semelhante, há diversos trechos de sua obra, como, por exemplo, os contidos nas páginas 16-17, 18-19, 24, 54-55, 56-57, 59, 73-74, 94, 96, 99-100, 104-105, 120-122, 139-141, 146-147, 152-153, 181, 199 e 203 a 206). Destes, vale destacar literalmente os seguintes, porque muito elucidativos da compreensão mouffeana do democrático (p. 16-17 e 199): “*Una vez que hemos distinguido de esta manera entre antagonismo (relación com el enemigo) y agonismo (relación com el adversario), podemos comprender porqué el enfrentamiento agonal, lejos de representar un peligro para la democracia, es en realidad su condición misma de existencia. Por cierto que la democracia no puede sobrevivir sin ciertas formas de consenso – que han de apoyarse en la adhesión a los valores ético-políticos que constituyen sus principios de legitimidad y en las instituciones em que se inscriben –, pero también debe permitir que el conflicto se exprese, y eso requiere la constitución de identidades colectivas en torno a posiciones bien diferenciadas. [...] La política democrática moderna, asociada a la declaración de los derechos humanos, implica efectivamente una referencia a la universalidad. Sin embargo, esta universalidad es concebida como un horizonte que nunca puede ser alcanzado. Toda pretensión de ocupar el lugar de lo universal, de fijar su significado final através de la racionalidad, debe ser rechazada. El contenido de lo universal debe permanecer indeterminado, dado que esta indeterminación es la condición de existencia de la política democrática. No percibiremos la especificidad del pluralismo democrático moderno mientras sea concebido como el hecho empírico de una multiplicidade de concepciones Morales del bien. Debe ser entendido como la expresión de una mutación simbólica en el ordenamiento de las relaciones sociales: la revolución democrática es concebida en términos de Claude Lefort como ‘la disolución de las señales de la certidumbre’. En una sociedad democrática moderna puede no existir ya una unidad sustantiva, y la división debe ser reconocida como constitutiva. Es ‘una sociedad em la cual el poder, la ley y el saber están expuestos a una indeterminación radical, una sociedad que se ha convertido en el teatro de una aventura incontrolable’*”.

<sup>443</sup> MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político político**: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Trad. Marco Aurelio Galmatini. Barcelona: Paidós, 1999. p. 78-81 e 158-159.

<sup>444</sup> E também, como visto, em Lefort e Rosanvallon.

representa, portanto, posições tão antitéticas assim (diversamente do que pensa a autora). E é esse ponto convergente que permite reivindicar *o Direito como integridade* como um bom modo de prover a dimensão de reflexividade tão necessária para a legitimidade do poder em uma democracia.

Com efeito, a *integridade dworkiniana* visa a atingir simultaneamente dois propósitos: moldar a atitude do decisor, de maneira a excluir o recurso à discricionariedade, e propor uma forma de legitimar a decisão judicial. Dito de outra forma, é uma proposta teórica que pretende legitimar as deliberações do Poder Judiciário criando as condições para impedir a discricionariedade (forte) do intérprete.<sup>445</sup> Esses objetivos cooperam entre si com o intuito de evitar que – dialogando com Lefort – o poder não resulte intrincado ao Direito. É dizer: a fim de que este (o Direito) não se torne apenas o que a autoridade diz que ele é (ou seja, resulte do arbítrio) e, por conseguinte, aquele (o poder) não venha a degenerar-se em pura força, deixando de cumprir sua função de dar identidade ao social.<sup>446</sup> É nesse sentido que Dworkin pretende que a integridade justifique a coerção do Estado.<sup>447</sup> Mas não nos esqueçamos de que a legitimidade é uma questão de grau. É a procura incessante (pois sempre passível de ser aperfeiçoada) por conquistar legitimidade reflexiva, representando adequadamente o povo princípio, que fundamenta democraticamente o exercício da autoridade das cortes constitucionais. Algumas

---

<sup>445</sup> MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; FERRI, Caroline. O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípio: a contribuição de Ronald Dworkin. **Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ**, Itajaí, v. 11, n. 2, p. 265-289, jul./dez. 2006.

<sup>446</sup> O arbítrio do poder é avesso aos ideais democráticos. Vale lembrar o alerta de Bernard Flynn, interpretando o pensamento de Claude Lefort: “[...] *lo que produce la erosión de la legitimidad es, ante todo, la incapacidad de ver que las normas no pueden degradarse a intereses y que el juicio político no debe ser el ejercicio de una voluntad arbitraria ni debe percibirse como tal*”. FLYNN, Bernard. **Lefort y lo político**. Trad. Gabriel Merlino. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. p. 274-275.

<sup>447</sup> “Acredito que qualquer formulação adequada do conceito aspiracional – dos valores de legalidade e do Estado de Direito – deva ceder amplo espaço ao ideal de integridade política [utilizado no mesmo sentido de integridade do Direito], isto é, ao princípio de que o Estado deve tentar, na medida do possível, governar por meio de um conjunto coerente de princípios políticos cujos benefícios se estenderão a todos os cidadãos. Em minha opinião, reconhecer essas dimensões e lutar por elas é essencial à legitimação do poder coercitivo do Estado”. (DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 21). Assim também a interpretação de Thomas Bustamante: “A indagação sobre a integridade, por conseguinte, não é só uma questão de saber se uma determinada proposição jurídica se adequa (*fit*) à prática jurídica, mas também, na mesma medida, se essa proposição encontra razões para se justificar e se as sanções que ela estabelece para os cidadãos dissidentes podem ser legitimamente empregadas. A determinação do conteúdo do direito não é meramente a identificação do sentido de um pronunciamento dotado de autoridade, pois envolve também um juízo moral sobre a obrigatoriedade desses pronunciamentos. Uma teoria do direito deve ser, portanto, também uma teoria da legitimidade do poder político coercitivo do Estado”. BUSTAMANTE, Thomas. A integridade e os fundamentos da comunidade política: uma análise da noção de integridade em Ronald Dworkin. In: BUSTAMANTE, Thomas. **Em defesa da legalidade: temas de direito constitucional e filosofia política**. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 164.

considerações adicionais sobre a ideia-força da integridade são necessárias para apresentar o papel que a hipótese desta pesquisa lhe atribui (modo adequado de exteriorização da legitimidade por reflexividade dos tribunais constitucionais). Passo, portanto, a desenvolvê-las.<sup>448</sup>

### 5.3.2 A Representação Reflexiva do Povo-Princípio pela Integridade (Inclusiva) do Direito: a autonomia do elemento jurídico em face do poder como condição democrática

O Direito como integridade, concebido como uma opção a duas teorias sobre o conceito e a função do jurídico (que não deixam de ser também teorias políticas sobre a legitimação do poder),<sup>449</sup> é entendido como um princípio autônomo, que deve ser levado em consideração pelo intérprete quando aprecie qualquer controvérsia judicial

---

<sup>448</sup> Não descreverei detalhadamente, porque não interessa a esta tese, o conceito dworkiniano de integridade do Direito. As breves considerações que se seguirão compõem algumas partes relevantes de uma discussão mais completa feita em trabalho anterior sobre o tema da discricionariedade na decisão judicial (BRUM, Guilherme Valle. **Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014). No presente trabalho, a ideia é apresentar aspectos que servirão para esclarecer seu modo de funcionamento e que, por conseguinte, sejam suficientes para defender sua utilização como modelo de representação argumentativa do povo princípio. Muito embora esse conceito perpassa por boa parte da produção literária de Dworkin, para um maior detalhamento de seu conteúdo, além da obra em que foi cunhado (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007), é possível citar estes dois trabalhos: DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010; DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

<sup>449</sup> São o “convencionalismo” e o “pragmatismo”. O convencionalismo, como o entende Dworkin, sustenta que a prática jurídica é apenas uma questão de respeitar e aplicar convenções sobre quais instituições deveriam ter o poder de elaborar leis. No entanto, por evidente, o Direito por convenção nunca é completo. As leis do país sempre terão um espectro de relações sociais que não alcançarão, pelo menos não pelo seu significado *prima facie*. Assim, os convencionalistas entendem que, nos casos não abrangidos pelas convenções, os juízes devem decidir da melhor maneira possível, mas as partes não terão direito algum de obter ganho de causa em virtude de decisões coletivas do passado. Isso demonstra que a discricionariedade atribuída pelo convencionalismo ao juiz é forte, de modo que ele deve decidir os casos não abrangidos por convenções precedentes encontrando outro tipo de justificativa além da garantia do direito e de qualquer exigência de consistência com as decisões tomadas no passado, que poderiam eventualmente pautar sua ação futura. Vide: DWORKIN, op. cit., 2007. p. 141-183. Já o pragmatismo, também na visão dworkiniana, aposta – da mesma forma – em uma ampla discricionariedade judicial, mas em outro sentido. Adota uma concepção cética do Direito, negando que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso do poder coercitivo do Estado. O pragmatista, portanto, encontra a justificativa para a coerção estatal em alguma virtude política – justiça, eficiência etc. – que a decisão judicial estaria a promover. Todavia é certo que os juízes irão divergir sistematicamente sobre qual dessas virtudes é a melhor. Divergirão também sobre o que entendem, exemplificativamente, por justiça ou por equidade. Para o pragmatismo, isso não é um problema. Muito antes pelo contrário, essa teoria estimula os magistrados a assim decidirem, libertando-os de um passado aprisionador, na suposição de que essa prática tornaria a comunidade melhor. Vide: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 185-212.



(com especial ênfase, contudo, aos *hard cases* de jurisdição constitucional). Ao lado desse princípio, há outros três a lhe ombrear: equidade, justiça e devido processo legal adjetivo. Para Dworkin,<sup>450</sup> a equidade é uma questão de encontrar os procedimentos políticos que distribuem o poder de maneira adequada, isto é, os métodos para eleição dos representantes do povo (como o eleitoral-majoritário); a justiça, uma preocupação com o conteúdo moral das decisões tomadas pelas instituições políticas, tenham ou não sido escolhidas com equidade; e o devido processo legal adjetivo, um procedimento correto para julgamento dos cidadãos que supostamente hajam descumprido as leis estabelecidas pelas instituições representativas. A integridade, então, é uma virtude fundamental, situando-se no mesmo patamar dessas três outras, e consiste na exigência de que o Estado – ou mesmo a comunidade considerada como um agente moral – aja segundo um conjunto único e coerente de princípios, mesmo quando seus cidadãos estejam divididos quanto à exata natureza dos princípios de justiça e equidade. Dworkin a separa em dois outros princípios: o da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito que o mantenham coerente quanto aos princípios, e o da integridade no julgamento, que pede aos responsáveis por decidir sobre os sentidos da lei que a vejam e a façam cumprir com essa mesma coerência.

Desse modo, se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas oriundas de decisões políticas do passado, mas também – e principalmente – por outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, o conjunto de normas públicas pode expandir-se e contrair-se organicamente, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência em cada um dos possíveis pontos de conflito. Isso nada mais é do que a aceitação do sentido simbólico do Direito moderno que, conforme visto com Lefort, extrapola o enunciado da lei positiva. Caso contrário, se entendêssemos a legislação apenas como uma questão de soluções negociadas para problemas específicos, sem um compromisso subjacente com alguma concepção pública de justiça, seríamos forçados a estabelecer uma distinção entre dois tipos de problemas jurídicos: os que se resolveriam pela aplicação de alguma decisão política do passado e os que não seriam resolvidos por padrão institucional algum, ficando a solução dependente do exercício arbitrário do poder. A integridade, diversamente, sustenta que, mesmo nos

---

<sup>450</sup> Ibid., p. 200-203.

casos de conflitos de interesses não regidos por uma regra de direito clara, ainda assim é possível fazermos exigências e aceitarmos reivindicações alheias com base nos princípios.<sup>451</sup> Em uma palavra: não há discricionariedade, pelo menos não no sentido preconizado pelo convencionalismo e pelo pragmatismo.<sup>452</sup>

O Direito como integridade aposta, portanto, na natureza interpretativa desse saber. Aposta em que os juízes, os legisladores e mesmo os cidadãos devam tentar enxergar a solução de problemas jurídicos segundo o que compreendem ser a sua melhor luz. Haverá, por evidente, divergências entre as pessoas ao se debruçarem nessa tarefa, principalmente nos chamados casos difíceis, em que não se encontram soluções *prima facie*, mas a atitude hermenêutica de buscar a integridade é certamente uma forma de cercar o intérprete de parâmetros interpretativos que permitam respeitar a autonomia do Direito (de modo que ele não se confunda com o mero juízo discricionário de seu enunciador), tais como a história e os precedentes. O material jurídico com que vai trabalhar deve ser observado como um todo – tanto quanto possível – coerente, descartando-se as interpretações que não se ajustam ao objetivo de tornar a comunidade de princípios mais justa, mais inclusiva. É uma verdadeira construção, o mais complexa e rica possível.<sup>453</sup> Há, pois, uma espécie de

<sup>451</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 229-230.

<sup>452</sup> O seguinte trecho do texto de Dworkin é ilustrativo dessa afirmação: “O direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito. Teorias gerais do direito são, para nós, interpretações gerais da nossa própria prática judicial. Rejeitamos o convencionalismo, que considera a melhor interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais especiais, e o pragmatismo, que a encontra na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente uns com os outros. Ressalto a terceira concepção, do direito como integridade, que compreende a doutrina e a jurisdição. Faz com que o conteúdo do direito não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar” *Ibid.*, p. 488-489.

<sup>453</sup> Como alerta Calsamiglia: “[...] *El principio de igualdad formal supone el tratamiento igual de lo que es igual y desigual de lo que es desigual. Este constituye el concepto de igualdad. Sin embargo, este concepto común a todas las concepciones de la igualdad no sirve para dirigir la conducta humana, pues existen diversas concepciones que determinan lo que es igual y lo que es desigual. Por ejemplo, en nuestras sociedades se utiliza el criterio del mérito, el del resultado y el de las necesidades, entre otros. Cada uno de esos criterios especifica el concepto formal de igualdad y produce resultados distintos en su aplicación. El enfoque del derecho como integridad no sería escéptico respecto a estas aparentes contradicciones y trataría de indagar cuáles son las razones que convierten un criterio como el del mérito en adecuado para solucionar determinados problemas, mientras que, en cambio, para otros esta sociedad utiliza el criterio de las necesidades. El derecho como integridad trata de reconstruir la historia. Allí donde encuentra con criterios contradictorios trata de encontrar una explicación y trata, por tanto, de exigir que las distinciones entre criterios no se produzcan al azar, sino que respondan a razones públicas y justificadas*”. (CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 12, p. 155-176, 1992). Na mesma linha, é a leitura de Thomas Nagel: “*Según Dworkin, la interpretación jurídica debería tratar de descubrir la interpretación del derecho que hiciera su puesta*

duplo movimento pelo decisor na teoria do Direito como integridade: a ideia de adequação (*fit*) e a ideia de justificação (*justification*). A interpretação exigiria, assim, um complicado balanceamento entre essas duas ideias, a primeira de cunho formal e a segunda de caráter substantivo. Cumpriria ao juiz indagar, em um primeiro momento, como a interpretação por ele produzida guarda pertinência com a história institucional da prática jurídica em questão. Em um segundo ato, precisaria dar a interpretação que pudesse fazer da mesma prática a melhor possível.

Por isso, Dworkin compara a construção ou a interpretação do Direito com a elaboração de um “romance em cadeia”, em que os juízes são igualmente atores e críticos. A cada decisão são introduzidos acréscimos na tradição interpretada, que assim vai sendo densificada e melhorada à medida que é sistematicamente reinterpretada. Cada um, portanto, “deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade”.<sup>454</sup> Os romancistas-juízes têm de levar a sério seu labor de continuidade, devendo criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado e da melhor qualidade possível. Ou seja, devem tentar criar o romance como se fosse obra de um único autor, e não como produto de muitas mãos diferentes, promovendo a coerência principiológica da comunidade a que pertencem.

Essa empreitada exige que o intérprete faça uma avaliação geral da sua parte no romance, ou uma série de avaliações gerais à medida que o reescreve, formando uma teoria que lhe permita trabalhar com os elementos da trama. “Se for um bom crítico, seu modo de lidar com essas questões será complicado e multifacetado, pois o valor de um bom romance não pode ser apreendido a partir de uma única perspectiva. Vai tentar encontrar níveis e correntes de sentido, em vez de um único e exaustivo tema”.<sup>455</sup> A interpretação adotada deve fluir ao longo de todo o texto, com um poder explicativo geral. Será, pois, mal sucedida se deixar sem explicação algum

---

*en práctica justificable a la luz de la mejor justificación que se le puede dar del sistema total del derecho y del precedente al que pertenece, lo cual incluye la mejor justificación de la función del juez en dicho sistema. Esta tarea no es solamente autorreferencial, sino también normativa: el mejor sentido del derecho es el sentido que, relativo a las limitaciones de adaptación a lo ya dado, hace el sistema sea el mejor posible, el mejor, tanto en adaptación como en sustancia, equilibrado de forma que sea en sí mismo objeto de interpretación evaluativa.”* NAGEL, Thomas. **Otras mentes: ensayos críticos** 1969-1994. Trad. Sandra Girón. Barcelona: Gedisa, 2000. p. 246.

<sup>454</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 275-279.

<sup>455</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 277.

importante aspecto estrutural do texto. Na linha dessas reflexões, Dworkin faz uma interessante indagação: “Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso?”. A resposta, como não poderia ser diferente, é: “depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes”. Se coerência for apenas a repetição, pelo Poder Judiciário, de suas próprias decisões da forma o mais fiel possível, então não equivale à integridade. A integridade exige, sim, que as normas da comunidade sejam criadas e vistas de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça. Mas, precisamente por isso, uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá afastar-se da sua estreita linha de decisões passadas, em busca da fidelidade aos princípios concebidos como fundamentais a esse sistema como um todo.<sup>456</sup>

É nessa ambiência que Ronald Dworkin faz menção – na linha de Rosanvallon<sup>457</sup> – aos tribunais como “fóruns do princípio”. Os tribunais e, em especial, as cortes constitucionais tomam decisões políticas importantes, mas o critério de validação de sua ação deve ser o respeito aos princípios da Constituição e não à vontade da maioria. São, portanto, “decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral”. O Poder Judiciário deve agir elaborando e aplicando uma “teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais”.<sup>458</sup> Há, no pensamento dworkiniano, uma espécie de cooriginalidade entre princípio e integridade; ambos, umbilicalmente ligados, integram o trabalho de reflexividade desempenhado pelas cortes constitucionais. Daí a pertinente advertência de Streck: “nenhum princípio atua por si só como criador de normas, senão que unicamente possui força constitutiva ou valor construtivo em união com o conjunto do ordenamento reconhecido”. Disso decorre a reconstrução institucional. “A institucionalização de um princípio demanda a constituição de uma tradição”.<sup>459</sup>

---

<sup>456</sup> Aqui, parece ficar bem claro o que Dworkin chama de “um teste de duas dimensões”, que serve para verificar o atendimento dos dois pressupostos da interpretação (adequação e justificação): a interpretação a ser dada pelo juiz deve ajustar-se à prática, mas também demonstrar a sua finalidade ou valor. “Assim, uma interpretação de qualquer ramo do Direito, como o dos acidentes, deve demonstrar seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve”. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 239 e 263-264.

<sup>457</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 203.

<sup>458</sup> DWORKIN, op. cit., 2005. p. 101.

<sup>459</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed.

A integridade, portanto, ao exigir que a decisão judicial seja a expressão de um sistema único e coerente de justiça, pressupõe e manifesta a existência de uma “comunidade de princípios”, imagem construída por Dworkin para designar a sociedade na qual os respectivos membros admitem que seus direitos e deveres não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. O autor não nega, em momento algum, o desacordo, a disputa, o conflito. Apenas realça que, ao aceitarmos a integridade como um ideal político distinto, é possível postularmos por uma identidade para a comunidade mesmo nos casos de desacordos morais.<sup>460</sup> Leva em conta o excedente de sentido advindo da dimensão simbólica dos princípios (dos direitos fundamentais), dimensão essa que, se permite, de um lado, novas e inesgotáveis reivindicações de direitos, aponta, de outro, para a necessidade de dar identidade e sentido ao social.

Fica evidente, então, que a integridade do Direito trabalha com uma ideia de legitimidade do poder para além da dimensão eleitoral-majoritária, das chamadas *clear-cut decisions*. E nessa medida corresponde ao que Rosanvallon chama de uma generalização da representação por multiplicação inclusiva. Vale lembrar que o fenomenólogo-historiador francês compara a legitimidade por reflexividade com a “construção de uma história” e insiste em que a democracia não seja reduzida a uma forma política que simplesmente permita a uma coletividade governar-se a si, mas que represente também o regime no qual seja possível construir uma identidade comum. E é precisamente essa a estratégia de legitimação do poder que a integridade exige: a reconstrução de uma história institucional a fim de conquistar uma identidade para o social no plano dos princípios constitutivos do regime democrático (dentre estes, notadamente, os direitos fundamentais).

A ideia, não obstante, é complexa e suscita múltiplas interpretações sobre seu conteúdo e sua função para a legitimidade dos atos do Poder Judiciário, principalmente daqueles produzidos por juízes constitucionais. A integridade precisa lidar com o caráter hipertextual do Direito, que recorda a imagem de um palimpsesto, como sugere Ost.<sup>461</sup> Mas ela (a integridade do Direito) não representa um “método

---

São Paulo: Saraiva, 2014. p. 632-634.

<sup>460</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 255.

<sup>461</sup> “Tudo isso leva, evidentemente, o raciocínio jurídico a uma elisão muito característica da temporalidade corrente: mesmo formado por magistrados há muito falecidos, ‘o Tribunal é sempre

decisório” em um sentido forte, vale dizer, como um procedimento estruturado que, cumprido adequadamente, pudesse levar à “justiça” ou à “verdade”. É possível fazer aqui uma analogia com a ideia de “método fenomenológico-hermenêutico” que – segundo Streck<sup>462</sup> – implica considerar a linguagem (o sentido, a denotação) no plano da historicidade e não em um sistema fechado de referências.<sup>463</sup> O próprio Dworkin afirma que faz parte da “fenomenologia da decisão judicial” a obrigação que os magistrados sentem “de atribuir a decisões passadas [...] força gravitacional”, bem como o fato de que “essa obrigação contradiz a doutrina positivista do poder discricionário do juiz”.<sup>464</sup> Dessa maneira, muito embora seja plausível e até

---

o Tribunal, observa Krygier. E aquilo que o juiz Marshall disse em 1803 é considerado tão pertinente e importante como as afirmações proferidas pelos seus colegas contemporâneos'. [...] Objeto de uma ruminância argumentativa permanente, o texto jurídico é incessantemente trabalhado, apropriado, reapropriado, afastado, redescoberto, reduzido, alargado, transposto por gerações de autores. Sempre diferente, e contudo sempre parecido, poderíamos compará-lo a um 'palimpsesto'. Um 'palimpsesto', explica Gérard Genette, 'é um pergaminho em que se raspa a primeira inscrição para escrever uma nova, que não a esconde totalmente, de forma que podemos ler nele, à transparência, o antigo sob o novo'. O palimpsesto torna-se, pois, o modelo da 'literatura em segundo grau': aquela que reúne as 'obras derivadas de obras anteriores por transformação ou imitação'. Ora se tratará da presença de um texto 'num' outro por via de citação, de referência ou de compilação (citações doutrinárias, referências aos precedentes...); noutras casos, um texto remeterá para o seu paratexto (minutas, esboços, preâmbulos..., em direito, temos por exemplo os trabalhos preparatórios da legislação que remetem eles próprios para uma série de autoridades); ora se tratará de um texto que remete para outro (metatexto) que propõe o seu estudo crítico (em direito, a doutrina é um gigantesco metatexto enxertado na jurisprudência e na legislação); finalmente, e em quase todos os casos, o texto jurídico derivará de um texto anterior por via de transformação, de imitação ou de individualização. No domínio jurídico, a hipertextualidade é o modo normal de criação dos textos, quer se trate da concretização progressiva da norma (desde a regra constitucional até o acto administrativo de alcance individual), da adopção de uma disposição estrangeira, da transposição para o direito interno de directivas europeias, ou ainda da formação da jurisprudência por um processo de aplicação-transformação dos recursos do sistema jurídico. De facto, tudo se passa como se a geração espontânea não existisse em direito; não existe página em branco, apenas o palimpsesto; não existe ab-rogação radical, apenas o apagamento progressivo; não existe transformação brutal, apenas o enxerto, a hibridação, a sedimentação". OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 101-103.

<sup>462</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. posição 477. Edição Kindle.

<sup>463</sup> Não se trata, portanto, de uma fórmula previamente determinada que, seguida corretamente, garantiria o resultado pretendido. O “método” da integridade do Direito é aquele sempre precário e provisório, que não permite sua total apreensão e domínio. Como refere o fenomenólogo Martin Heidegger, que nunca chegou a expor com precisão as exatas características do seu “método”, “a palavra *fenomenologia* exprime uma máxima que se pode formular na expressão: 'para as coisas elas mesmas!' – por oposição às construções soltas no ar, às descobertas acidentais, à admissão de conceitos só aparentemente verificados, por oposição às pseudoquestões que se apresentam, muitas vezes, como 'problemas', ao longo de muitas gerações.” HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 66.

<sup>464</sup> Por isso ele diz que as falhas “interpretativas” e “fenomenológicas” do positivismo “no fundo são as mesmas” (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. XIII). Em outra passagem, agora da obra *Justice in robes*, Dworkin argumenta – de maneira muito didática, a propósito – que a cisão da integridade em duas “etapas” (*fit e justification*) é um mero recurso analítico para poder melhor explicar o funcionamento do fenômeno. Entretanto, o que ocorre com a interpretação judicial guiada pela integridade do Direito

recomendável aceitar que a integridade (vista em sua dimensão de legitimação do poder) possa constituir uma proposta para tratar as cortes constitucionais como, na inspirada expressão de Robert Alexy, “representantes argumentativos” da sociedade,<sup>465</sup> ela está longe de identificar-se com a teoria da argumentação alexyana. A expressão efetivamente ilustra o que Rosanvallon quer dizer quando defende serem os tribunais constitucionais instituições por excelência da legitimidade reflexiva. Mas a comparação termina aí. A integridade coloca suas questões no plano fenomenológico-hermenêutico e não no discursivo-procedimental (nesse último é que se situa a metodologia da decisão judicial de Alexy).<sup>466</sup> O fato, aliás, de a integridade

---

é, de fato, um exercício fenomenológico. Vale conferir: “A distinção entre essas duas dimensões da interpretação não pretende apreender o modo como os intérpretes realmente pensam. Através da educação, do treino e da experiência, qualquer jurista construiu sua própria percepção de quando uma interpretação se ajusta bem o bastante para que se possa vê-la como interpretação, e não como invenção, e essa percepção será posta em prática de maneira inconsciente. Vejo a distinção não como um enunciado fenomenológico, mas como um recurso analítico para compreendermos a lógica da interpretação e as diferentes maneiras em que se pode questionar uma interpretação. De qualquer modo, é importante não entender mal a distinção, imaginando, como o fizeram alguns críticos, que o critério de ajuste é apenas um critério mecânico de coerência. Ao contrário, as duas dimensões – a de ajuste e a de valor – representam aspectos diferentes de uma mesma avaliação geral da moralidade política, e o modo como aplicarmos e unirmos os dois critérios em uma avaliação final do êxito interpretativo no estágio doutrinário irá refletir a avaliação que tivermos feito no estágio teórico anterior. Se fizermos com que a justificação política geral do direito inclua alguma exigência de integridade, e se for esse o nosso motivo para escolher um critério interpretativo para as proposições de direito, devemos então aperfeiçoar a dimensão do ajuste, para que reflita nosso entendimento mais apurado do que é a integridade e de onde se encontra seu valor [...]”. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 24.

<sup>465</sup> Assim refere Alexy sobre a questão: “*An adequate concept of democracy must, however, comprise not only decision but also argument. The inclusion of argument in the concept of democracy makes democracy deliberative. Deliberative democracy is an attempt to institutionalize discourse as far as possible as a means of public decision making. For this reason, the connection between the people and the parliament must not only be determined by decisions expressed in elections and votes but also by argument. In this way, the representation of the people by the parliament is, at the same time, volitional or decisional as well as argumentative or discursive*”. ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**, [S.l.], v. 3, n. 4, p. 572-581, 2005.

<sup>466</sup> Não adentrarei a discussão sobre a teoria da argumentação de Robert Alexy, porque evidentemente não haveria espaço nesta pesquisa. Para uma perspectiva crítica que a coloca no âmbito da discussão sobre a “dobra da linguagem” (planos “hermenêutico” e “apofântico”), vale conferir: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. No estudo introdutório a essa obra feito por Ernildo Stein, há passagem que cumpre ser transcrita, porque indica o ponto fundamental da crítica streckiana: “Os equívocos e os conflitos de todo o conhecimento resultam da absolutização da teoria do conhecimento pela razão de desconhecer esses níveis. O nível hermenêutico e o nível apofântico, o nível do mostrar interpretando e o nível do interpretar mostrando não se excluem. Mas em geral queremos reduzir todo o conhecimento pelo mostrar por meio da interpretação lógica. [...] Nesse sentido [...], a hermenêutica não recusa o nível apofântico [...]. E esse nível apofântico perde algo de essencial quando desconhece na linguagem jurídica, por exemplo, a dimensão hermenêutica, como primeira e antecipada em todo o enunciado. Há, pois, uma espécie de dobra na nossa linguagem. Esta não é plana, rasa. Daí o duplo modo de compreender (que, de forma sofisticada, designamos como círculo hermenêutico e diferença ontológica). O nascimento da filosofia e o nosso lidar com ela, quando a praticamos no direito, tem seu lugar primeiro nessa pré-compreensão e só

não fornecer um esquema argumentativo é constantemente alvo de críticas. Rosenfeld é um dos que as tece. Apesar de adotar outros aspectos do pensamento de Dworkin (a própria ideia fundante de *equal respect and concern*), rejeita a integridade do Direito como “amorfa”.<sup>467</sup> A crítica mais confirma do que infirma a hipótese do presente trabalho, pois esta não aposta em “método decisório” algum para uma corte constitucional cumprir, argumentativamente, a legitimidade por reflexividade.

Precisamente por isso, uma das melhores interpretações sobre a integridade possivelmente seja a de Gerald Postema, que a considera uma “justiça nas roupas de trabalho da política” (*justice in political workclothes*).<sup>468</sup> Enfatiza, nesse modo de ver o Direito como integridade, a dimensão de facticidade própria aos olhares fenomenológicos (que não enxergam ali “pura transcendência”) e realça a inevitabilidade do conflito político na sociedade. A sua abordagem parte de um texto de Jeremy Waldron no qual defende, dentre outras questões, que o conceito

---

depois aparece na consciência e na representação dos nossos enunciados. Assim como a filosofia nasce da dobra da linguagem, todo o nosso contato com os objetos de que tratamos traz consigo essa dobra. É por isso que muitas vezes apenas objetivamos nossos temas em debate, porque esquecemos essa dobra da linguagem e porque talvez seja tendência lidar logicamente com os enunciados sem perceber que o que não se mostra é apenas encoberto (a dimensão hermenêutica), mas é o acontecer primeiro. Esse esquecimento é muito bem percebido e denunciado por Lenio, ao colocar em xeque a “resolução de casos simples” a partir de raciocínios dedutivos, como apregoam as teorias discursivo-argumentativas. Todos os confrontos entre as diversas teorias procedurais e a hermenêutica surgem do esquecimento dessa diferença, dessa dobra da linguagem, no universo do direito”. STEIN, Ernildo. Nas raízes da controvérsia II. In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21-23.

<sup>467</sup> Nas precisas palavras de Rosenfeld: “Como já mencionamos, nem todos os produtos da nossa imaginação contrafactual resultam em uma reconstrução útil e aceitável. Por exemplo, um contrafactual que somente justifique o *status quo* a todo custo ou um outro ideal que de tão elevado fizesse com que todas as ordens constitucionais fundadas na realidade parecessem ilegítimas representaria um uso impróprio da construção. Em contraste, um enfoque reconstrutivo, como o de Dworkin, que se assenta em determinados pressupostos normativos fascinantes e que emprega um padrão consistente para manter a imaginação contrafactual no interior de limites aceitáveis, parece certamente muito mais capaz de estar a altura dessa tarefa. Dworkin insiste que a interpretação judicial reconstrutiva gira em torno de dois requisitos fundamentais: primeiramente, a aceitação de determinados princípios deontológicos, tal como o direito de cada pessoa a igual respeito e dignidade, e, em segundo lugar, a adoção de um padrão coerente e uniforme, especificamente o da integridade, que requer a consistência de qualquer nova interpretação judicial com o *corpus* das interpretações judiciais passadas. O primeiro desses requisitos é altamente recomendável vez que fornece um critério normativo amplamente aceitável e que igualmente envolve tanto o eu quanto o outro, cujo vínculo comum é tão essencial para a auto-identidade constitucional. O segundo requisito de Dworkin, no entanto, é, em última instância, inadequado já que o seu conceito de integridade é por demais amorfo para fornecer uma estrutura suficiente à imaginação contrafactual”. ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 46-47.

<sup>468</sup> POSTEMA, Gerlad J. Integrity: justice in workclothes. In: BURLEY, Justine (Org.). **Dworkin and his critics: with replies by Dworkin**. Oxford: Blackwell Publishing, 2004. p. 291-318.



dworkiniano só poderia funcionar no interior do que chama de “circunstâncias da integridade” (expressão mimetizada das “circunstâncias da justiça” de Rawls). As circunstâncias da integridade são formadas pelos traços de uma “sociedade real” que a distinguiriam, por um lado, de uma utopia na qual a integridade fosse redundante e, por outro, de um pesadelo em que a integridade se tornasse impraticável.<sup>469</sup> Quanto à utopia, Dworkin mesmo, na abertura do capítulo sexto de *Law's Empire*, argumenta que “a integridade não seria necessária como uma virtude política em um Estado utópico. A coerência estaria garantida porque as autoridades fariam sempre o que é perfeitamente justo e imparcial”.<sup>470</sup> Relativamente ao outro extremo, um mundo de pesadelo ou distópico, Dworkin não é tão explícito. Postema é quem desenvolve o ponto ao argumentar que a distopia poderia tomar três formas: (1) uma fragmentação absoluta da sociedade, na qual não houvesse o mínimo de unidade para prover um campo geral comum de disputa em torno da justiça; (2) um cenário em que regras, decisões e princípios não fossem apenas desordenados, mas irremediavelmente caóticos; (3) ou, mesmo que esses padrões guardassem uma certa coerência, a distopia reinaria se o ambiente social fosse profundamente corrupto e injusto, não apenas em um ou outro caso, mas de modo pervasivo.<sup>471</sup> Dificilmente, em qualquer desses cenários, ainda seria possível falar em regime democrático. O conflito teria se exasperado ao ponto de desfigurá-lo. Convém lembrar que a democracia se estabelece no equilíbrio entre desacordo e unidade simbólica.

Postema, portanto, deriva – entre esses dois extremos – as circunstâncias da integridade, as quais formam um cenário com as seguintes características: (1)

---

<sup>469</sup> WALDRON, Jeremy. Las circunstancias de la integridad. In: WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 223-247. Não haveria espaço, nesta tese, para enfrentar as críticas de Waldron ao Direito como integridade. São críticas que não necessariamente invalidam a ideia, mas que colocam em xeque algumas conclusões de Dworkin, como, por exemplo, a de que a integridade colapsaria por vezes com a justiça. Waldron defende que estão em planos distintos (um procedimental e outro material) e não poderiam, portanto, colidir. A ideia de “integridade inclusiva”, adiante explicitada, permite enfrentar essa postulação. Entretanto, como referido, não será possível abordar as críticas waldronianas dados os limites do objeto da presente pesquisa.

<sup>470</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 213-214. Nessa passagem, aliás, é possível perceber como a ideia de justiça e de integridade tem um considerável grau de sobreposição. Isso não significa, contudo, que não possam entrar em conflito. Ambas são em Dworkin “conceitos interpretativos”, de modo que é, sim, cabível pensar a integridade, “na política comum” (não utópica), exigindo “que apoiemos uma legislação que consideraríamos inadequada em uma sociedade perfeitamente justa e imparcial, e que reconheçamos direitos que, segundo acreditamos, seus membros não teriam” (Ibid., p. 214). A integridade estaria aí funcionando – na expressão de Postema – como uma “justiça em roupas de trabalho”.

<sup>471</sup> POSTEMA, Gerlad J. Integrity: justice in workclothes. In: BURLEY, Justine (Org.). **Dworkin and his critics**: with replies by Dworkin. Oxford: Blackwell Publishing, 2004. p. 299-300.

sociedade com algum grau, por mínimo que seja, de unidade entre as pessoas; (2) crença entre os cidadãos de que é possível pretender que as instituições que os governam sejam justas; (3) existência, não obstante, de desacordos (muitas vezes profundos) sobre o conteúdo da justiça (acerca do que ela requereria dos cidadãos e das instituições); (4) a injustiça, apesar disso, não é tão extrema, pelo menos para a maior parte das pessoas, a ponto de não se encontrarem razões para a preservação da sociedade; (5) as instituições não são consideradas pelos cidadãos irremediavelmente caóticas, em que pese a multiplicidade de convicções sobre a justiça gerar efeitos no respectivo arranjo. De acordo com o autor, “esse é o solo no qual a integridade finca suas raízes”, o que atesta ser ela não apenas histórica, mas essencialmente política. Nos seus exatos termos: “*Integrity has an intelligible role and moral force where justice is both feasible and in dispute. When justice is no longer worth seeking, or is unfeasible, or when the claims of justice are clear to all members of the community, then integrity no longer has a mission*”.<sup>472</sup>

É preciso concordar com tais postulações. Essa descrição das circunstâncias da integridade corrobora o argumento da presente tese pela sua natural assimilação com o enunciado da democracia como incerteza (Lefort), forma de sociedade na qual radica uma inexorável disputa em torno do sentido dos seus princípios geradores. As circunstâncias da integridade compõem, portanto, o plano do simbólico-político. Não seria possível nem desejável “resolvê-las”. Daí que o Direito como integridade tem, de fato, solo fértil no regime democrático visto através das lentes lefortianas. É capaz de prover a identidade possível – e necessária – para o social.

Dworkin aceita, a propósito, em elevada medida essas postulações.<sup>473</sup> Isso

---

<sup>472</sup> Ibid., p. 300.

<sup>473</sup> É ele próprio quem o diz: “*I believe Gerald Postema’s thorough and provocative exploration of the ideal of integrity very valuable indeed, and I am grateful to him for seeking further grounds for defending the distinctness and importance of that ideal. I agree with almost all of what he says. I agree that integrity is a distinct political virtue, even though it is rooted in the other main political virtues of justice, fairness, and due process; that integrity would be redundant among people whose concrete conceptions of these virtues are and have been identical, but it is needed as a distinct virtue by people who disagree about political morality but aspire nevertheless to work together toward a common vision of justice, fairness, and process in the right relation; and that though what I called “inclusive” integrity requires lawyers and citizens to recognize some “mistakes” as nevertheless part of the community’s law, it also requires doctrines for isolating those mistakes – for institutionally, in Postema’s apt phrase, “regretting” them*”. O desacordo de Dworkin acerca do ponto do texto de Postema adotado aqui vai, basicamente, em duas direções: as “circunstâncias da integridade” direcionam o olhar do intérprete apenas para a disputa por justiça dentro de comunidades (e não entre comunidades de nações distintas) e o conceito de justiça em sentido estrito (que a integridade, para Postema, representaria) na verdade pode colidir com o ideal de integridade (e ganhar a disputa), de maneira que, em vez de falar em *justice in the narrow sense*, seria preferível adotar a ideia de “integridade inclusiva”, que Dworkin desenvolve no último capítulo

porque também entende que a integridade do Direito não deve ser idealizada, isto é, depurada do ambiente conflituoso da democracia e dos constrangimentos derivados dos arranjos institucionais que pretendem dar equilíbrio (ainda que instável) ao regime democrático. A justiça que persegue é a justiça “possível”. Por isso que, ao perguntar-se sobre se a integridade pode ser “impura”, ele responde afirmativamente. E, para chegar a essa conclusão, parte do pressuposto de que o Direito não pode ser separado de sua interpretação, o que fica bem evidente – é preciso acrescentar – nos casos constitucionais envolvendo expressões de princípio muito vagas, as quais reivindicam uma “leitura moral”.<sup>474</sup> É no momento da decisão de um caso

---

de *Law's Empire*. Eis os seus literais termos: “*He says that this is true only in what Jeremy Waldron has called the “circumstances of integrity”; and I take it, in view of that qualification, that Postema has in mind only justice within a political community. He does not mean that justice between the peoples of different nations requires integrity. But even if we think only of domestic justice, the claim seems troubling. In Law’s Empire I described the choice a legislature might face if it found that it was politically and financially feasible to enact a scheme of strict liability rather than negligence for certain defective products, but not for all those products to which its rationale for that change would equally apply. It makes sense, I think, to suppose that justice might be improved by that change – half a loaf, I said, is sometimes better than none – even though the choice would impair the law’s integrity. There is a much stronger case, which I tried to make, for judges preferring inclusive integrity to justice in the narrow sense. But Postema emphasizes that he is discussing integrity as a political virtue, not distinctly in its legal role*” (DWORKIN, Ronald. Replies to critics. In: BURLEY, Justine (Org.). **Dworkin and his critics**: with replies by Dworkin. Oxford: Blackwell Publishing, 2004. p. 386-387). Essas críticas parciais não têm, obviamente, o condão de invalidar a interpretação de Postema sobre a integridade do Direito. Muito menos de atingir a hipótese desta pesquisa. Não faz diferença se a integridade é a “justiça em roupas de trabalho” que pode colidir com uma ideia de justiça “mais pura”, “mas abstrata”, ou se ela é algo efetivamente distinto (embora um tanto sobreposta a alguma ideia de justiça) e poderia entrar em conflito mesmo com uma justiça “mais mundana”, em sentido estrito. Essa discussão assume, aliás, um grau de abstração tão elevado (porque ambos os conceitos, integridade e justiça, são profundamente interpretativos) que seria necessário um argumento longo e sofisticado (e talvez uma pesquisa com esse objeto específico) para defender qualquer uma das posições. Entretanto, dificilmente haveria grandes diferenças práticas na adoção de uma ou outra visão. O importante é aceitar que a integridade concretiza uma ideia de identidade para a sociedade, no plano dos princípios de justiça (dos princípios constitucionais, dos direitos fundamentais), em um ambiente de conflito/disputa/desacordo sobre o sentido destes. E isso parece estar inegavelmente de acordo tanto com a posição de Postema quanto com a de Dworkin. Ademais, a discussão perde, de fato, toda sua significância para esta tese na medida em que será adotada, logo na sequência do texto, a ideia de “integridade inclusiva” ou “impura” que defende Dworkin.

<sup>474</sup> A “leitura moral” da Constituição não é uma autorização para o exercício da discricionariedade forte dos juízes. Ela os encoraja a fazerem juízos de moralidade política, entendida esta, porém, como uma moral institucionalizada pela integridade e pelo respeito à história e ao texto constitucional: “Os dispositivos da Constituição norte-americana que protegem os indivíduos e as minorias da ação do Estado encontram-se sobretudo na chamada Declaração de Direitos – as primeiras emendas apostas ao documento – e nas emendas acrescentadas depois da Guerra Civil. [...] Muitos desses dispositivos estão vazados numa linguagem moral excessivamente abstrata. A Primeira Emenda se refere ao ‘direito’ de liberdade de expressão, por exemplo; a Quinta Emenda, ao processo ‘devido’ aos cidadãos; e a Décima Quarta, a uma proteção ‘igual’. Segundo a leitura moral, esses dispositivos devem ser compreendidos da maneira mais naturalmente sugerida por sua linguagem: referem-se a princípios morais abstratos e, por referência, incorporam-se como limites aos poderes do Estado. [...] Mas mesmo nesta breve discussão já mencionamos duas restrições importantes que limitam agudamente a liberdade de ação que a leitura moral confere aos juízes enquanto indivíduos. Em primeiro lugar, de acordo com essa leitura, a interpretação constitucional tem de partir do que

constitucional que todas as limitações decorrentes das circunstâncias da integridade deverão ser tomadas na devida conta. Não é possível, pois, descobrir o que é propriamente “jurídico” sem considerar a dimensão de *adjudication*.<sup>475</sup> E isso vincula fortemente o conteúdo do Direito não apenas ao debate sobre os limites do poder das autoridades judiciárias (notadamente, dos juízes constitucionais), mas à questão de sua legitimidade.

Vimos com Rosanvallon que a ideia de legitimidade nas democracias contemporâneas é complexa e variada. E que, muito embora sua expressão majoritária confira apenas uma legitimidade incompleta (de investidura e instrumental), “o povo eleitoral majoritário continua sendo um indubitável árbitro prático da vida democrática, dando-lhe fundamento legal”.<sup>476</sup> Permanece, portanto,

---

os autores disseram; [...]. Por isso, sem dúvida alguma, a história é um fator pertinente. Mas só num sentido particular. Consultamos a história para saber o que eles pretendiam *dizer*, e não quais *outras* intenções eles tinham, o que é uma questão muito diferente. Não temos necessidade de saber, por exemplo, o que eles previam ou queriam que acontecesse em decorrência de terem dito o que disseram; nesse sentido, o objetivo deles não faz parte do nosso estudo. [...] Somos governados pelo que nossos legisladores disseram – pelos princípios que declararam – e não por quaisquer informações acerca de como eles mesmos teriam interpretado esses princípios ou os teriam aplicado em casos concretos. Em segundo lugar, mas na mesma ordem de importância, a interpretação constitucional sob a leitura moral é disciplinada pela exigência de *integridade* constitucional [...]. Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado. Têm de considerar que fazem um trabalho de equipe [...], que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente; [...]. O juiz também não pode, sem fugir à plausibilidade, pensar que a estrutura constitucional deixa a seus cuidados mais do que certos direitos políticos básicos e estruturais. O juiz pode até ter ser de opinião de que uma sociedade verdadeiramente comprometida com a igualdade de consideração forneceria recursos especiais aos deficientes, ou garantiria a todos um acesso seguro a parques recreativos, ou ainda proporcionaria tratamentos médicos heroicos e experimentais, por mais caros ou incertos que fossem, para qualquer pessoa cuja vida tivesse a mínima possibilidade de ser salva. Mas o juiz violaria a integridade constitucional se tratasse essas determinações como elementos do direito constitucional. Os juízes devem submeter-se à opinião geral e estabelecida acerca do caráter do poder que a Constituição lhes confere. A leitura moral lhes pede que encontrem a melhor concepção dos princípios morais constitucionais [...] que se encaixe no conjunto da história norte-americana. Não lhes pede que sigam os ditames de sua própria consciência ou as tradições de sua própria classe ou partido, caso esses ditames ou tradições não se encaixem nesse conjunto histórico [...]”. (DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 10 e 14-46). É preciso advertir – à vista da expressão leitura “moral” da Constituição – que, embora possa parecer o contrário a um olhar apressado, esse modo de interpretar o texto constitucional não está em rota de colisão com a necessária autonomia do Direito. Ao contrário, na compreensão dworkiniana, reforça-a. O Direito, mormente como apresentado em *Justice for Hedgehogs*, é uma institucionalização da moral política e é nessa medida que sustenta sua independência, o que ainda será visto neste capítulo.

<sup>475</sup> “*Our concept of law ties law to adjudication: law is a matter of rights tenable in court*”. DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 400-401.

<sup>476</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. p. 108-109.

central à democracia. Esse é um dos motivos pelos quais a integridade tem de ser, nas palavras de Dworkin, necessariamente “impura” ou “inclusiva”. Ela deverá contemplar, para a fixação do conteúdo do Direito (dos princípios constitucionais), todas as limitações institucionais próprias à prática legal como um todo. Nessa expressão (“limitações institucionais”), a supremacia legislativa está incluída e, com isso, deve ficar preservada, no desempenho da jurisdição, o espaço cabível à legitimidade eleitoral-majoritária na democracia. Nas exatas palavras de Dworkin:

[...] Mas a supremacia legislativa constitui uma outra limitação institucional, e isso geralmente abrange todos os tribunais. Se um juiz está convencido de que uma lei admite apenas uma interpretação, então, excetuando-se o impedimento constitucional, ele deve colocar em prática essa interpretação como sendo o direito, mesmo que considere tal lei incoerente, em princípio, com o direito entendido em seu sentido mais amplo. Ele pode pensar que o legislativo deveria corrigir a incoerência com uma legislação posterior, não apenas ou necessariamente com base em um sentido de justiça, mas porque o legislativo é também um guardião da integridade. Mas isso não afetará o que, para ele, é o direito.

Se Hércules [o juiz mítico idealizado pelo autor] houvesse decidido ignorar a supremacia legislativa e o precedente estrito sempre que a ignorância dessas doutrinas lhe permitisse aperfeiçoar a integridade do direito, considerada, por si só, matéria relevante, *então ele teria violado totalmente a integridade. Pois qualquer interpretação geral bem-sucedida de nossa prática legal deve reconhecer essas limitações institucionais.* (grifo nosso).<sup>477</sup>

Essas limitações, no fundo, decorrem de princípios substantivos – relacionados ao desenho da democracia – que impõem a consideração pelos juízes (constitucionais, inclusive) da “vontade do parlamento” (por mais que seja possível disputar o sentido dessa expressão) materializada nos enunciados de lei. O consagrado princípio da presunção de constitucionalidade dos atos normativos<sup>478</sup> representa essa circunstância na nossa tradição jurídica, impondo um elevado ônus argumentativo (pelo menos em tese) para sua invalidação em face da Constituição da República. Para que o Supremo Tribunal Federal possa legitimar-se reflexivamente, portanto, não pode desconsiderar a “impureza” da integridade constitucional. E é nesse contexto que Dworkin argumenta que o Direito como integridade “não apenas permite como também promove formas de conflito ou tensão substantivos dentro da melhor interpretação geral do Direito”. A supremacia legislativa – que obriga os juízes a aplicarem as leis, salvo em caso de inconstitucionalidade – “é uma questão de

<sup>477</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 479.

<sup>478</sup> Vide, por exemplo: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 371.

equidade porque protege o poder da maioria de fazer o direito que quer”. A equidade política, assim concebida, impõe que as cortes constitucionais, ao decidirem, definam “seus próprios poderes contra o de outras instituições e autoridades”, fazendo um balanço das legitimidades em disputa.<sup>479</sup>

Diversamente, pois, de uma *integridade pura* (pela qual fosse possível buscar a coerência ou a justiça independentemente desses constrangimentos institucionais ou mesmo das “circunstâncias da integridade”), a *integridade inclusiva* exige que o juiz (especialmente o constitucional) considere todas as virtudes democráticas (equidade política, justiça substantiva e devido processo legal adjetivo) coeridas em sua decisão, a fim que as reflita, tanto quanto possível, em uma proporção que considere adequada. A ressalva “tanto quanto possível” reconhece que “a devida atenção a uma dessas virtudes, numa demonstração geral do direito, implicará às vezes um acordo quanto ao nível de integridade que pode ser alcançado em outra”.<sup>480</sup> É nessa medida que o povo-princípio pode ser representado adequadamente, sem que se torne, portanto, uma espécie de instância hegemônica, plenipotenciária. Em outras palavras, a sua representação pela jurisdição constitucional precisa levar em conta o regime concorrencial e complementar de legitimidades do poder na democracia, medida que é de fato exigida pela integridade inclusiva.

O risco democrático de uma “interpretação purificada” (utópica) da integridade no plano da decisão judicial, ou seja, fora das discussões filosóficas que embasam propostas de rearranjos constitucionais de legitimidade é expressamente alertado pelo autor. Em seu peculiar estilo, Dworkin adverte que “os tribunais são as capitais do império do Direito, e os juízes são seus príncipes, mas não seus videntes e profetas”. Com isso ele está querendo dizer que compete aos filósofos – e não aos julgadores, por maiores que sejam seus poderes – a tarefa de pensar as ambições do Direito quanto a si mesmo, ou seja, uma forma mais pura para além daquele que possuímos. O que garante a separação entre Direito e poder é, portanto, a integridade inclusiva. Ela faz com que a definição do jurídico “não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes”, mas de “interpretações mais refinadas e concretas da própria prática”. O autor é enfático nisso: “essas interpretações mais concretas são indubitavelmente jurídicas porque dominadas pelo princípio da integridade inclusiva

---

<sup>479</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 483.

<sup>480</sup> *Ibid.*, p. 483-484.

na prestação jurisdicional”.<sup>481</sup>

A manutenção da jurisdição apartada da legislação representa uma complexa consequência da predominância desse princípio (da integridade inclusiva). O Direito como integridade, visto a partir dessa perspectiva, implica distintas e importantes restrições ao trabalho de um tribunal constitucional. Mas é claro que ele não se impõe por si. É preciso o ato de julgar. O julgamento, não obstante, não poderá deixar de combinar – ainda que de modos diferentes por cada juiz – as convicções formadas acerca do devido processo legal e, notadamente, a respeito da equidade política (dimensão eleitoral-majoritária da democracia) e da justiça substantiva. Isso tornará sempre presente, no exercício da jurisdição constitucional, o debate sobre a legitimidade democrática do poder. Daí a conclusão de Dworkin: “O julgamento interpretativo deve observar e considerar essas dimensões; se não o fizer, é incompetente ou de má-fé, simples política disfarçada”.<sup>482</sup> Para dialogar com Claude Lefort, é possível dizer que a desconsideração das restrições da integridade inclusiva equivale a imbricar Direito e poder, colapsando aquele neste, medida antidemocrática porque invariavelmente resulta em arbítrio, em discricionariedade forte (o Direito se torna apenas aquilo que o julgador diz que ele é<sup>483</sup>). O poder, nessas condições, transmuda-se em pura força, deslegitimando-se e perdendo, por conseguinte, sua função de dar identidade ao social.

A ideia de autonomia do Direito está, portanto, no âmago da teoria democrática

---

<sup>481</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 490.

<sup>482</sup> Em outra passagem, o autor coloca essas questões da seguinte maneira, relacionando-as expressamente com a ideia de legitimidade: “Defendo as exigências da justificativa identificando e estudando a integridade como uma qualidade claramente perceptível da política comum, diversa das virtudes da justiça e da equidade e, às vezes, entrando em conflito com elas. Devemos aceitar a integridade como uma virtude da política comum, pois devemos tentar conceber nossa comunidade política como uma associação de princípios; devemos almejar isso porque, entre outras razões, essa concepção de comunidade oferece uma base atraente para exigências de legitimação política em uma comunidade de pessoas livres e independentes que divergem sobre moral política e sabedoria”. Ibid., p. 490.

<sup>483</sup> Frase comumente vinculada ao realismo jurídico norte-americano (vide, por todos: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 302-309), mas originalmente atribuída a um *chief justice* chamado Charles Evans Hughes, ainda quando governador de Nova Iorque (1907 a 1910): “As governor, Hughes demonstrated remarkable independence, which often brought him into conflict with his party’s leadership. On some matters, he had a nearly judicial governing style - he actually held evidentiary hearings to determine whether officials should be removed - but he was also effective appealing on policy matters directly to the people. In his first year in office, he secured passage of a law creating a pioneering Public Service Commission; it was during his campaign for this law that he made the famous pronouncement, “We live under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is.” FRIEDMAN, Richard D. “Charles Evans Hughes”. In: NEWMAN, R. K. **Yale Biographical Dictionary of American Law**, New Haven, p. 278-279, 2009.

considerada nesta pesquisa a partir de Lefort e Rosanvallon. E é uma constante preocupação na vasta literatura produzida por Ronald Dworkin. Vale notar, a propósito, que essas considerações postas em *Law's Empire* já carregavam consigo o germe de uma evolução que acabaria vindo, vinte e cinco anos mais tarde, no pensamento do autor. Isso ocorreu definitivamente em *Justice for Hedgehogs*, originalmente publicado em 2011,<sup>484</sup> quando o que poderíamos chamar de um “último Dworkin” passou a considerar o Direito um ramo da moral política.<sup>485</sup> Ainda assim, contudo, conservando sua autonomia. Como alerta Jeremy Waldron, embora essa conclusão seja, efetivamente, uma negação da “tese da separação”, isso não significa dizer que não remanesça distinção entre essas duas esferas. O Direito é um *ramo* da moralidade política, um ramo ou uma subdivisão que se preocupa com o significado moral das “decisões políticas passadas” (que permitem *adjudication*), o que equivale a afirmar que ele mantém, sim, sua autonomia.<sup>486</sup> A questão importante a saber, a partir da rejeição da tese da separação, é como distinguir o jurídico do restante da moral política. Isso permitirá isolar o Direito como fenômeno único e, nessa mesma medida, sustentar sua independência em face do poder. Não é tarefa fácil. Estamos diante – novamente na expressão dworkiniana – de conceitos interpretativos. Mais isso nem poderia ser diferente. No pensamento político pós-fundacional, o fundamento é uma

<sup>484</sup> DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 612-635. Esse, na realidade, foi o seu penúltimo livro, no qual, porém, sua posição definitiva sobre o ponto foi apresentada. Ele ainda publicaria *Religion without God*. DWORKIN, Ronald. **Religion without god**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

<sup>485</sup> Algo, contudo, que já expressamente renunciava pelo menos desde 2006, quando, ao fim de um longo texto introdutório a *Justice in Robes*, afirmara o seguinte: “Até o momento, minha argumentação não contestou a concepção tradicional de que ‘moral’ e ‘direito’ designam esferas de pensamento em princípio distintas, ainda que talvez interdependentes em diferentes sentidos. Afirmando agora que essa concepção tradicional, que nos estimula a estabelecer relações entre duas esferas intelectuais distintas, é insatisfatória. Seria melhor trabalhar com uma topografia intelectual diferente: poderíamos tratar o direito como um segmento da moral, não como algo separado dela. Entendemos a teoria política desta forma: como parte da moral compreendida em termos mais gerais, porém diferenciadas, com sua substância específica, uma vez que aplicável a estruturas institucionais distintas. Poderíamos tratar a teoria jurídica como uma parte especial da moral política, caracterizada por uma nova depuração das estruturas institucionais. Minha sugestão não tem força substantiva independente: posso dizer o que quiser acerca da interrelação entre direito e moral empregando o vocabulário clássico, que pressupõe que ambos se inscrevem, de maneira coerente, nas principais esferas do intelecto. Porém, a mudança que recomendo organizaria nosso tema de modo a torná-lo mais facilmente compreensível. Ela nos estimularia a considerar as questões de teoria do direito como questões morais a respeito de quando, até que ponto e por qual motivo as decisões coletivas dotadas de força cogente e as convenções especializadas devem ter a última palavra em nossas vidas. Deixaríamos de duvidar que a justiça tem um papel a desempenhar na determinação do que é o direito. Poderíamos, então, nos concentrar na questão mais complexa e importante de saber, exatamente, que papel é esse”. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 51.

<sup>486</sup> WALDRON, Jeremy. Jurisprudence for Hedgehogs. **Public Law & Legal Theory Research Papers Series**, Working Paper, New York, n. 13-45, p. 8-9, July, 2013.



“ausência”, o que torna inerente a disputa pelo sentido do Direito e da democracia. É necessário engajamento para buscar respostas satisfatórias. Em Dworkin, “toda resposta plausível terá de centrar no fenômeno da institucionalização”.<sup>487</sup>

O autor adota, interessantemente, como ponto de partida dessa empreitada um conceito (de “regras secundárias”) extraído do clássico *The Concept of Law* de Herbert Hart (com quem protagonizou um dos debates mais conhecidos e frutíferos sobre teoria do Direito).<sup>488</sup> Como diz, “os direitos políticos só podem ser distinguidos dos direitos morais pessoais numa comunidade que tenha desenvolvido alguma versão daquilo que Hart chamou de regras secundárias: regras que fundamentam a autoridade e a função legislativa, executiva e judiciária”. Em outras palavras, a distinção tem como pressuposto um arranjo institucional que dê conta de algum modelo de separação de poderes. A partir daí, teremos o que chama de “direitos e deveres políticos” (isolados daqueles típicos de uma moral privada). Depois, é preciso distinguir duas classes desses direitos políticos: os “direitos legislativos”, aqueles que garantem que o poder legiferante seja exercido de uma determinada maneira (“para criar e administrar um sistema de educação pública, por exemplo, e não para censurar a expressão política”); e os “direitos jurídicos”, aqueles que independem de intervenção legislativa para desenvolvimento de sua eficácia, podendo ser exigidos por seus titulares perante o Poder Judiciário.<sup>489</sup> Em simetria com o que desenvolveu

---

<sup>487</sup> DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 612-635.

<sup>488</sup> HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 103-128.

<sup>489</sup> Não deixa de ser uma versão da clássica divisão geral adotada em teoria da Constituição (sob as mais variadas propostas de especificação) entre normas constitucionais de eficácia plena e de eficácia limitada, mas voltada para pensar um critério definatório do Direito enquanto ramo autônomo de uma moralidade política mais abrangente. O Supremo Tribunal Federal adota essa classificação em sua jurisprudência. Exemplificativamente: “Ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DESTINADA AO CUSTEIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. IMUNIDADE CONCEDIDA NA HIPÓTESE DE ACOMETIMENTO DO SERVIDOR PÚBLICO POR DOENÇA INCAPACITANTE. ACÓRDÃO-RECORRIDO QUE ENTENDE SER A NORMA DE IMUNIDADE PLENAMENTE APLICÁVEL. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. TOMADA DE EMPRÉSTIMO DE LEGISLAÇÃO LOCAL DEFINIDORA DAS DOENÇAS QUE PERMITEM A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS. EXISTÊNCIA. Tem repercussão geral a discussão acerca da: 1. Eficácia da norma de imunização tributária prevista no art. 40, § 21 da Constituição (EC 47/2005), se plena (independente de intermediação por lei federal ou lei local), limitada (dependente de intermediação por lei federal ou lei local) ou contextual (em razão do transcurso do tempo, caracterizado pela omissão legislativa); e da 2 Possibilidade de o Judiciário utilizar as hipóteses estabelecidas em lei local específica para os casos de aposentação especial (Lei 10.098/1994) para o reconhecimento da imunidade tributária (separação dos Poderes). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 630137 - recurso extraordinário (Processo físico)**. Recorrente: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Paulo Cladio Dreher e outro(a/s). Am. Curiae: União. Relator atual: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, julgado em 07 de outubro de 2010. Disponível em:

ao longo de sua carreira, a dimensão da decisão (*adjudication*) ou a possibilidade de exigibilidade judicial (*enforcement*) são essenciais para a descoberta do jurídico.<sup>490</sup> Em ambos os casos – direitos legislativos e direitos jurídicos – haverá incertezas sobre seu conteúdo. A interpretação recomendada pela integridade inclusiva funcionará para a delimitação de fronteira:

A diferença não é de certeza, mas de oportunidade. Os direitos legislativos têm de esperar até que chegue a sua vez: numa democracia, são as vicissitudes da política que vão determinar quais direitos legislativos vão vigorar e quando vão vigorar. Os direitos jurídicos estão sujeitos a vicissitudes de um tipo diferente, mas em princípio garantem aos membros individuais da comunidade o direito de obter aquilo que exigem por meio de processos aos quais têm acesso direto. Os direitos legislativos, mesmo quando reconhecidos, não vigoram imediatamente; os direitos jurídicos, uma vez reconhecidos, são imediatamente exigíveis e podem ser impostos por instituições judiciais, não legislativas.<sup>491</sup>

Em simetria a esse raciocínio, Dworkin sustenta, tal como Lefort e Rosanvallon, que os fundamentos da teoria do Direito devem ser buscados no âmbito da filosofia política (no âmbito, portanto, compreensivo *do político*). “A filosofia política geral trata da questão dos direitos legislativos, entre muitas outras coisas. A teoria do Direito trata dos direitos jurídicos, mas não deixa de ser uma teoria política”. O Direito, nessa compreensão, buscaria uma resposta normativa para uma pergunta essencialmente política: “sob quais condições as pessoas adquirem direitos e deveres genuínos que sejam exigíveis e imponíveis do modo acima descrito?”<sup>492</sup> Vale recordar o que Lefort

---

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3950543>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

<sup>490</sup> “*Political rights can be distinguished from personal moral rights only in a community that has developed some version of what Hart called secondary rules: rules establishing legislative, executive, and adjudicative authority and jurisdiction. Legal rights can sensibly be distinguished from other political rights only if that community has at least an embryonic version of the separation of powers Montesquieu described. It is then necessary to distinguish two classes of political rights and duties. Legislative rights are rights that the community’s lawmaking powers be exercised in a certain way: to create and administer a system of public education, for instance, and not to censor political speech. Legal rights are those that people are entitled to enforce on demand, without further legislative intervention, in adjudicative institutions that direct the executive power of sheriff or police*”. DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 405-406. Edição Kindle.

<sup>491</sup> DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 621.

<sup>492</sup> O autor complementa argumentando que “*That question may be put at different levels of abstraction: it may be asked about a particular political community, like Belgium or the European Union, or, most abstractly, about everywhere or nowhere. I emphasize that it is a question of political morality but—as this distinction among levels of abstraction assumes—ordinary political facts are very likely to figure in the answer. It must be part of any responsible answer, at any level of abstraction, that historical facts about legislation and, perhaps, social convention do play a role. How great or exclusive a role these play is a matter of contest. Legal positivism argues that such historical acts or conduct is exclusively decisive in deciding what legal rights people have. Interpretivism offers a*

(seguido por Rosanvallon) fala sobre o domínio da filosofia política: é a parte do conhecimento humano que interroga “o político”, estuda a experiência que se engendra em função de uma concepção implícita das relações dos homens entre si e com o mundo (abordando a diferença entre a legitimidade e a ilegitimidade, entre a verdade e a mentira, a justiça e a injustiça, o autêntico e a impostura, a busca de poder ou de interesse privado e a busca do bem comum).<sup>493</sup>

O Direito, portanto, só ganha inteligibilidade se referido, ainda que implicitamente, ao político. Fatalmente o integra, pois é um campo inevitável, na medida em que ontológico, instituinte da sociedade. Não há sociedade possível sem ele. E, retomando o ponto, é imprescindível ter claro que é a dimensão do político a que (já sempre) implica e determina, para a manutenção de um regime democrático como tal, que o poder, o Direito e o saber permaneçam desintrincados e submetidos a um incessante debate sobre o critério do legítimo.<sup>494</sup> As respectivas práticas devem,

---

*different answer, in which principles of political morality also have a part to play. Once we see these positions as rival normative political theories, not as rival claims about unpacking criterial concepts, we are able to correct a historical mistake. Too much jurisprudence has traveled from some declaration about the essence or very concept of law to theories about rights and duties of people and officials. Our journey must be in the opposite direction: vocabulary should follow political argument, not the other way around*. DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 406. Edição Kindle.

<sup>493</sup> LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 10, 18-19, 26-27. Um exemplo de Dworkin ajuda a compreender como, de fato, ele pensa o Direito com suas raízes fincadas no âmbito instituinte do político. Vale conferir: “*When I was a law student in Britain, more than half a century ago, I was told that in that country, unlike America, the legislature—Parliament—is supreme. That was held to be a cardinal example of what was just true as a matter of unchallengeable law: it went without saying. But it hardly went without saying in an earlier century: Lord Coke disagreed in the seventeenth century, for instance. Nor does it go without saying now. Many lawyers, and at least some judges, now believe that Parliament’s power is indeed limited. When the government recently floated the idea of a bill that would oust the courts of jurisdiction over detainees suspected of terrorism, these lawyers claimed that such an act would be null and void. What changed, and then changed again? The answer seems clear enough. Once, in Coke’s time, the idea that individuals have rights as trumps over the collective good—natural rights—was very widely accepted. In the nineteenth century a different political morality was dominant. Jeremy Bentham declared natural rights nonsense on stilts, and lawyers of that opinion created the idea of absolute parliamentary sovereignty. Now the wheel is turning again: utilitarianism is giving way once again to a recognition of individual rights, now called human rights, and parliamentary sovereignty is no longer evidently just. The status of Parliament as lawgiver, among the most fundamental of legal issues, has once again become a deep question of political morality. Law is effectively integrated with morality: lawyers and judges are working political philosophers of a democratic state*”. DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 413-414. Edição Kindle.

<sup>494</sup> Vimos que a revolução democrática, em Lefort, acontece “quando a imagem da boa sociedade una e indivisa e a do poder incorporado se esfacelam sob os efeitos concretos da divisão social e com o surgimento de um sujeito político desprovido de corpo, o povo, desfazendo a identidade entre o poder, o saber e a lei [o Direito]” (CHAUI, Marilena. Prefácio. In: OLIVEIRA, Luciano. **O enigma da democracia**: o pensamento de Claude Lefort. Piracicaba: Jacintha, 2010. p. 11-12). Como anota o próprio filósofo político francês, a desincorporação do poder implica necessariamente o desentrelaçamento do poder, da lei (do Direito) e do saber. É, portanto, condição para que um regime seja dito “democrático” a autonomia de cada uma dessas esferas (LEFORT, Claude.

pois, expressar essa exigência (intrínseca à democracia). Isto é, na dimensão do instituído (ôntico), é preciso que os arranjos teóricos e institucionais forneçam um esquema reitor que mantenha o Direito como instância autônoma em face do poder. Ainda que aquele dependa deste, notadamente em sua função mais expressiva (de *enforcement*), não podem os respectivos registros ser confundidos, sob pena de a autoridade revelar-se arbitrária e concorrer, no limite, para a fragmentação e a exposição do regime.

Nesse cenário, a integridade (inclusiva), pelo papel fundamental que cumpre de identificação do jurídico, não poderia mesmo ser algo equivalente a uma simples coerência, mormente se considerado o plano da jurisdição constitucional, representativo do povo-princípio. Dworkin, como ressaltado, é enfático nesse sentido, argumentando que o Direito como integridade está longe de significar apenas a repetição mais fiel possível de decisões passadas. A exigência é maior. Cuida-se de conceber a prática jurídica como um sistema único de justiça, capaz de dar identidade e sentido (mesmo que disputáveis) ao social. E exatamente por ser assim, um tribunal constitucional que vise à integridade deverá afastar-se da sua estreita linha de decisões passadas sempre que detectar que ela não mais se harmoniza com os princípios mais fundamentais à totalidade do ordenamento jurídico. Postema refere que a integridade dworkiniana é uma “coerência em sentido fraco”. Como deve coadunar-se não apenas com a cadeia estrita de precedentes, mas com os princípios políticos que representam restrições institucionais (os quais deixam o ideal “impuro”), bem como com aqueles mais fundamentais da Constituição, a integridade deve fazer um balaço entre *fidelity and regret*.<sup>495</sup>

Não poderia ser apenas uma reprodução cega, “monista”, de um receituário de decisões passadas (uma coerência, portanto, em sentido forte). A tomarmos em consideração esses aspectos todos, ela de fato é uma “justiça em roupas de trabalho”, tentando dar conta da dimensão conflitiva do plano do político para, a partir daí, construir uma história que possa conferir alguma identidade ao social. Ou seja, uma

---

**Democracia y representación.** Trad. Víctor Goldstein. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2011. p. 147). Em outras palavras – e com Chauí –, é possível afirmar que “a desincorporação do político é o advento da invenção democrática”. Trata-se mesmo de autêntica invenção, porque a ausência de corpo identificador, a qual abre brechas nas relações entre o poder, o saber e a lei, alcança com isso o cerne da democracia: o poder como lugar simbolicamente vazio e a criação social de novos direitos. CHAUI op. cit., p. 12.

<sup>495</sup> POSTEMA, Gerlad J. Integrity: justice in workclothes. In: BURLEY, Justine (Org.). **Dworkin and his critics**: with replies by Dworkin. Oxford: Blackwell Publishing, 2004. p. 301 e 305.

história que resulte do exercício reflexivo desempenhado pela jurisdição constitucional. A justiça está em cena, mas em uma forma oblíqua por meio da qual os juízes (constitucionais notadamente) têm de lidar com o drama da decisão em um contexto de desacordos (*circumstances of integrity*), muitas vezes profundos, acerca do conteúdo dos princípios candidatos a incidir na controvérsia sob sua jurisdição.<sup>496</sup> Na inspirada expressão de Chantal Mouffe, trata-se de situação de “decidido indecidível”. O paradoxo, contudo, é fecundo. Alguns exemplos de violação à integridade ajudarão a compreender.

### 5.3.3 Uma Análise da Legitimidade por Reflexividade do Supremo Tribunal Federal em Dois Casos de Violação à Integridade (Inclusiva) do Direito

O Supremo Tribunal Federal violou a integridade do Direito quando em 2016 decidiu rever sua jurisprudência sobre o alcance do princípio da “presunção de inocência” (posição que reforçou em 2018), retornando a um entendimento que manifestava anteriormente a 2009. Oferecendo fundamentalmente razões de política criminal que na sua ótica justificariam essa quebra da coerência (em sentido mais estrito e forte),<sup>497</sup> acabou violando a integridade em sua dimensão mais geral. O

---

<sup>496</sup> Como diz Postema: “*The key claim is that integrity comes into play as a significant moral value, as a moral imperative, when there is a point to seeking justice but there is serious disagreement about what justice requires – when there is reason to forge or at least work to approximate a common conception of justice and to work for institutions and arrangements in our community that conform to it*”. É interessante notar o evidente conteúdo político (conflitivo) de justiça defendido pelo autor. Há um diálogo plenamente possível entre essa concepção de justiça e a ideia lefortiana de “direitos fundamentais como política”. Eis um excerto ilustrativo do texto de Postema: “*Thus far we have viewed justice statically, as if it were already in place, fully mature, in a more or less ideal “well-ordered society.” However, as much as that perspective dominates our reflections about justice, it is not the practical reality we face as we move into the political arena, where we are as likely to struggle over what justice requires as over the best way to meet its demands. Thus we must also look at justice in its dynamic dimension, in the process of formation. I have argued that justice is public in the sense that it is a public good in the familiar economist’s sense of that term, and so is enjoyed publicly, and in the sense that it provides a scheme of public justification, and so is deliberated about publicly. From these two premises we can draw the conclusion that justice is by its very nature political, and in that further sense public. By this I mean that it is essential to justice that it be achieved only through the group efforts of members of political society working out its basic terms*”. POSTEMA, Gerlad J. Integrity: justice in workclothes. In: BURLEY, Justine (Org.). **Dworkin and his critics**: with replies by Dworkin. Oxford: Blackwell Publishing, 2004. p. 301 e 305.

<sup>497</sup> Robustamente exemplificadas no voto proferido pelo ministro Roberto Barroso por ocasião do julgamento do HC 126.292: “3. Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a

ministro que apontou para essa circunstância (mas sem, evidentemente, reportar-se ao ideal dworkiniano) foi Ricardo Lewandowski em seu voto vencido no habeas corpus (HC) 152.752, impetrado, como já exposto, em favor do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva e julgado em abril de 2018. O argumento utilizado pelo juiz constitucional foi no sentido de que, a aceitar a possibilidade de prisão pela só condenação de um réu em segunda instância, o Supremo Tribunal Federal estaria colocando (como efetivamente colocou), nas suas exatas palavras, “a liberdade em patamar inferior à propriedade”.<sup>498</sup>

Isso porque as pessoas, por um lado, podem ter sua liberdade profundamente restringida pelo só efeito de uma decisão em segundo grau de jurisdição, antes, portanto, de uma condenação penal definitiva; por outro, permanecem contando, no caso de execução provisória civil, com uma série de garantias para resguardar seu patrimônio, dentre as quais (1) a reparação dos danos que o executado haja sofrido, com restituição ao estado anterior, e (2) a imposição de caução suficiente e idônea para levantamento de depósito em dinheiro e prática de atos que importem transferência de posse, alienação de propriedade ou de que resultem grave dano ao executado.<sup>499</sup> A restrição à liberdade de alguém “não pode ser restituída ao estado anterior” e independe de “contracautela” alguma. Nos termos do ministro: “a vida e a

---

quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292 - Habeas corpus**. Pacientes: Marcio Rodrigues Dantas. Impacientes: Maria Claudia de Seixa. Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator atual: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 15 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

<sup>498</sup> Essa ideia já estava nos pronunciamentos que proferira por ocasião das ADCs 43 e 44 e do HC 126.292. Mas no julgamento do HC 152.752 sua posição foi mais claramente exposta e defendida. O acórdão ainda não foi publicado, mas é possível acessar o voto do ministro neste sítio virtual: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - Negado habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula (3/3)**. Brasília, DF, 5 abr. 2018. (4h 47min). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=lp4TfQ21yO4>>. Acesso em: 2 maio 2018.

<sup>499</sup> É o que prevê o artigo 520 do Código de Processo Civil: “Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime: I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos; III - se a sentença objeto de cumprimento provisório for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução; IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.”

liberdade não se repõem jamais”. Há, efetivamente, uma forte questão de princípio contida nesse pronunciamento de Lewandowski. Ela indica que, por ter o Direito brasileiro constitucionalizado o princípio da presunção de inocência de maneira vinculada ao trânsito em julgado, positivou um direito fundamental que, por si só, impede a formulação de qualquer arranjo legislativo que confira mais garantias a um executado civil do que a um executado penal. Isto é, que venha a colocar “a liberdade em patamar inferior à propriedade”. No entanto, embora essa conduta seja vedada aos legisladores (e, com mais razão ainda, aos juízes), foi o que o STF acabou por fazer na sua decisão. A integridade, portanto, foi afrontada precisamente porque desrespeitada essa hierarquia valorativa que decorre dos princípios mais fundamentais da prática jurídica.

De uma maneira igualmente relevante, mas mais difícil de detectar (porque relacionada a cadeias distintas de jurisprudência), o Supremo Tribunal Federal vem desrespeitando a integridade inclusiva do Direito por pressupor um princípio jurídico de Estado para dar conta da temática do controle judicial de políticas públicas e outro, bem diferente, para impedir que o Poder Executivo das diversas unidades federativas adote os chamados regimes especiais de fiscalização tributária.<sup>500</sup> Os precedentes sobre políticas públicas foram analisados em trabalhos anteriores realizados conjuntamente com Bolzan de Moraes.<sup>501</sup> E ali foi constatado que o entendimento prevalecente no STF pode ser sintetizado por meio da seguinte ementa de julgamento:<sup>502</sup>

---

<sup>500</sup> Trata-se de regime com medidas mais rigorosas de fiscalização destinado a incidir sobre aqueles devedores ditos contumazes no inadimplemento de suas obrigações fiscais. No caso do Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, o regime especial de fiscalização (REF) está disciplinado pela Lei Estadual 13.711/2011 (RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 13.711 de 06/04/2011**. Publicado no DOE - RS em 7 abr. 2011. Altera a Lei nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973, que dispõe sobre o procedimento tributário administrativo e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=156115>>. Acesso em: 3 jun. 2018). Conforme seu artigo 2º, parágrafo primeiro, é considerado “devedor contumaz o contribuinte que: I - deixar de recolher o ICMS declarado em Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA –, em oito meses de apuração do imposto nos últimos doze meses anteriores ao corrente; II - tiver créditos tributários inscritos como Dívida Ativa em valor superior a 38.500 UPFs-RS, decorrente de imposto não declarado em GIA, em oito meses de apuração do imposto nos últimos doze meses anteriores ao corrente; ou III - tiver créditos tributários inscritos como Dívida Ativa em valor que ultrapasse: a) 30% (trinta por cento) do seu patrimônio conhecido; ou b) 25% (vinte e cinco por cento) do faturamento anual declarado em GIA ou em Guia Informativa – GI–.”

<sup>501</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional**: entre direitos, deveres e desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015; e MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 16, p. 107-136, 2016.

<sup>502</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 581352 AgR**. Recorrente: Ministério Público do Estado do

EMENTA: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO- CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 196, 197 E 227) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICCIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” (CPC, ART. 461, § 5º) COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICCIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOCTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

A política tratada no específico caso era o atendimento a gestantes em maternidades públicas. O Poder Judiciário, detectando insuficiências na prestação desse serviço, determinou ao Poder Executivo a sua ampliação e melhoria. Foi

---

Amazonas. Recorrido: Estado do Amazonas. Relator atual: Min. Celso de Mello Segunda Turma. Brasília, DF, julgado em 29 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2603764>>. Acesso em: 31 ago. 2014.



referido ser possível ao Tribunal syndicar “a omissão inconstitucional imputável ao estado-membro” pelo “desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal”. Menções foram feitas no sentido de que a reserva do possível é inaplicável “sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial”, de modo que esse exame seria “papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo poder público”. Além disso, foram feitas fortes exortações aos magistrados para casos futuros, como esta: “a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito”. Houve também definições sobre a “atividade de fiscalização judicial” de políticas públicas, que se justificaria “pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso)”.

Esse é um padrão decisório verificado com muita frequência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ora com uma retórica exagerada, ora com um discurso mais comedido, o núcleo das razões de decidir, quando em jogo o controle de políticas públicas, é o mesmo da ementa acima. Em uma pesquisa realizada no site do STF, na base de dados que engloba apenas julgamentos colegiados, utilizando a expressão “políticas públicas”, foram totalizadas 116 (cento e dezesseis) ocorrências. Muitas delas, é bem verdade, não tratam de casos de judicialização da política, tendo o termo sido empregado em asserções marginais.<sup>503</sup> Porém, dessa totalidade, 41 (quarenta e uma)<sup>504</sup> representam o entendimento hoje bem consolidado na Corte. A primeira ocorrência representativa desse entendimento foi encontrada, considerada apenas a base de pesquisa em órgãos colegiados, no ano de 2005, quando do julgamento do recurso extraordinário (RE) 410.715, da relatoria do ministro Celso de Mello.<sup>505</sup>

---

<sup>503</sup> Estou o utilizando a pesquisa feita para os trabalhos anteriores destacados na nota de rodapé acima. O levantamento foi concluído em 31 de agosto de 2014.

<sup>504</sup> São estes os casos: RE 410715, RE 436996, STA 223, AI 664053, RE 595595, RE 594018, RE 464143, RE 603575, RE 367432, AI 734487, RE 607381, RE 559646, ARE 639337, AI 750768, ARE 635679, AI 708667, AI 593676, RE 417408, RE 665764, RE 634643, AI 809018, RE 642536, RE 563144, RE 700227, AI 835956, AI 829984, AI 810410, RE 628159, RE 763667, RE 795749, RE 440028, RE 581352, ARE 740800, AI 598212, RE 722778, RE 658171, AI 739151, RE 595129, ARE 761127, RE 723578, RE 768825. Disponíveis em: <http://www.stf.jus.br>.

<sup>505</sup> Contudo, muito embora esses dados de fato indiquem que o primeiro precedente no qual foi utilizada a expressão “políticas públicas” (e que efetivamente tratou do tema do controle judicial) remonte a 2005, não é fácil encontrar um marco seguro que dê conta do momento no qual o Supremo Tribunal Federal passou a adotar a atual postura na matéria. Consideradas as razões de decidir dos

O discurso que permeia toda essa cadeia de precedentes já foi utilizado para determinar a órgãos do Poder Executivo do Estado brasileiro, em diferentes níveis federativos, que, dentre outras atividades:<sup>506</sup> ampliem o acesso a creches escolares e outros estabelecimentos de educação infantil (RE 410.715, RE 436.996, ARE 639.337 e RE 595.595); forneçam transporte a alunos da rede pública de ensino (RE 603.575); construam salas de aula (ARE 635.679); regularizem moradias populares (AI 708.667); realizem obras para tratamento de esgoto (AI 593.676) e para despoluição de um rio (RE 417.408); paguem diferenças referentes aos serviços efetivamente prestados aos beneficiários do SUS por entidade médica privada, mesmo que extrapolado o teto orçamentário previsto (RE 665.764); construam abrigos para moradores de rua (RE 634.643); reformem instituição de ensino (AI 809.018); cumpram adequada e continuamente serviços de saúde em âmbito municipal, promovendo a reforma, a manutenção geral e a pintura de estabelecimento médico, a aquisição de condicionadores de ar, a reativação de salas de cirurgia e de parto, a reforma na rede elétrica, a aquisição de extintores de incêndio e mangueiras e a contratação efetiva de farmacêutico ou bioquímico (RE 642.536); promovam a demolição de construções em desacordo com o projeto urbanístico (RE 563.144); realizem obras de saneamento (RE 700.227); ampliem a atuação da Defensoria Pública (AI 835.956, RE 763667, RE 795.749, AI 598.212 e AI 739.151); destaquem

---

precedentes, há fortes indícios de que essa tradição teve seu nascedouro em uma decisão monocrática do ministro Celso de Mello proferida em 2004, nos autos da arguição de descumprimento fundamental (ADPF) de número 45. Foi a primeira ocorrência em que verificadas, de modo claro, as diretrizes sobre o controle judicial de políticas públicas que acabaram incorporadas por todos os precedentes que lhe seguiram, muitos deles fazendo referência expressa à ADPF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 410715 - recurso extraordinário**. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santo André. Relator atual: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2183245>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

<sup>506</sup> A pesquisa desprezou, de forma propositada, os precedentes que entendem possível determinar o fornecimento pelos entes estatais de medicamentos a pessoas específicas. Nessas demandas, é preciso um trabalho de seleção mais refinado para concluir se o caso é mesmo de discussão sobre política pública de saúde. Em muitas situações, a controvérsia se instaura de maneira pontual, incidindo sobre determinada prestação de uma política já bem regulamentada em nível infraconstitucional. Nas decisões desses casos, são comumente realizados silogismos deste tipo: o Estado obrigou-se a fornecer, por meio do SUS, determinado fármaco (premissa maior), o particular pediu administrativamente, mas não o obteve (premissa menor), e então o Poder Judiciário determina que a Administração Pública cumpra uma obrigação que ela própria se impôs. É algo diferente das situações em que, por exemplo, ações civis públicas são ajuizadas com a pretensão de fazer incluir, no âmbito do SUS, para fornecimento gratuito a todos os potenciais beneficiários, uma nova droga, de caráter experimental, mas que seja defendida por parte da comunidade médica como eficaz para o tratamento de uma doença cuja medicação não esteja prevista para dispensação pelo poder público. Aí sim seria possível falar em judicialização de uma política pública de saúde, a demandar uma interpretação muito mais complexa do fenômeno.

policiais para garantia da segurança em estabelecimento de custódia de menores infratores (AI 810.410); incrementem estruturas em maternidades estaduais (RE 581.352); aumentem leitos em unidade de terapia intensiva (ARE 740.800); recuperem barragem (RE 658.171); assegurem o direito à educação, em local com infraestrutura básica, a menores residentes em assentamentos (RE 595.129); construam nova escola e contratem vigia (ARE 761.127).<sup>507</sup>

Há, subjacentemente a esses julgados, a defesa pelo Supremo Tribunal Federal de um princípio identitário de Estado, como pode ser percebido pela forte evocação dos direitos sociais como direitos *jurídicos*, passíveis, pois, de *adjudication* (e não apenas *políticos*, para utilizar a terminologia dworkiniana). Isso fica claro também pelo reconhecimento dos princípios da vedação de retrocesso e da proibição de proteção insuficiente, bem assim pela argumentação sobre os limites do chamado “mínimo existencial”, dentre outras assertivas. O artigo 3º da Constituição de 1988 comanda essa linha de interpretação, na medida em que positiva, enquanto objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. O princípio jurídico de Estado que, a partir dessas diretrizes, o STF alberga é, portanto, de marcado conteúdo prestacional, promovedor de igualdade social (*welfare*).<sup>508</sup> É possível dizer, então, ser essa a *identidade jurídica estatal* extraível dos precedentes que versam sobre controle judicial de políticas públicas. E o Supremo vem, de fato, sendo muito coerente em suas decisões na matéria.

Nessa ambiência, uma vez aceita a ideia de integridade (inclusiva) do Direito, esse – chamado aqui – *princípio jurídico de atuação do Estado* deveria servir para embasar também as demais linhas jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal cujo objeto sejam as ações desse mesmo Estado. Ocorre, todavia, que, se considerada a fundamentação dos precedentes que entenderam inconstitucional a adoção pelos estados-membros da Federação de regimes especiais de fiscalização tributária, não

---

<sup>507</sup> É interessante notar que há ainda situações nas quais sequer conseguimos aferir, com precisão, o tipo de política pública com que o Supremo Tribunal Federal está lidando, porquanto esse “dado” não é detalhado na fundamentação, que acaba resumida à enunciação das “diretrizes” que a jurisprudência da Corte enuncia como autorizativas do controle judicial de políticas públicas. Isso ocorreu nos casos dos recursos extraordinários 628.159, 723.578 e 768.825. O que é possível inferir desses precedentes é apenas que cuidavam de ações no âmbito de políticas de segurança pública.

<sup>508</sup> A literatura sobre os limites e possibilidades do Estado Social é imensa. Tendo em vista que a temática não é objeto desta tese, limito-me a indicar o texto clássico de Jose Luis Bolzan de Moraes: MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Edição Kindle.

parece ser o mesmo princípio que fornece identidade ao ente estatal (e, alfim, à sociedade).

Para invalidar os atos normativos que criaram esses regimes especiais tributários, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apela para a chamada “teoria da sanção política”, cuja base está nos princípios da livre iniciativa e na liberdade de exercício de trabalho. No âmbito jurisprudencial, essa teoria é constantemente exemplificada pelos conhecidos verbetes 70, 323 e 457 da súmula de julgados do STF.<sup>509</sup> São enunciados sumulares antigos, editados a partir de um outro modelo de Estado e de um mundo prático bem distinto. Os precedentes que lhes deram origem tinham fundamento de validade na Constituição de 1946, mais especificamente no seu artigo 141, § 4º, que à época positivava o princípio da inafastabilidade da jurisdição (“§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”). A *ratio* dos verbetes reside, então, no fato de que a adoção pela fazenda pública das condutas neles descritas seria uma forma oblíqua de cobrança de tributos, obstativa, inclusive, do acesso à jurisdição.

Há poucos precedentes analisando o mérito do tema no âmbito da jurisdição constitucional. Isso fundamentalmente porque a discussão enfrenta muitos obstáculos de ordem processual para chegar ao STF, uma vez que se trata de leis editadas em âmbito local.<sup>510</sup> No entanto, o Tribunal já tem um encontro marcado, em sede de

---

<sup>509</sup> Com o seguinte conteúdo: “70 - É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo; 323 - É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos; 547 - Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 70**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2194>>. Acesso em: 3 jun. 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 323**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2136>>. Acesso em: 3 jun. 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 547**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2201>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

<sup>510</sup> O verbete sumular 280 do STF veda, via de regra, o conhecimento desse tipo de lide: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”. Eis um exemplo recente de aplicação desse enunciado de súmula à controvérsia sobre a constitucionalidade de regime especial de fiscalização tributária: “EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Regime Especial de Fiscalização. Legislação local. Fatos e provas. Súmulas 280 e 279/STF. 1. No caso concreto, aferir a existência de ofensa aos princípios constitucionais relativos à liberdade econômica importaria na análise da causa à luz da legislação infraconstitucional local (Lei Estadual nº 13.711/11 e Decreto 48.494/11), bem como no reexame das provas e nos fatos dos autos, os quais não são cabíveis em sede de apelo extremo. Incidência das Súmulas nº 280 e 279 da Corte. 2. Agravo regimental não provido. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais pela Corte de origem. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1010461 Recurso extraordinário com agravo**. Recorrente: Cereale Produtos Integrais Ltda. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator atual: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma. Brasília, DF, julgado em 07 de abril de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?>

controle concentrado de constitucionalidade, com as questões de fundo da controvérsia, porquanto a legislação sobre o regime especial de fiscalização sul-riograndense é objeto da ação direta (ADI) autuada sob o número 4854, mas ainda não julgada. Seja como for, embora em pequena quantidade, os julgados de mérito são emblemáticos. Um precedente que pode ser tido como determinante do entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de considerar esse tipo de medida sanção política foi o recurso extraordinário (RE) 115.452, oriundo do Estado de São Paulo, posição reafirmada no julgamento de embargos de divergência (ERE) posteriores. Ele teve por base o artigo 153, § 23, da Constituição de 1967, que positivava o princípio da liberdade de trabalho (“§ 23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer”). O julgado foi posteriormente reafirmado no RE 216.983, também do Estado de São Paulo, já sob a égide da Constituição de 1988, mas fundado no mesmo princípio constitucional. Eis as ementas desses três casos (RE e ERE 115.452 e RE 216.983), as quais apontam o princípio constitucional que serviu de base normativa às decisões:<sup>511</sup>

EMENTA: - A imposição, ao arbítrio da autoridade fiscal, de restrições de caráter punitivo decorrentes do regime especial do ICM, devido à inadimplência do contribuinte, é contrária à garantia assegurada pelo art. 153, § 23, da Constituição. Precedentes do Supremo Tribunal: RREE nº 106.759, nº 100.918 e nº 76.455. Recurso extraordinário provido.<sup>512</sup>

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICM: REGIME ESPECIAL. RESTRIÇÕES DE CARÁTER PUNITIVO. LIBERDADE DE TRABALHO. CF/67, ART.153, § 23; CF/88, ART. 5º, XIII. I. - O "regime especial do "ICM",

---

incidente=5091155>. Acesso em: 4 jun. 2018.

<sup>511</sup> Há outros julgados que – no mesmo sentido – seguiram-se àqueles: RE 195.927, AI 529.106, AI 639.040, RE 567.871. Existe, contudo, um precedente (RE 474.241), isolado, em sentido contrário, oriundo de órgão fracionário da Corte (Primeira Turma) em julgamento em que estiveram ausentes dois de seus integrantes. Esta a sua ementa: “EMENTA: 1. Recurso extraordinário: descabimento: acórdão recorrido que se limitou a aplicar legislação que regulamenta o recolhimento do ICMS sob o regime de substituição tributária (RICMS), de natureza infraconstitucional: a alegada violação aos dispositivos constitucionais invocados seria, se ocorresse, reflexa ou indireta: incidência, *mutatis mutandis*, da Súmula 636. 2. ICMS: regime especial de fiscalização: ausência de ofensa ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, II) e à garantia constitucional da liberdade de trabalho (CF, art. 5º, XIII): não incidência, no caso, das Súmulas 70, 323 e 547, que versam sobre a proibição de restrições à atividade econômica como meio coercitivo de pagamento de tributos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 474241 AgR. Recorrido: Mercosul Distribuidora de Combustíveis Ltda. Recorrente: Estado de Minas Gerais. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Brasília, DF, julgado em 15 de agosto de 2006, DJ 08-09-2006 PP-00041 EMENT VOL-02246-04 PP-00728 RDDT n. 134, 2006, p. 166-170. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2369868>>. Acesso em: 4 jun. 2018.). Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário. Unânime. Não participaram, justificadamente, deste julgamento os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto. 1ª. Turma, 15.08.2006”.

<sup>512</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 115452**. Recorrido: COMET Fitas Auto-Adesivas Ltda. Recorrente: Estado de São Paulo. Relator: Min. Octávio Gallotti, Primeira Turma. Brasília, DF, julgado em 22 de março de 1988, DJ 22-04-1988 PP-09089 EMENT VOL-01498-03 PP-00637 RTJ VOL-00125-01 PP-00395). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1472818>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

autorizado em lei estadual, porque impõe restrições e limitações à atividade comercial do contribuinte, viola a garantia constitucional da liberdade de trabalho (CF/67, ART.153, § 23; CF/88, ART. 5º, XIII), constituindo forma oblíqua de cobrança do tributo, assim execução política, que a jurisprudência do Supremo Tribunal sempre repeliu (Súmulas nºs 70, 323 e 547). II. - No caso, os acórdãos indicados como divergentes cuidaram do tema sob o ponto de vista legal, enquanto que o acórdão embargado decidiu a questão tendo em vista a Constituição. Inocorrência, por isso, de divergência capaz de autorizar os embargos. III. - Embargos não conhecidos.<sup>513</sup>

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS: REGIME ESPECIAL. RESTRIÇÕES DE CARÁTER PUNITIVO. LIBERDADE DE TRABALHO. CF/67, art. 153, § 23; CF/88, art. 5º, XIII. I. - Regime especial de ICM, autorizado em lei estadual: restrições e limitações, nele constantes, à atividade comercial do contribuinte, ofensivas à garantia constitucional da liberdade de trabalho (CF/67, art. 153, § 23; CF/88, art. 5º, XIII), constituindo forma oblíqua de cobrança do tributo, assim execução política, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre repeliu (Súmulas nºs 70, 323 e 547). II. - Precedente do STF: ERE 115.452-SP, Velloso, Plenário, 04.10.90, DJ de 16.11.90. III. - RE não admitido. Agravo não provido.<sup>514</sup>

Na fundamentação do acórdão dos embargos de divergência 115.452 (reproduzida no julgamento posterior, recurso extraordinário 216.983), consta expressamente que “o regime especial do ICM, mesmo autorizado por lei, porque impõe restrições e limitações à atividade comercial do contribuinte, viola a garantia da liberdade de trabalho, que estava inscrita no art. 153, § 23, da Constituição de 1967 e que a Constituição de 1988 reafirma no art. 5º, XIII”. Nessa interpretação dos princípios que regulamentam a atuação do Estado, não poderia haver um tratamento específico dispensado a devedores que reiteradamente descumprem suas obrigações tributárias. A diferenciação de regime relativamente àqueles contribuintes adimplentes estaria vedada só por si, porque a discriminação seria afrontosa ao princípio da livre iniciativa no mercado (ou da liberdade de desempenho de atividade comercial). E é precisamente aí que a violação à integridade do Direito aparece.

Não haveria problema algum em o Supremo Tribunal Federal exercer o controle da abusividade das medidas em face, por exemplo, de alguma derivação dos princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade. Também não existiria óbice à revisão judicial no tocante a eventual concessão de extremada discricionariedade aos

<sup>513</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 115452 ED-EDv**. Recorrido: COMET Fitas Auto-Adesivas Ltda. Recorrente: Estado de São Paulo. Relator(a): Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgado em 04 de outubro de 1990, DJ 16-11-1990 PP-13059 EMENT VOL-01602-01 PP-00112 REPUBLICAÇÃO: DJ 05-12-1990 PP-14519 RTJ VOL-00138-03 PP-00847). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1472818>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

<sup>514</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 216983 AgR**. Recorrido: Estado de São Paulo. Recorrente: EMBRACOM Eletrônica Tecnologia. Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma. Brasília, DF, julgado em 06 de outubro de 1998, DJ 13-11-1998 PP-00012 EMENT VOL-01931-05 PP-01073). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1680426>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

agentes fiscais<sup>515</sup> ou mesmo à chamada “reserva de lei”, isto é, ao exame acerca da aceitabilidade constitucional de o regime especial ser regulamentado por ato normativo infralegal.<sup>516</sup> O que se revela problemático (e por isso interessa para ilustrar a hipótese da presente tese) é a conclusão de que qualquer arranjo fiscalizatório do cumprimento de obrigações tributárias que faça diferenciação entre contribuintes adimplentes e devedores contumazes está proibido de antemão por um princípio identitário de Estado que plenipotencializaria o valor da liberdade de iniciativa econômica.

Portanto, em uma análise que se restringisse a essa cadeia de precedentes, seria possível concluir que o Supremo trata a livre iniciativa de uma maneira relacional,

---

<sup>515</sup> No caso da legislação impugnada do Estado de São Paulo, as medidas estavam previstas nos artigos 53 e 61 da Lei Estadual 440/1974 e no artigo 490 do Decreto 17.727/1981, nestes termos: “Artigo 53 - Nas saídas de mercadorias promovidas por contribuintes submetidos a regime especial de fiscalização, o recolhimento do imposto poderá ser exigido antes da entrega ou remessa da mercadoria.

Parágrafo único - O disposto neste artigo aplica-se também aos contribuintes que só efetuem operações durante períodos determinados, em caráter eventual e transitório. [...]

Artigo 61 - Em casos especiais e com o objetivo de facilitar ou de compelir à observância da legislação tributária as autoridades que o regulamento designar poderão determinar, a requerimento do interessado ou ‘ex officio’, a adoção de regime especial para o cumprimento das obrigações fiscais pelo contribuinte”. SÃO PAULO. **Lei nº 440, de 24 de setembro de 1974**. Dispõe sobre o Imposto de Circulação de Mercadorias. Disponível em <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1974/lei-440-24.09.1974.html>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

“Artigo 490 - Quando um contribuinte reiteradamente deixar de cumprir suas obrigações fiscais, o chefe da repartição a que estiver subordinado poderá impor-lhe um regime especial para o cumprimento dessas obrigações (Lei 440/74, art. 61).

§ 1º - O regime especial previsto neste artigo constará nas normas que, a critério da autoridade, forem necessárias para compelir o contribuinte à observância da legislação.

§ 2º - O contribuinte observará as normas determinadas, pelo período que for fixado no despacho que as instituir, podendo elas ser alteradas, agravadas ou abrandadas, a critério da autoridade”. BRASIL. **Decreto nº 17.727, de 25 de setembro de 1981**. Aprova o Regulamento do Imposto de Circulação de Mercadorias, disciplinado pela Lei n. 440, de 24-9-74, com alterações nela introduzidas. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1981/decreto-17727-25.09.1981.html>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

Como é possível perceber, há nessa legislação (especialmente no Decreto) uma excessiva margem de discricionariedade conferida às autoridades fiscais para a eleição das medidas entendidas pertinentes. O argumento foi utilizado no julgamento do RE 115.452 para a invalidação desse regime em específico. Se o Supremo Tribunal Federal houvesse ficado restrito a ele, a presente discussão acerca da possibilidade em si da adoção de regimes especiais de fiscalização tributária (sejam quais forem as características que venham a ter) sequer teria sido inaugurada. Por via de consequência, não seria o caso de sugerir (como feito aqui) violação à integridade do Direito pelo cotejo entre duas cadeias jurisprudenciais cujo objeto é controlar a ação do Estado (políticas públicas e regimes especiais tributários).

<sup>516</sup> Esse ponto chegou a ser colocado no julgamento do RE 115.452. Contudo, na apreciação dos embargos de declaração opostos pelo Estado de São Paulo, foi afastada a hipótese de inconstitucionalidade por malferimento ao princípio da reserva legal, tendo sido marcado o principal fundamento do entendimento do STF, como é possível ver da fundamentação apresentada no julgamento desse recurso: “Observo, afinal, que o próprio fundamento do acórdão embargado está a evidenciar a desvalia da distinção postulada pelo Embargante, pois, sendo ele de ordem constitucional (art. 153, § 23), desce de ponto indagar se, em lei ou em decreto estaduais, se baseia o ato violador da garantia do livre exercício do trabalho, ofício ou profissão”.

no seguinte sentido: a liberdade de lançar-se ao mercado pressupõe regime isonômico de tributação entre contribuintes adimplentes e inadimplentes. Restringir de algum modo, pela via da fiscalização tributária, o livre exercício da atividade econômica apenas em função de uma situação de inadimplência contumaz afronta o respectivo princípio constitucional. É interessante notar, contudo, que nem mesmo o texto expresso da Constituição trata esse princípio com tal grau de intangibilidade, na medida em que o próprio *caput* do artigo 170 dispõe que a livre iniciativa deve ser exercida “conforme os ditames da justiça social”. Além disso, o próprio Supremo Tribunal Federal, em situações muito próximas à da espécie, já externou o entendimento de que o dever fundamental de pagar tributos<sup>517</sup> e a correlata qualidade de adimplente/inadimplente dos contribuintes podem ser levados em consideração como fator de discriminação na construção de regimes jurídico-tributários e até mesmo para autorizar o exercício de determinada atividade econômica. Dois casos são representativos.

No primeiro deles (RE 550.769),<sup>518</sup> o STF considerou constitucional dispositivo de lei federal que vincula a concessão de registro especial para a fabricação e comercialização de cigarros à regularidade da situação fiscal da empresa. Assim foi posta a questão nas razões do voto que prevaleceu, proferido pelo ministro relator

---

<sup>517</sup> Para uma discussão aprofundada sobre esse dever, é possível indicar o texto já clássico de Casalta Nabais: NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do Estado Fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009.

<sup>518</sup> A ementa respectiva tem o seguinte conteúdo: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SANÇÃO POLÍTICA. NÃO-PAGAMENTO DE TRIBUTOS. INDÚSTRIA DO CIGARRO. REGISTRO ESPECIAL DE FUNCIONAMENTO. CASSAÇÃO. DECRETO-LEI 1.593/1977, ART. 2º, II. 1. Recurso extraordinário interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que reputou constitucional a exigência de rigorosa regularidade fiscal para manutenção do registro especial para fabricação e comercialização de cigarros (DL 1.593/1977, art. 2º, II). 2. Alegada contrariedade à proibição de sanções políticas em matéria tributária, entendidas como qualquer restrição ao direito fundamental de exercício de atividade econômica ou profissional lícita. Violação do art. 170 da Constituição, bem como dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 3. A orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal rechaça a aplicação de sanção política em matéria tributária. Contudo, para se caracterizar como sanção política, a norma extraída da interpretação do art. 2º, II, do Decreto-lei 1.593/1977 deve atentar contra os seguintes parâmetros: (1) relevância do valor dos créditos tributários em aberto, cujo não pagamento implica a restrição ao funcionamento da empresa; (2) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade; e (3) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle da validade dos créditos tributários cujo não-pagamento implica a cassação do registro especial. 4. Circunstâncias que não foram demonstradas no caso em exame. 5. Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 550769 - Recurso extraordinário**. Recorrente: American Virginia Indústria Comércio Importação e Exportação de Tabacos Ltda. Recorridos: União e Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial. Intimado: Sindicato da Indústria do Fumo do Estado de São Paulo – SINDIFUMO. Relator atual: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2524898>>. Acesso em: 3 jun. 2018.



Joaquim Barbosa: “Temos, de um lado, o direito fundamental à livre atividade econômica lícita e o direito fundamental de acesso à Jurisdição. De outro, estão o direito à livre-concorrência e o dever fundamental de pagar tributos”. A partir daí, foram analisadas as condições que deveriam estar atendidas para que o registro empresarial pudesse ser cassado por motivo de inadimplência tributária: “relevância do valor dos créditos tributários em aberto” e “manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade e de validade dos créditos tributários”. Isto é, não foi simplesmente equiparada ao instituto da sanção política – e, portanto, violadora do livre exercício de atividade econômica – a diferenciação, por si, entre contribuintes adimplentes/inadimplentes atuantes no mesmo segmento comercial.

O segundo caso que exemplifica a possibilidade de adotar o inadimplemento como medida para desequiparação de regime tributário guarda relação com o benefício fiscal denominado Simples Nacional (RE 627.543).<sup>519</sup> O Supremo Tribunal Federal, na oportunidade, entendeu ser constitucional a exigência de regularidade fiscal para recolhimento de tributos na sistemática desse regime especial que favorece

---

<sup>519</sup> Eis a ementa das razões decisórias: “EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Microempresa e empresa de pequeno porte. Tratamento diferenciado. Simples Nacional. Adesão. Débitos fiscais pendentes. Lei Complementar nº 123/06. Constitucionalidade. Recurso não provido. 1. O Simples Nacional surgiu da premente necessidade de se fazer com que o sistema tributário nacional concretizasse as diretrizes constitucionais do favorecimento às microempresas e às empresas de pequeno porte. A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 146, III, d, e parágrafo único; 170, IX; e 179 da Constituição Federal, visa à simplificação e à redução das obrigações dessas empresas, conferindo a elas um tratamento jurídico diferenciado, o qual guarda, ainda, perfeita consonância com os princípios da capacidade contributiva e da isonomia. 2. Ausência de afronta ao princípio da isonomia tributária. O regime foi criado para diferenciar, em iguais condições, os empreendedores com menor capacidade contributiva e menor poder econômico, sendo desarrazoado que, nesse universo de contribuintes, se favoreçam aqueles em débito com os fiscos pertinentes, os quais participariam do mercado com uma vantagem competitiva em relação àqueles que cumprem pontualmente com suas obrigações. 3. A condicionante do inciso V do art. 17 da LC 123/06 não se caracteriza, a priori, como fator de desequilíbrio concorrencial, pois se constitui em exigência imposta a todas as pequenas e as microempresas (MPE), bem como a todos os microempreendedores individuais (MEI), devendo ser contextualizada, por representar também, forma indireta de se reprovar a infração das leis fiscais e de se garantir a neutralidade, com enfoque na livre concorrência. 4. A presente hipótese não se confunde com aquelas fixadas nas Súmulas 70, 323 e 547 do STF, porquanto a espécie não se caracteriza como meio ilícito de coação a pagamento de tributo, nem como restrição desproporcional e desarrazoada ao exercício da atividade econômica. Não se trata, na espécie, de forma de cobrança indireta de tributo, mas de requisito para fins de fruição a regime tributário diferenciado e facultativo. 5. Recurso extraordinário não provido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 627543**. Recorrente: Lona Branca Coberturas e Materiais Ltda. Recorridos: União; Estado do Rio Grande do Sul e Município de Porto Alegre. Relator atual: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgado em 30 de outubro de 2013, acórdão eletrônico repercussão geral - Mérito DJe-212 Divulg 28-10-2014 Public 29-10-2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3922675>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

micro e pequenas empresas. O voto vencedor do ministro Dias Toffoli consignou, nas suas razões, que “admitir o ingresso no programa daquele que não possui regularidade fiscal [...] é incutir no contribuinte que se sacrificou para honrar seus compromissos a sensação de que o dever de pagar seus tributos é débil e inconveniente”. E isso exatamente porque adimplentes e inadimplentes estariam recebendo, nessa situação, “o mesmo tratamento jurídico”. Daí a sua conclusão de que exigir regularidade fiscal, no caso analisado, constituiria tratamento “razoável àqueles que se encontram em situações desiguais relativamente às suas obrigações perante as fazendas públicas dos referidos entes políticos”, de modo que tal medida não implicaria “ofensa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, uma vez que a exigência de requisitos mínimos para fins de participação no Simples Nacional não se confunde com limitação à atividade comercial do contribuinte”.

Diante desse quadro, não parece nada equivocado afirmar que o Supremo Tribunal Federal vem violando a integridade do Direito. Se o *princípio jurídico de Estado* extraível de suas decisões acerca do alcance das prestações em políticas públicas é, no seu modo de interpretar a Constituição, o mais adequado, então é preciso que a jurisprudência sobre regimes especiais de fiscalização tributária mude. O grau de coerência que o tribunal vem apresentando na matéria da revisão de políticas estatais indica que, de fato, esse é o modelo de *Welfare State* que entende decorrer da interpretação dos princípios constitucionais. Os casos do registro especial para comercialização de cigarros e da exigência de regularidade fiscal para ingresso no Simples Nacional, ao marcarem o dever fundamental de pagar impostos como uma das justificativas para a adoção de tratamentos (razoáveis) diferenciados entre devedores contumazes e contribuintes adimplentes, estão muito mais próximos do princípio identitário de Estado que o STF parece extrair com firmeza da Constituição. Isso porque – ninguém negaria – a arrecadação de tributos é o meio principal de que podem se valer todos os entes federados para cumprir com seus deveres de desenvolvimento de políticas públicas essenciais à população.

Em outras palavras, não está em conformidade com o modelo jurídico de Estado encampado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a autorização para que um contribuinte deixe, deliberadamente, de recolher seus tributos por oito dos últimos doze meses de apuração<sup>520</sup> sem ficar submetido a qualquer tratamento

---

<sup>520</sup> É o que prevê, por exemplo, o regime especial de fiscalização tributária vigente no Estado do Rio Grande do Sul, conforme artigo 2º, parágrafo primeiro, da Lei Estadual 13.711/2011. RIO GRANDE DO SUL.

distinto por parte do mesmo Estado, porque isso seria uma exigência do princípio da livre iniciativa econômica do agente privado. É realmente difícil pensar que um discrimine desse tipo (não havendo – é claro – abusividade nas medidas aplicadas) não seria constitucionalmente adequado para o cumprimento das funções implicadas pelo modelo de Estado Social decorrente dos precedentes do próprio STF.<sup>521</sup> De qualquer forma, ainda que seja plenamente aceitável a discordância com o diagnóstico ora sugerido, o fato de ser possível avaliar as decisões e, portanto, a legitimidade do Supremo Tribunal Federal a partir do arranjo teórico proposto nesta tese (formado pelas noções de reflexividade e de integridade inclusiva, ambas profundamente ligadas) já indica a relevância – e porventura o acerto – da hipótese desta pesquisa.

Uma pergunta final, não obstante, remanesceria: isso tudo indica que o Supremo Tribunal Federal não é uma corte constitucional legítima? Ou, em outros termos: partindo do pressuposto de estarem corretas as análises dos casos paradigmáticos da presunção de inocência e dos regimes especiais de fiscalização, o poder que exerce o STF falha em dar identidade, no plano dos princípios, ao social? E, em assim sendo, suas decisões necessariamente deixarão de ser cumpridas? A resposta só pode ser negativa para todas essas relacionadas questões. A legitimidade pelo exercício do poder é uma qualidade, uma questão de grau. É, portanto, pelo

---

**Lei nº 13.711 de 06/04/2011.** Publicado no DOE - RS em 7 abr. 2011. Altera a Lei nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973, que dispõe sobre o procedimento tributário administrativo e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=156115>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

<sup>521</sup> Uma análise semelhante foi feita por Lenio Streck, tendo como objeto a discrepância do tratamento dado pelo STF aos crimes contra a ordem tributária comparativamente ao conferido aos delitos de furto: “Além dessa relevante questão hermenêutica – isto é, de que “é possível falar em racionalidades’ e na possibilidade de alcançar ‘respostas conteudística’ –, é preciso acrescentar outro componente, muito caro para o direito nesta quadra da história: *há uma (profunda) responsabilidade política nas decisões*. Nesse sentido, parece que uma decisão de um tribunal (em especial, do Supremo Tribunal Federal) sobre sonegação de tributos, considerando incompatível com a Constituição o processamento criminal sem o esgotamento da(s) instância(s) administrativa(s) em um país com o nível de evasão de tributos como o Brasil, mereceria uma análise para além dos fundamentos liberais clássicos do direito penal. Ou seja, não se trata de buscar uma resposta convencionalista, a partir de um grau zero de significação. Uma decisão adequada à Constituição, a toda evidência, exigiria, além da reconstrução principiológica do direito aplicável, um profundo exame da teoria do bem jurídico (entendido o bem jurídico como um direito a ser protegido ou um dever de legislar do Estado) a partir da matriz constitucional do Estado Democrático de Direito, insculpido na Constituição, que determina, entre outras coisas, *que o Brasil é uma república com o compromisso de estabelecer um Estado social* (papel do Estado), em que está insito um dever fundamental de pagar impostos (e não um direito fundamental de se subtrair à ação estatal), e que, portanto, para início de discussão, é absolutamente incompatível com a Constituição estabelecer tratamentos desiguais entre delitos que firam bens jurídicos interindividuais (veja-se como o mesmo direito penal é implacável para com o furto e outros crimes dessa espécie) e delitos que firam bens jurídicos supraindividuais, como, em especial, a sonegação de tributos”. (grifo do autor). STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

conjunto global do desempenho das atribuições dessa corte constitucional que será possível obter uma avaliação completa da sua legitimação para bem representar o povo-princípio. Seria – é claro – muito ruim para a democracia se a maior parte das pessoas, exercendo seus respectivos juízos interpretativos, viesse a considerar o Supremo globalmente ilegítimo. Possivelmente uma mudança institucional teria de ser levada a cabo. Há, a propósito, outra questão moral envolvida aí (e cuja resposta demandaria um outro estudo), a qual consiste em saber se e por quanto tempo devemos acatar as decisões de uma instituição que consideramos não representativa do povo. Entretanto, isso também não significa que haja uma conexão direta e necessária entre a aceitação, por exemplo, de um tribunal constitucional (ou mesmo a confiança em sua autoridade) e a obediência às suas decisões. Como refere Gerald Postema, as determinações autoritativas de uma instituição não legítima ainda poderão ser (e provavelmente serão) acatadas por razões prudenciais (*prudent compliance*).<sup>522</sup> Mas, sem dúvida alguma, uma situação desse tipo acionaria o imaginário botão de alerta democrático.

Para rumar a uma conclusão, é possível postular que o Direito como integridade é uma virtude jurídica apta a simbolicamente prover, no âmbito do trabalho exercido pelas cortes constitucionais, uma unidade de princípio que nunca está plenamente dada nas democracias modernas. A integridade, pois, é algo sempre a ser buscado (jamais *se completa*, mantendo o caráter aberto da democracia). Ela se coaduna com a postulação rosanvalloniana de que a legitimidade por reflexividade não é um “estatuto”, mas uma “qualidade”, a ser constantemente exercitada pelas instituições. A integridade do Direito funciona, dessarte, como um caminho para que as sociedades democráticas possam, no plano da jurisdição constitucional, beneficiar-se reflexivamente da diferença que geram entre sua divisão originária e a unidade simbólica que, propiciada pelo respectivo poder político-jurídico, confere-lhes uma

---

<sup>522</sup> “There is a further, stronger connection between law and integrity. Not only does legal argument tend to take the shape integrity recommends, but it must do so because the legitimacy of law in circumstances of integrity depends on its being manifestly governed by the aspiration to justice. The governing regulative idea of law is not merely consistency, order, or even authority. Any of these, without the manifest project of directing all resources towards justice – towards manifest right order in the community – is not worthy of our allegiance, has no legitimacy, and so at best can only command prudent compliance. Only if law is governed by the demands and discipline of integrity can it claim legitimacy where there is deep and fundamental disagreement about justice. If it is disciplined by integrity, public reasoning that purports to bind (and is likely to affect) all members of the society can be seen to be in the service of law’s regulative idea, even when the demands of that regulative idea are in dispute”. POSTEMA, Gerlad J. Integrity: justice in workclothes. In: BURLEY, Justine (Org.). **Dworkin and his critics**: with replies by Dworkin. Oxford: Blackwell Publishing, 2004. p. 312.

necessária, embora sempre disputável, identidade.<sup>523</sup>

A exteriorização da identidade da sociedade pelo Supremo Tribunal Federal ocorre, pois, no plano dos princípios, os quais compõem a dimensão *do político* e relacionam-se, assim, diretamente com a divisão originária do social. O fato é que, no atuar da jurisdição constitucional, o povo-princípio, embora permanentemente latente, exterioriza-se. É uma manifestação que, não obstante carregue em si uma pretensão de duração, é necessariamente instável. Isso porque, em uma compreensão pós-fundacionalista da democracia, a ausência primordial (ou ontológica) de um fundamento último é, em si mesma, a condição de possibilidade dos fundamentos “enquanto presentes”, ou seja, dos fundamentos onticamente manifestados no momento do ato de poder.<sup>524</sup> Afinal de contas, a democracia é o regime do *poder como lugar vazio*, fundada na *legitimidade do debate sobre sua própria legitimidade*.

O povo-princípio não pode senão fornecer ao social um fundamento provisório. Mas provisoriedade não funciona aí como sinônimo de curta duração. Por ser fruto de um trabalho de reflexividade e, nessa medida, contrária à ideia de “democracia imediata”, a representação do povo-princípio imprime ao regime democrático, via de regra, uma temporalidade naturalmente mais duradoura do que a dimensão eleitoral-

<sup>523</sup> FLYNN, Bernard. **Lefort y lo político**. Trad. Gabriel Merlino. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008, p. 25 e 63. Como refere Warren Breckman, “a impossibilidade de a sociedade estar completamente presente para si mesma cria um ‘efeito’ de exterioridade”. (tradução nossa). (BRECKMAN, Warren. Lefort and the symbolic dimension. **Constellations**, [S.l.], v. 19, n. 1, p. 30-36, 2012). Um exame muito esclarecedor sobre como Lefort vê esse trabalho reflexivo-identitário do social pelos princípios (a diferença da sociedade em relação a si mesma) é apresentado por Weymans: “*Unlike all these theorists, who assume society can be reduced to a set of facts that should be simply mirrored (‘represented’) by politics, Lefort assumes that in order to understand a society, one must also take into account the principles (like ‘popular sovereignty’, ‘equality’ or ‘human rights’) that order, legitimize and give meaning and an identity to a factual social order. Like Tocqueville, he assumes that these principles guide institutions as well as the way people experience themselves and the world. This is not to say that these guiding principles are themselves an ultimate foundation or ‘deeper’ reality from which society could be inferred. Even though they guide social reality, these principles are not a reality in themselves. On the contrary, Lefort’s starting point is precisely that there will always be a fundamental distinction between society’s reality and its guiding principles or, in his own preferred terminology, that there will always be a divergence (écart) of ‘the real’ (le réel) (i.e. society) from ‘the symbolic’ (le symbolique) (i.e. its guiding principles). It is thus neither possible to reduce completely a complex social reality to its principles, nor can reality exist without any guiding principles. All this implies that in order to explain a society one needs to take into account both social reality (‘the real’) and its guiding principles (‘the symbolic’), without ever being able to reduce one to the other (as liberalism, Marxism and the social sciences had all done). For Lefort, examining these guiding ‘generatory principles’ (principes générateurs) of a society means looking at its ‘form’ (forme de société) or its symbolic order, which he also calls ‘the political’ (le politique) – as opposed to the particular sphere of politics (la politique)*”. WEYMANS, Wim. Freedom through political representation. Lefort, Gauchet and Rosanvallon on the relationship between state and Society. **European Journal of Political Theory**, [S.l.], n. 4, p. 265, 2005.

<sup>524</sup> Conforme Marchart, o conflito é o “fundamento negativo” do social. MARCHART, Oliver. **EI pensamento político posfundacional**: la diferencia política em Nancy, Lefort, Badiou y Laclau. Trad. Marta Delfina Álvares. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009. p. 30, 84, 132-133.

majoritária. É dessa maneira que contribui para o equilíbrio do regime, pressupondo, é claro, mediação institucional, ou seja, alguém que “fale” por ele. Hoje, como bem percebe Rosanvallon, os candidatos típicos ao exercício desse papel de mediador simbólico no plano dos princípios são os tribunais constitucionais. Todavia nenhum ator social, em uma democracia (que não sobrevive sem pluralismo, divisão, conflito), pode pretender dominar o sentido da sociedade concebida como um todo. A própria existência de múltiplas formas de legitimação do poder atesta a impossibilidade de reivindicação do monopólio desse sentido por qualquer autoridade. O reconhecimento, contudo, de mais essa circunstância da democracia não é suficiente para o equilíbrio do regime. Direito, poder e saber precisam funcionar autonomamente, desintrincados, mas sem que possamos conferir-lhes um fundamento último de legitimidade. A equação do poder democrático é efetivamente complexa e delicada.

Dessa maneira, o Supremo Tribunal Federal, ainda que ocupe a função de mediador do povo-princípio, não pode pretender encarnar o sujeito democrático por excelência. Do contrário, o tipo de legitimidade reivindicada para si acabaria por sufocar as demais, notadamente a do povo eleitoral. A vontade da Constituição não deve equivaler ao exercício pelo tribunal de uma moral voluntarista manifestada por um juízo discricionário forte, como se o sentido do Direito pudesse ser encapsulado pelo poder da corte, tornando-se idêntico a sua enunciação por esta.<sup>525</sup> “O juízo político não deve ser o exercício de uma vontade arbitrária nem deve ser percebido como tal”,<sup>526</sup> sob pena de erosão da legitimidade da autoridade que assim se porte. O respeito à integridade (inclusiva) do Direito é uma forma de evitar essa indesejada

---

<sup>525</sup> São relevantes as palavras de Poltier sobre a imprescindível separação entre Direito e poder na democracia: “Essa exterioridade ao poder dos princípios que regem a sociedade democrática se traduz no que Lefort chama de um ‘desemaranhamento’ das esferas da lei, do poder e do saber. Em resumo, essas esferas reivindicam autonomia, adquirem suas próprias regras de legitimação, independentes das regras que têm os demais. O poder já não pode reger o saber, como tampouco pode submeter o Direito para modificá-lo segundo sua conveniência. Ao contrário, se o Direito não pode comandar o poder, cada vez mais se assume como uma instância independente à que as autoridades políticas estão submetidas, fixando limites a sua ação [...]” (tradução nossa). POLTIER, Hugues. **Claude Lefort: el descubrimiento de lo político**. Trad. Heber Cardoso. Buenos Aires: Nueva Visión, 2005. p. 67.

<sup>526</sup> É o argumento de Flynn, que ainda agrega, na linha do que defendido nesta tese, que “*pese a su incorporación a instituciones legales específicas, los derechos siguen siendo en esencia indeterminados, es decir, su significado permanece siempre abierto a interpretación sin la posibilidad de una finalidad. Por supuesto, en Estados Unidos la Corte Suprema es un ‘árbitro final’, pero sus decisiones siempre pueden reverse; está la constitución, pero siempre está sujeta a enmiendas*”. FLYNN, Bernard. **Lefort y lo político**. Trad. Gabriel Merlino. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008. p. 274-275 e 286.

simbiose entre Direito e poder, com o segundo se assenhorando do sentido do primeiro. A própria dimensão simbólica dos direitos fundamentais dá um eloquente testemunho de sua aversão à corporificação pelo poder, além de atestar que seu sentido extrapola em muito os termos de sua inscrição em um texto constitucional. A ambiguidade do sentido desses direitos, à falta de “fundamento último”, liga-se a sua autonomia em face do poder. Isto é, “desincorporado o poder, o direito se desincorpora, e assim se afirma irreduzível ao poder, ganha autonomia, na exata medida em que também perde substancialidade”.<sup>527</sup>

A autonomia do Direito está, portanto, intimamente ligada à impossibilidade de fixar-lhe uma essência (os direitos estão sempre na dependência de um debate sobre seu fundamento). É condição da democracia a impossibilidade de encarnação dos princípios constitucionais. Ainda assim, contudo, eles precisam conferir alguma identidade (mesmo que inexoravelmente provisória) ao social. Dependem, pois, do poder para representá-los, dando-lhes um sentido. A forma como o Supremo Tribunal Federal pode fazê-lo, no seu âmbito de atribuições, é pela via da integridade reflexiva. Quanto mais íntegra nesse sentido for a sua jurisprudência, mais reflexivamente legítima será sua autoridade, por melhor representar o povo-princípio. A avaliação do grau de legitimidade conquistado é, contudo, uma questão eminentemente interpretativa e, nessa medida, dependente do engajamento da corte constitucional em razões e argumentos. Isso é algo a ser lamentado? Ao que tudo indica, não. É uma circunstância inerente ao caráter incerto do regime democrático, cujos princípios estão consagrados a um questionamento sem fim. Não fosse por isso, difícil encontrar alguma razão para lamentar que uma instituição se engaje na conquista de sua legitimidade.

---

<sup>527</sup> MOUTINHO, Luiz Damon Santos. Democracia: uma discussão com Catherine Colliot-Thélène. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, [S.l.], n. 25, p. 63, 2014. Poltier tem também outra passagem interessante sobre esse ponto: “Uma vez mais, na democracia ninguém pode pretender possuir o saber último do Direito e dos fins da sociedade humana. O que resulta preciso compreender é que o Direito é constitutivo do espaço democrático, em outras palavras, é o que faz possível esse espaço, o que permite àqueles que o habitam relacionar-se entre si como iguais que gozam de uma mesma liberdade antes que como desiguais em uma relação de senhor e vassalo ou servo [...]. O Direito se encontra no centro do espaço democrático, de maneira que todos somos ao mesmo tempo um produto e um promotor seu”. (tradução nossa). POLTIER, Hugues. **Claude Lefort: el descubrimiento de lo político**. Trad. Heber Cardoso. Buenos Aires: Nueva Visión, 2005. p. 85.

## 5 CONCLUSÕES

Foi um longo percurso até que a hipótese pudesse ser defendida, na sua especificidade, pelo decorrer do último capítulo. Muitas foram as conclusões parciais firmadas até que fosse possível postular que o Supremo Tribunal Federal adquira legitimidade pelo exercício da representação do povo-princípio. E não só isso. Mas também para afirmar que a legitimidade reivindicada para si é uma questão de grau, de tal maneira que a sua aferição ocorre à medida que o poder é exercido pelo tribunal. Em outras palavras, ela nunca é plenamente conquistada. Sujeita-se a uma permanente busca, sendo, a propósito, essa circunstância mesma que caracteriza uma instituição que se legitima pela via reflexiva. Além disso, foi necessário fixar – justificando-as – diversas premissas quanto ao regime democrático e suas qualidades ensejadoras da legitimação do poder para que fizesse sentido a defesa da integridade (inclusiva) do Direito como “método” adequado para fazer representar reflexivamente o povo-princípio. E, a partir daí, lançar a conclusão de que a corte constitucional pode, por meio dela (da integridade), conferir a necessária, embora instável, identidade (de princípio) à sociedade democrática, sociedade em cuja base política radica um conflito ineliminável. Agora, terminado o desenvolvimento do corpo do trabalho, serão sumariadas as principais conclusões, em parágrafos próprios, de cada capítulo da tese. O intuito dessa medida é possibilitar uma compreensão mais direta do objeto da pesquisa, de modo a contribuir para a avaliação do alcance dos seus objetivos.

### CAPÍTULO 1 (A DEMOCRACIA COMO INCERTEZA: O PLANO DO POLÍTICO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS)

1. O pensamento político pós-fundacional, inspirado em um paradigma fenomenológico (Heidegger), tem implicações para pensarmos a diferença entre os planos *do político* e *da política* nos regimes democráticos. O ponto epicentral do pós-fundacionalismo está na constante interrogação das figuras metafísicas fundacionais (“totalidade”, “universalidade”, “essência”, “fundamento”). A compreensão pós-fundacionalista implica, portanto, a crença, de um lado, na inerradicabilidade da contingência e, de outro, no *político* enquanto momento de um fundar parcial e inerentemente falho. Está em jogo aí o status atribuído aos fundamentos, de modo que a ausência primordial (ou ontológica) de um fundamento último é, em si mesma,



a condição de possibilidade dos fundamentos enquanto presentes, vale dizer, em sua objetividade ou ‘existência’ empírica como seres ônticos.

2. Nessa ambiência, é possível postular que o plano “do político” (ontológico) é o que dá inteligibilidade à sociedade. A política (plano ôntico) é um elemento seu. O Direito também não lhe fica imune. É nessa chave que ocorre a distinção entre *ciência política* (domínio de estudo da política) e *filosofia política* (campo de interrogação e exploração do político). A primeira adota o ponto de vista da ciência em geral, definindo seu objeto de conhecimento a partir da construção ou da delimitação do fato político considerado na sua particularidade, de modo a distingui-lo de outros fatos sociais (econômico, jurídico ou estético, por exemplo), bem como do fato “puramente social”, entendido como o modo de relação entre os grupos ou classes da sociedade. A segunda (a filosofia política) não ostenta em si essa vontade de objetivação. Refere-se à experiência que se engendra em função de uma concepção implícita das relações dos homens entre si e de uma concepção de suas relações com o mundo. Aborda a diferença entre a legitimidade e a ilegitimidade, entre a verdade e a mentira, o autêntico e a impostura, a busca de poder ou de interesse privado e a busca do bem comum. É a parte do conhecimento humano que interroga *o político*, beneficiando-se da experiência inscrita no tempo e no espaço sociais. Deve levar em conta a história, os fatos interrogantes e modificadores dos diversos regimes (democrático, totalitário, despótico etc.), bem assim o pensamento dos homens. *O político*, portanto, enquanto objeto de estudo da filosofia política, é inafastável. É uma dimensão do social constitutiva e instituinte das demais. Um espaço de inteligibilidade. A interrogação colocada nesse plano busca *os princípios geradores* das diversas formas de sociedade (o seu *regime* ou a *mise en forme* da coexistência humana). A distinção analítica entre o que pertence à ordem do econômico, da política (no sentido dado pela ciência moderna) e do jurídico apenas pode ser alcançada porque possuímos dentro de nós a ideia de uma dimensionalidade originária do social, eminentemente política em sua forma.

3. Essas implicações – que decorrem da inafastabilidade do plano *do político* – permitem conceber a democracia como uma forma de sociedade (um regime) em que o lugar do poder se torna um “lugar vazio”. Mantendo-se “vazio”, só pode ser exercido por meio de procedimentos (protegidos pelo Direito) que possibilitem reajustes periódicos, a impedir que os governantes deles se apropriem, incorporem-no. Permanece, contudo, infigurável. Ninguém é consubstancial ao poder. Tornam-se

visíveis apenas os mecanismos de seu exercício e os homens que detêm a autoridade política momentânea. A implicação mais clara dessa mudança de estatuto do poder com o advento da experiência democrática é um desintrincamento entre as esferas do poder, do Direito (lei) e do conhecimento (saber). Na exata medida em que o poder deixa de manifestar o princípio gerador e organizador do corpo social, não mais condensando em si as virtudes de uma justiça e de uma razão transcendentes, o Direito e o saber afirmam-se, face ao poder, através de uma exterioridade e de uma irreduzibilidade novas. Uma vez, portanto, que o poder, em sua materialidade, dissipa-se, uma vez que seu exercício se apresenta temporalmente limitado e subordinado ao conflito das vontades coletivas, a autonomia do Direito brota, mas esta não consegue fixar-lhe a essência (do Direito). A dimensão de um devir do Direito então se manifesta na democracia, repousando em um debate contínuo sobre seu fundamento e sobre a legitimidade do que é (e deve ser) estabelecido.

4. É por conta dessas circunstâncias que os direitos humanos ou fundamentais guardam uma relação umbilical com o regime democrático, marcando, também eles, a mutação havida *no político* pelo advento da democracia. Andam de par com o fenômeno da desincorporação (do poder, do Direito e do saber). Essas esferas, desintrincadas, articulam-se entre si, de maneira que a legitimidade do poder não pode ser construída sem recorrer ao Direito. É, portanto, todo um outro modo de exterioridade do Direito (e, principalmente, dos direitos fundamentais) em relação ao poder que se instaura com a mutação do político. Desse modo, os direitos humanos, apesar de direcionarem o Direito à busca de sua fundamentação, só lhe proveem um fundamento necessariamente disputável e, por isso, instável. Esses direitos, em regimes democráticos, furtam-se a todo poder que pretenda apoderar-se de seu fundamento (ou deles próprios), seja qual for a natureza desse poder: religioso, monárquico ou mesmo popular. Há neles excesso face a toda formulação efetivada. A sua formulação contém a exigência de sua reformulação. Os direitos adquiridos são necessariamente chamados a sustentar direitos novos. Em suma, não são circunscritos *na* sociedade; seus efeitos não são empiricamente localizáveis, tampouco controláveis.

5. Se, portanto, a democracia é, ao mesmo tempo, uma forma de sociedade e um modo de exercício do poder, os direitos fundamentais funcionam como seus princípios de formalização, os quais regulam a maneira em que, no ambiente democrático, os indivíduos se relacionam entre si. O princípio da igualdade política é

um desses princípios essenciais para a constituição de um espaço público no qual o sentido dos direitos é colocado em disputa. No entanto, essa constatação não leva à conclusão de que os direitos humanos devem a sua existência à (ou se arraigam na) essência de cada indivíduo. As pessoas gozam desse status jurídico privilegiado enquanto membros de uma sociedade democrática. À falta dessas garantias fundamentais do homem, a própria democracia se desmoronaria. As liberdades, por exemplo, de pensamento, de reunião ou de expressão não são atributos do indivíduo por si mesmo. Elas são constitutivas de uma espécie de “liberdade de relação”, ou seja, são qualificativos do espaço público democrático, de modo que atentar contra elas não é apenas violar direitos individuais, mas – mais do que isso – colocar em risco o regime democrático mesmo.

6. Daí que o Direito próprio a regimes democráticos acaba fatalmente destinado ao questionamento, submetido ao teste constante das (novas) reivindicações dos atores sociais, que disputam pelo seu melhor sentido. Onde o Direito está em questão, a sociedade fatalmente também o estará. Os direitos do homem não podem ser vistos, então, dissociados do político. Nada de rigoroso sobre eles pode ser dito se não nos debruçarmos sobre sua natureza política; da mesma forma, não é possível avançar sobre a caracterização do político sem colocarmos em jogo uma ideia de coexistência humana (mediada pelos direitos). Essa espécie de simbiose entre direitos fundamentais e democracia, participando os dois de uma aventura que coloca a sociedade à prova de sua própria instituição, é uma chave diferente para pensarmos as relações entre constitucionalismo e democracia, mormente naquilo que se convencionou chamar, no campo jurídico, de contramajoritarismo. O efeito transgressor dos direitos do homem – no qual residiria seu caráter contramajoritário – é, nessa compreensão, conatural à incerteza que caracteriza o regime democrático.

7. Essa radical incerteza é, justamente, o que caracteriza a democracia. Não há unidade que consiga apagar a divisão social. A experiência democrática é, em certo sentido, indomesticável, inapreensível. Funda-se na legitimidade do debate sobre o legítimo e o ilegítimo. Nela, o povo é, sim, dito soberano, mas não cessa de questionar sua identidade, que permanece latente. A indeterminação radical que a sociedade democrática instaura é vinculada à institucionalização do conflito, de resto irreduzivelmente ínsito à sociedade, simbiótico ao político. Há uma relação notável entre a competição pelo exercício do poder e o conflito na sociedade. A legitimação do conflito político contém em si o princípio que legitima o conflito social sob todas as

suas formas.

8. E esse quadro de incerteza democrática está muito relacionado com a ideia de “carne” do social. Nem matéria, nem espírito, nem substância, a “carne” do social (expressão de Merleau-Ponty) é um “elemento”, no sentido em que empregado para designar água, ar, terra ou fogo, no sentido, pois, de um meio caminho entre o indivíduo espaço-temporal e a ideia, espécie de princípio encarnado que importa um estilo de ser em todos os lugares onde se encontra uma parcela sua. O ser social não é, portanto, nem sujeito nem objeto, mas tecido conectivo – *carne* – associado à comunicação intersubjetiva que se torna o quiasmo da carne social. Esta é, assim, supraindividual, um elemento no qual seres feitos do mesmo elemento (carne na carne) se reconhecem entre si e experimentam sua copresença. Não se trata de uma copresença “física” apenas, mas de um pertencimento a essa existência comum supraindividual – e, a despeito disso, plural – que configura a carne do social. Não é caos, mas textura que retorna e se ajusta a si mesma (o que faz analogamente ao modo de ser da carne do corpo humano). A novidade do regime democrático, portanto, não é propriamente o seu equilíbrio instável – o social é sempre relativamente instável precisamente por ser carne –, mas a institucionalização da instabilidade mesma (ou seja, a natural incerteza do regime acaba aceita e institucionalizada). Há uma espécie de “fracasso de último momento” na forma democrática do social. Não um fracasso no sentido negativo, mas um fracasso que significa não ser possível alcançar um fechamento definitivo, corporizador o poder, pois nada nem ninguém pode ser consubstancial ao poder em uma democracia. Esse fracasso de último momento da democracia é a renovação permanente de seu enigma, ou seja, da incapacidade que tem a carne do social de apreender-se por completo.

## CAPÍTULO 2 (A DIMENSÃO SIMBÓLICA DO REGIME DEMOCRÁTICO E O PODER COMO UM LUGAR VAZIO)

9. A origem ou filiação filosófica da dimensão simbólica em Lefort é alvo de controvérsia. Mas pode ser reconduzida à ordem humana que integra o conceito de “estrutura” em Merleau-Ponty. O simbólico é, então, essa dimensão não puramente imanente, tampouco absolutamente transcendente que opera na estrutura que caracteriza a sociedade. *O político* indica a existência de uma “ordem simbólica” na sociedade. A revolução produzida pelos regimes democráticos ocorreu precisamente

por conta de uma mutação nessa ordem, na qual poder, Direito e saber passaram a figurar desintrincados. Na dimensão estrutural e instituinte (e, dessarte, “ontológica”) *do político*, há (já) como que uma exigência de que essas três esferas sejam organizadas, enquanto modelo social (no plano “ôntico”, portanto), desincorporadas e autônomas entre si. Essa é uma característica da *mise en forme* da sociedade democrática que, na qualidade de conjunto significativo ou simplesmente “estrutura”, não pertence propriamente nem ao mundo exterior, nem à vida interior. O simbólico enseja, pois, uma espécie de universalidade “oblíqua” ou “lateral”. Assim como a linguagem, considerada enquanto sistema integrante da estrutura simbólica, tem uma “pregnância”, uma presença latente de novas possibilidades expressivas engendradas pela própria língua, assim também o têm *o político*, a sociedade e os próprios direitos. Todos são campos abertos ao ausente e ao possível, nos quais cada significação aponta para um horizonte que ultrapassa o significado instituído.

10. A partir dessa perspectiva simbólica, exsurge toda uma forma peculiar de enxergar a função do poder na sociedade. O poder, mesmo emanando do voto popular, não está alojado no interior da sociedade. Mas também não lhe é completamente externo. Permanece uma instância em virtude da qual a sociedade é apreendida em sua unidade, referindo-se a si mesma no espaço e no tempo. Contudo não mais representa – com o exsurgir da experiência democrática – um polo incondicionado, isto é, o poder não pode ser reduzido à dominação ou à direção de um Estado cujo traço distintivo seria o monopólio da violência legítima. Ele dá sentido (identidade, unidade) ao social. Há, portanto, uma “dialética sem síntese” entre unidade e pluralidade nesse modo de ser do poder: a obstinação da divisão social e do conflito não eviscera a unidade da sociedade; sem embargo, não é uma unidade alcançada ou alcançável. A unidade acaba funcionando como uma atividade ou um trabalho do poder de permanente busca. Essa característica, aliás, que assume o poder na sociedade democrática – gerar estabilizações provisórias de sentido em meio a um conflito ineliminável – dá conta da ideia de que a democracia representativa moderna é o único regime em que a representação do poder o atesta como um “lugar vazio”. A metáfora indica uma separação entre simbólico e real. Em suma: a unidade da sociedade representada pelo simbólico do poder não pode, na democracia, apagar o seu inerente conflito interno, o que equivale a dizer que o poder não se desprende do trabalho da divisão no qual se institui a sociedade.

11. E, nessa tensão entre conflito e unidade, operam os princípios de

formalização do social. Incrustados que estão no simbólico-político, não se encontram à disposição de ninguém, seja indivíduo, grupo ou classe, porquanto constitutivos da própria identidade da sociedade e de seus membros. E só podem ser assim, eficazmente operativos, porque se impõem a todos e a cada um como marcos significativos de sua ação. Atuam como esquema reitor que possibilita a formalização das relações sociais, evidenciando o seu sentido ao mesmo tempo que lhes põe em cena. Formam, pois, a “estrutura” ou a “carne” do social. A visibilidade e a inteligibilidade desses princípios reitores é assegurada precisamente pelo lugar que dá à sociedade uma quase-representação de si mesma, de sua unidade: o poder, que ostenta essa dimensão, muito antes do que instrumental, simbólica.

12. Dessa maneira, a dimensão simbólica da sociedade, cujo poder é um dos polos que a “encena”, provendo-a de um instável equilíbrio identitário, consagra especial relevância à discussão sobre o arbítrio ou a discricionariedade em sentido forte no exercício da autoridade. O paroxismo de uma situação de arbitrariedade abala a ordem simbólica de tal maneira que a própria democracia, enquanto *mise en forme* da sociedade, pode ser posta em xeque, expondo-se ao risco das temíveis investidas totalitárias, que viriam à tona com o objetivo de “resolver” a insuportável instabilidade. Essa circunstância atesta que o regime democrático não convive bem com o exercício arbitrário do poder, que assim presencia uma gradativa asfixia de sua dimensão simbólica e, por conseguinte, a crescente erosão de sua legitimidade, perdendo a eficácia da função, que lhe é própria, de dar identidade ao social. Dessarte, porque constitutivos do viver em comum, a alteração dos princípios de formalização do social tem potencial para acarretar mudanças (bruscas) na ordem social e política. Ao pretender produzir alterações forçadas no estatuto simbólico (nos princípios geradores) da sociedade, o poder possivelmente se revelará arbitrário, derruindo a legitimidade de que então gozava. Seria possível, portanto, definir o simbólico da sociedade negativamente, dizendo que reúne todos os princípios que não estão – porque constitutivos de si – ao alcance da ação transformadora do poder, isto é, tudo o que não pode ser por este transformado sem que o regime (a *mise en forme* do social) reste ameaçado. A autoridade, nesse sentido, movimenta-se já “no simbólico-político” (plano inafastável), ostenta inexoravelmente uma pré-compreensão de seus correlatos princípios (dentre os quais estão inseridos os direitos fundamentais, que também têm sua dimensão simbólica). Por isso fornece, a partir do exercício do seu poder, a identidade da sociedade, encenando-a, conferindo-lhe uma quase-

representação de si. Não pode, pois, ter a pretensão de criá-la (essa identidade) jamais, como se agisse em uma espécie de “grau zero de sentido”.

13. E se assim o é, se a dimensão simbólica é instituinte e inafastável, impregna, invariavelmente, também o Direito, o que pode ser notado, principalmente, pela posição que ocupam os direitos humanos ou fundamentais na democracia. Há na instituição destes sinais de um novo tipo de legitimidade para o poder e de um espaço público no qual os indivíduos são tanto produtores quanto instigadores. Os direitos humanos são, assim, indissociáveis do desenvolvimento da democracia. A sua formulação, no fim do século XVIII, inspira-se em uma reivindicação de liberdade, de resistência à opressão, reivindicação essa que derrota a representação de um poder situado acima da sociedade, dotado de uma legitimidade absoluta (Deus, sabedoria suprema ou justiça suprema) e incorporado na pessoa do monarca. Os direitos humanos marcam, então, o desintrincamento do Direito e do poder. Eles (Direito e poder) não mais se condicionarão a um mesmo polo, de modo que o poder, para que se torne legítimo, terá de estar conforme ao Direito (notadamente, aos direitos fundamentais), do qual, todavia, não possui o princípio. Por outro lado, a ideia de “conformidade ao Direito” é deveras complexa. E é aí que entra a discussão sobre seu sentido simbólico, também chamado de “alcance político” dos direitos fundamentais. Para discernir esse alcance, não podemos nos deter no sentido literal dos enunciados das grandes Declarações, isto é, deixar de indagar quais são as consequências do exercício de novos direitos na vida social. Eis o caráter inerentemente interpretativo (Dworkin) dos direitos que impregna o seu estatuto simbólico, tornando-os incertos e alvo de disputas argumentativas acerca do seu melhor sentido. A dimensão simbólica dos direitos do homem se tornou, nesse sentido, constitutiva da sociedade política. Há nela força instituinte, caracterizada pelo fato de que os direitos não se dissociam da consciência dos direitos, havendo uma relação ambígua entre a positivação destes e o seu sentido. A declaração formal de direitos, ao tempo que lhes reforça a garantia pela exigida(ível) proteção do poder, corre o risco de contribuir para a sua limitação, na medida em que pode provocar sua “objetivação jurídica” (Lefort). Seja como for, diante da defesa ou da exigência de um direito, é necessário ao poder (político) oferecer uma resposta que dê a razão de seus princípios, que produza os critérios do justo e do injusto e não mais somente do permitido e do proibido. O Direito, visto nessa perspectiva, não ataca o poder de frente, atinge-o obliquamente, tocando no núcleo do qual tira a justificação de seu próprio direito de requerer adesão e obediência de

todos.

14. Daí que o contramajoritarismo que a ideia de direitos fundamentais evoca está profundamente ligado à dimensão simbólica do Direito. O plano simbólico não pode ser controlado, apropriado pelo poder. Não é possível que o homem faça do Direito o que bem entende de forma impune. Há uma zona indominável (a “irreducibilidade da consciência do direito à opinião”, como diz Lefort). Um espaço público de disputa pelo melhor significado dos direitos fundamentais, assegurado pelos próprios direitos de reunião e de expressão. As maiorias que naturalmente se formam não eliminam essa disputabilidade. No máximo, estabilizam provisoriamente os sentidos dos direitos, propiciando equilíbrios instáveis. Até porque o poder está sempre sujeito a ser posto à prova pela jurisdição constitucional, esta que, por sua vez, também não gera mais do que estabilizações intersticiais pelas suas decisões. Não obstante, o seu exercício deve poder contribuir para a manutenção do lugar *vazio* do poder nas democracias. O magistrado constitucional, assim como a autoridade eleita, não pode pretender ocupá-lo, agindo como – em termos lefortianos – o “grande juiz”. A degradação dos direitos não reside tanto nos erros da maioria. É, antes disso, resultante da degradação do próprio espaço público, processo no qual o debate sucumbiria a uma opinião massiva, compacta e constante de uma autoridade que se autopercebesse plenipotenciária.

### CAPÍTULO 3 (CONTRADEMOCRACIA, REPRESENTAÇÃO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA)

15. A democracia não apenas tem uma história. A democracia é uma história, indissociável, pois, de um trabalho de exploração e experimentação, de compreensão e elaboração de si mesma. A história assim concebida é o “laboratório em atividade” (Rosanvallon) do nosso presente, que permitiria capturar a complexidade do real e de sua dimensão aporética para alcançar a “coisa mesma” do político. Buscar a “coisa mesma” do político equivale, portanto, a aceitar a inerente complexidade do fenômeno democrático, considerar o caráter problemático do regime para apreendê-lo em seu movimento. Perscrutar a vida democrática é, nesse sentido, explorar um problema. É, ao mesmo tempo, um movimentar-se para longe de improváveis modelos ideais ou originais do democrático. Assumir sua inerente incerteza. Em outras palavras, é caminhar na “carne” do social e do político, penetrando-a, fincando interrogações na



experiência e em suas respectivas representações.

16. Essa maneira de olhar a democracia descortina toda uma dimensão contrademocrática presente de maneira tão paradoxal quanto inexorável no regime. A contrademocracia não é o contrário da democracia. Trata-se de dimensão do democrático composta por poderes indiretos disseminados pelo corpo social. Organiza, frente à democracia de legitimidade eleitoral, toda uma “democracia de desconfiança”. A determinação das condições de formação de um poder legítimo e a formulação de uma “reserva de desconfiança” são historicamente inseparáveis. A confiança, nessa linha de pensamento, não deixa de representar uma “instituição invisível”, produzindo uma ampliação da qualidade da legitimidade do poder, agregando a seu caráter procedimental dimensões morais e substanciais (integridade e bem comum). Além disso, um regime de confiança permite pressupor o caráter de continuidade no tempo dessa legitimidade ampliada. Liga-se à ideia de uma legitimidade conquistável e aferível pelo exercício do poder. A reserva de desconfiança contrademocrática assim concebida é desenhada em torno de três eixos: (i) poderes de controle; (ii) poderes de obstrução e (iii) colocação da ação política à prova por um juízo. A contrademocracia caracteriza, nesse sentido, uma autêntica *forma política* que integra, por meio dessas três manifestações gerais, a composição da *mise en forme* do simbólico-político-democrático.

17. Uma importante dimensão contrademocrática, relacionada, pois, a seu terceiro eixo (colocação à prova por um juízo), é a figura rosanvalloniana do “povo-juiz”. A judicialização da política constitui seu vetor mais visível. O voto e o juízo são, portanto, duas *formas políticas* possíveis para o exercício do “poder da última palavra”. Às vezes, o povo pode exercer a função de juízo diretamente (como quando atuam os jurados). Em outras, a atuação ocorre por vias institucionais paralelas ao Poder Judiciário, como ocorre com o *impeachment* e com o chamado *recall* estadunidense. Todavia, mesmo quando essa atividade é exercida no interior do aparato judicial, consagra também uma função social. A justiça se exerce “em nome do povo” e seu desempenho tem potencialidades para cumprir expectativas coletivas. Daí a importância de problematizá-la, de estudar a dinâmica com que influi no arranjo democrático. Buscar a “coisa mesma” da função judicial é uma via para compreender a extensão de seu papel político na democracia. Só podemos propor-lhe rearranjos e limites, ou seja, postular como deveria ser, se tivermos a capacidade de enxergá-lo (esse papel das cortes de justiça) como efetivamente é.

18. E, nesse movimento de buscar o sentido do “povo-juiz”, é possível encontrar nele um lado democraticamente “patológico”. Expressões como “ativismo judicial” e “governo dos juízes” ilustram-no com boa densidade semântica. Parecem óbvios os efeitos indesejados de uma hipertrofia do Poder Judiciário. O espaço de movimentação desse Poder não é pequeno, mormente no que concerne à jurisdição constitucional. Em Rosanvallon, a possível asfixia da democracia pelo extrapolamento de sua inerente dimensão contrademocrática é um fenômeno chamado de “populismo”, que pode naturalmente atingir a função de “povo-juiz”. O populismo judicial tem muito de decisionismo, mas se caracteriza por uma postura mais do que apenas voluntarista. É, antes de tudo, um agir deliberadamente punitivista de um braço do Estado contra os outros, visando a criminalizar ou até mesmo a ridicularizar o poder político. Seria o Poder Judiciário investindo-se na condição de ator privilegiado para falar em nome do povo, “encarnando” o soberano e subjugando as autoridades estatais eleitas. Com efeito, tal como o totalitarismo de que falava Lefort, o populismo deve ser primordialmente compreendido na sua relação com as tensões estruturantes da representação. Assim como aquele, este também pretende resolver a dificuldade de representar o povo ressuscitando sua unidade e sua homogeneidade de um modo imaginário, em uma tomada radical de distância com aquilo que supostamente se lhe opõe: o estrangeiro, o inimigo, a oligarquia, as elites. É uma espécie de movimento rumo a uma forma impolítica de democracia, pela assunção – no caso da função judicial – de agir tendente à eliminação do conflito que está na base da sociedade, falando, em voz autodeclaradamente uníssona, em nome de um povo que se imagina homogêneo e transparente. A contrademocracia, que deveria servir para potencializar a legitimidade-confiança por meio de um exercício permanente de desconfiança, acaba por gerar o efeito inverso, colocando sob suspeita toda forma de autoridade exercente de poder político, notadamente aquelas erigidas enquanto tal pelo voto popular.

19. Independentemente, contudo, desse risco de degeneração (inerente, aliás, ao exercício de qualquer poder), o desempenho da função de juízo é, sem dúvida, uma forma de ação pública que representa tentativas de figurar o interesse geral sobre um caso particular. Enquanto modalidade de decisão, possui propriedades específicas e um modo de ser bem distinto das ações que compõem o universo eleitoral, especialmente o voto. Isso implica que o tipo de legitimação a que responde também deve ser diverso daquele próprio das autoridades eleitas. A jurisdição, especialmente a constitucional, põe em evidência uma espécie de “política do juízo”, a significar que

o exercício da judicatura em nível constitucional implica um questionar-se sobre sua própria legitimidade na democracia. E quando assim o faz, isto é, quando argumenta sobre sua legitimidade, propondo as balizas de sua atuação, a corte constitucional concomitantemente incide sobre a amplitude da ação dos demais poderes. É uma função instituinte e, portanto, política, uma vez que dá sentido ao social, atribui-lhe identidade no plano dos princípios. Mas a qualidade de ação “política” atribuída à jurisdição não é a mesma daquela ordinária, exercida pela “*política de la voluntad*”, expressada pelas urnas e pela ação governamental. Coexistem ambas, em alguma medida (mas não sempre), contraditoriamente, o que atesta o caráter complexo e multifário assumido pela representação democrática, na medida em que lhe é agregada dimensão de contrademocracia. E não poderia ser diferente. O sentido de “política” atribuído à jurisdição constitucional remete àquele tratado no primeiro capítulo deste trabalho, ou seja, aquele inerente ao plano ontológico, inafastável, da sociedade. Mais precisamente, está em questão o plano “do político”, constitutivo do social e, portanto, espaço de inteligibilidade do qual o Direito não está imune. É possível dizer que a distância entre “política do juízo” e “política da vontade” dá testemunho da realidade de uma sociedade inerentemente dividida, de um conflito que lhe é irredutível.

20. Seja como for, há função representativa tanto nos poderes democráticos como naqueles contrademocráticos (nos quais se incluem o Poder Judiciário e suas cortes constitucionais). Diante da tensão entre os princípios abstratos (soberania popular, direitos fundamentais etc.) e a realidade concreta da democracia, a representação política assume papel mediador. Se a sociedade precisa guiar-se por princípios geradores invisíveis (simbólicos), então necessitamos de instituições para representá-los. Até porque o poder não é algo detectável na realidade empírica. Ele só existe enquanto representado. Representação, portanto, não significa um *espelhamento* passivo da realidade. Trata-se, diferentemente, de uma *atividade*, consistente em fazer atuar os princípios simbólicos de modo a que a sociedade adquira sentido. Uma vez que esses princípios não são uma realidade dada, parece evidente que representar não pode significar simplesmente “*an act of mirroring*”. Os princípios adquirem vida através da representação política. São quase-representados pelo poder (pelas instituições) em meio a um ineliminável conflito entre distintas visões políticas que pretendem fixar-lhes o melhor significado, característica própria das democracias, carecedoras que são de fundamento último de legitimidade. A identidade

dos regimes democráticos vive em permanente abertura pela impossibilidade de coincidência plena entre o simbólico e o real. Ainda assim, a democracia não sobreviveria sem esses princípios (simbólicos), sendo dependente de instituições que os representem. Não se reduzindo a um simples instrumento de dominação a serviço dos interesses “reais”, a representação do poder atua no sentido de evitar uma espécie de transubstanciação dos princípios, assim entendida qualquer tentativa de “realizá-los” plenamente. A representação política, concebida desse modo, contribuiria para a expansão – e não para o sufocamento – da liberdade. É preciso, pois, que se mantenha imperfeita, com alguma distância da sociedade “como realmente é”.

21. Entre real e simbólico, portanto, é certo que a democracia convive com uma ficção fundadora: a assimilação da vontade geral com a expressão da maioria, que redundava na mescla de “um princípio de justificação” (soberania do povo) com uma “técnica de decisão” (majoritarismo) presente no instituto da eleição. Há nela um ínsito paradoxo, traduzido pelo fato de que a consolidação geral de um sujeito político e um procedimento prático de opção não gozam da mesma natureza, muito embora a sua assimilação rotineira acabe por encobrir a contradição latente que sempre existiu entre ambos. O quadro acarreta uma segunda indesejável assimilação: a identificação da natureza de um regime com suas condições de estabelecimento, de uma intensidade tal que a parte acabaria valendo pelo todo e o momento eleitoral, pela duração do mandato. Esses foram os pressupostos sobre os quais se assentara, desde suas origens, a legitimidade do regime democrático. Entretanto, essa dupla ficção fundadora tornou-se alvo de um precoce desencanto.

22. Por isso que, objetivando corrigir o problemático projeto de uma expressão unificada das vontades (por meio de uma forma mais realista e objetiva de generalidade social), os regimes democráticos foram progressivamente se apoiando em duas bases: sufrágio universal e administração pública. Essa última, tendo deixado de ser apenas “correia de transmissão” do poder público, passa a adquirir maior status, baseado na competência técnica. E à igualdade de expressão reconhecida pelo voto passou a corresponder o princípio da igualdade de admissão na função pública. Simultaneamente, foram sendo consagrados dois tipos paralelos de “provas públicas de validação” para determinar quem seriam os representantes (ou intérpretes) da generalidade social: a eleição, como opção “subjetiva” guiada pelo sistema de interesses e opiniões, e o concurso, enquanto seleção “objetiva” dos mais competentes. Nessa medida, a par de uma “legitimidade de estabelecimento” (a

consagração através das urnas), surgirá uma segunda percepção da legitimidade democrática: “a identificação com a generalidade social”, que apareceria como uma espécie de “elemento compensador” da debilitação da legitimidade eleitoral. Em suma: o poder se legitimaria pelo procedimento de seu *estabelecimento* enquanto autoridade e pela *identificação* com valores morais e normas aceitos pela generalidade social.

23. Entretanto, também esse sistema de dupla legitimidade se debilita com o tempo, e o povo deixa de ser percebido como uma massa homogênea, passando a ser melhor identificado com uma soma de situações específicas. As sociedades contemporâneas passam a ser compreendidas cada vez mais a partir da noção de minoria, que deixa de ser a parte pequena que deveria inclinar-se a uma parte grande. Começa a ser assimilada como uma das múltiplas expressões difratadas da totalidade social. A consequência desse quadro é tornar profundamente relevantes para a construção de um poder legítimo as qualidades que as autoridades venham a demonstrar *durante* o desempenho das funções públicas para as quais foram eleitas ou nomeadas. A legitimidade torna-se algo a ser conquistado *no* e *pelo* exercício do poder. Por isso, as formas de legitimação pela *investidura* só podem gerar uma simples “democracia de autorização”.

24. A par dessa democracia de autorização, ganha relevo uma “democracia de exercício”, que vem a designar uma forma geral de legitimidade que direciona ao exame das qualidades esperadas dos governantes e as regras que organizam suas relações com os governados, funcionando assim como uma espécie de prolongamento da legitimidade de investidura. A legitimidade de exercício é própria a todas as pessoas e instituições que de uma maneira ou outra exercem mando sobre os outros e, de tal modo, participam de órgãos governamentais (em sentido amplo). A avaliação desse tipo de legitimidade exige um juízo interpretativo característico (Dworkin), que em geral será difícil. Desse modo, assim como a justiça, a legitimidade é uma questão de grau. Aferir a legitimação de um poder pelo exercício é, portanto, uma medida controversa e dependente de juízos argumentativos sobre como o poder é exercido. Não é uma credencial fornecida de antemão, normativa e contrafaticamente, muito menos autoatribuível. Precisa ser *obtida* ou *conquistada* ao longo do tempo, *no* e *pelo* exercício da função pública.

25. A legitimidade de exercício do poder tem, assim, relação com três diferentes formas de concepção da generalidade social que se afastam tanto da “agregação

aritmética” (com ideal subjacente de unanimidade) como da “perspectiva monista” (com a referência a um interesse social como propriedade estável de um corpo coletivo ou de uma estrutura). São formas mais dinâmicas das operações simbólicas de generalização do social que, funcionando como uma espécie de horizonte regulador, passam a corresponder a estes três modos de aquisição de legitimidade pelo poder, cada um encarregado de pôr em prática o respectivo ideal de generalidade: a *legitimidade por imparcialidade* (vinculada com a posta em prática da generalidade negativa); a *legitimidade por reflexividade* (associada com a generalidade de multiplicação); e a *legitimidade por proximidade* (que segue a generalidade que atende à particularidade).

26. Essas formas (em simultâneas competição e complementação) de o poder ser reconhecido como democraticamente legítimo atestam uma ampliação da vida das democracias para bem além da esfera eleitoral-representativa. Contrariamente, pois, às legitimidades de estabelecimento e de identificação, indissociáveis das propriedades consideradas como pertencentes intrinsecamente a certos poderes (a eleição ou o concurso, que garantiriam um *estatuto* àqueles que triunfassem na prova pertinente), essas formas emergentes estão constituídas por *qualidades*. A legitimidade nunca é, nesses três casos, efetivamente *adquirida*. Permanece sempre precária, pois sujeita de maneira continuada a questionamentos e, nessa medida, dependente da percepção social da ação e do comportamento das instituições. Embora tenham surgido de um marco de tipologia usual que distingue entre legitimidade como produto de um reconhecimento social e legitimidade como adequação a uma norma, as legitimidades por imparcialidade, por reflexividade e por proximidade superpõem, com efeito, essas duas dimensões: têm um caráter híbrido. Derivam das características das instituições, da sua capacidade para personalizar valores e princípios, mas simultaneamente continuam sendo dependentes do fato de serem percebidas como tais.

#### CAPÍTULO 4 (LEGITIMIDADE POR REFLEXIVIDADE E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A REPRESENTAÇÃO DO POVO-PRINCÍPIO PELA INTEGRIDADE DO DIREITO)

27. O tipo de legitimidade própria (ou prevalecente) das cortes constitucionais é a reflexiva. Isso não quer dizer, contudo, que não possam (ou mesmo devam)

aumentar sua legitimação democrática com base em outros tipos de qualidades legitimatórias. Se pensarmos na legitimidade por imparcialidade, é possível postular que essas cortes serão percebidas como mais legítimas se, na sua conduta diária, mostrarem-se insuladas dos influxos da política partidária. Apesar de não ser adequado requerer delas, notadamente em face da investidura de seus membros por indicação presidencial, algum tipo mais forte de imparcialidade política, é plenamente aceitável que exijamos o exercício de seu poder alheio ao jogo de interesses dos partidos. Da mesma maneira, a ideia de legitimidade por proximidade também pode concorrer para uma melhor percepção social do trabalho de um tribunal constitucional. A equidade nos procedimentos e o devido processo legal são importantes para robustecer sua legitimidade. Inscrevem-se emblematicamente nesse marco, além da participação da conhecida figura do *amicus curiae* na jurisdição constitucional, as chamadas “audiências públicas”, previstas pelo Direito brasileiro na Lei Federal 9.868/1999. Essas medidas se prestam para uma abertura do Supremo Tribunal Federal aos setores mais variados da sociedade civil. Ainda que as decisões da Corte não devam se pautar pela “opinião pública majoritária”, a implementação desses mecanismos pode, sim, contribuir para uma melhor impressão sobre a forma como os cidadãos são considerados pela instituição, bem assim para o cumprimento do dever de ouvir e de informar e um aumento da transparência de suas ações.

28. Apesar da importância dessas outras formas de legitimação, uma corte constitucional ocupa o espaço próprio à dimensão reflexiva da democracia. É o que a autoriza a “falar em nome da sociedade”. E deve legitimar-se, preponderantemente, com base nessa qualidade. Isto é, o trabalho de reflexividade levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal (no caso do Brasil) precisa lidar com o caráter incompleto da democracia. Por isso sua vinculação a uma generalidade social de multiplicação. A atuação reflexiva provê maior complexidade à vida democrática, e o faz na medida em que assume uma estratégia de pluralização da representação, multiplicando seus enfoques parciais a fim de alcançar uma captação mais completa do regime. Nesse sentido, “escava” o político, entendido este, lefortianamente, como o esquema diretor que possibilita pensar as relações entre classes, grupos e indivíduos e que comanda as noções de justo e injusto, bem e mal, desejável e indesejável etc. Permite então, ao conceber o povo *multiplicado* para além de sua expressão aritmética, um agir simbólico de reflexão da sociedade sobre si mesma, a partir da ideia de *povo-princípio* que, por seu turno, encontra identidade nos direitos fundamentais positivados pela

Constituição da República de 1988 (considerado o cenário pátrio). O tribunal constitucional pode, assim, tornar mais complexas as formas e os sujeitos da democracia, auxiliando-nos a enxergar os mecanismos do sistema majoritário como sendo apenas uma parte da *mise en forme* democrática. Em outras palavras, atua em uma temporalidade distinta daquela “imediata”, traduzida pela dimensão eleitoral-majoritária.

29. O *povo-princípio* é, portanto, o sujeito por excelência da legitimidade democrática por reflexividade, sendo constituído pelo equivalente geral que funda o projeto de inclusão de todos na sociedade: a igualdade. Define-se, assim, por um modo de composição do comum. O povo-princípio ganha *vida* quando os direitos fundamentais – que o integram – são representados pelo poder. Os direitos fundamentais constituem, nessa medida, a cidadania do indivíduo, como forma de pertencimento à coletividade, e a humanidade do homem, como reconhecimento da irreduzível singularidade de cada um. Respeitá-los implica que todas as vozes sejam escutadas, que todas as margens sejam consideradas. O sujeito de direito é, por isso, a própria figura desse povo (do povo-princípio).

30. É necessário evitar, contudo, uma equiparação entre o povo-princípio (o sujeito constitucional) e aqueles que o enunciam discursivamente. Há um domínio intersubjetivo circunscrito pelo discurso constitucional, o que significa que nem os constituintes, nem os intérpretes da Constituição, nem os que se submetem às suas prescrições são propriamente o *sujeito constitucional*. De alguma maneira todos fazem parte dele, mas a sua apreensão como tal só pode ocorrer mediante expressões de sua autoidentidade no discurso intersubjetivo que vincula todos os atores humanos que estão e serão reunidos pelo mesmo conjunto de princípios constitucionais. O povo-princípio se forma, então, no interior da *carne do social*, no tecido democrático que permite simultaneamente reversibilidade e alteridade; o qual engendra simbolicamente a possibilidade sem limites da manifestação do direito de falar e ser escutado. Esse o caráter incerto e aberto da democracia, que guarda íntima relação com a dimensão simbólica dos direitos fundamentais, cujo sentido, por sua vez, será dado oficialmente pela autoridade legítima para falar em nome do povo-princípio. Estamos – vale marcar – no plano do simbólico e da disputa de sentido para os direitos fundamentais a partir do caráter histórico da democracia, ensejado pelo conflito irreduzível que se instala em seu seio, de maneira que aquele detentor de poder que dará um significado ao povo-princípio só poderá fazê-lo de maneira precária



e provisória.

31. Subjacentemente à ideia de povo-princípio, há uma dimensão de tempo que caracteriza a legitimidade por reflexividade. A *democracia reflexiva* é construída como antítese temporal da *democracia imediata*. Esta pode ser engendrada em momentos excepcionais (manifestação do poder constituinte, por exemplo), mas se converte em força destrutiva se houver a pretensão de impô-la como regra corrente. O mesmo se poderia dizer de uma concepção radical de democracia direta que pretendesse manifestar permanentemente a soberania popular. A vontade geral viveria assim de caprichos momentâneos. Isso sem mencionar a sempre possível captura da ideia de imediatidade democrática pelos detentores do poder com a pretensão de, sufocando o simbólico, encarnar o “povo-uno” no plano do real. Esse paradoxo sugere, como intuitivo, que a democracia só adquire sentido e forma como construção de uma história. O povo como sujeito político-democrático é, em si mesma, uma figura do tempo. É substancialmente história. Na compreensão de povo-princípio e de sua correlata legitimação reflexiva, é possível ver que democracia não é apenas a forma política que permite a uma coletividade governar-se a si; é também o regime no qual se constrói uma identidade comum. Por isso é preciso insistir na necessária pluralização dos tempos da democracia. Uma atitude reflexiva pode – pelo menos idealmente – permitir a articulação entre as distintas temporalidades implicadas nas tarefas de gerir o presente, de construir uma história e de projetar o futuro. A formação de uma generalidade de multiplicação pressupõe a existência implícita dessa pluralização dos tempos do político.

32. Além do *sujeito* e do *tempo*, a legitimidade por reflexividade conta com mais uma dimensão que a caracteriza. Ela diz respeito à função democrática de oferecer *razões*, do ato em si de julgar motivadamente, que ocorre em paralelo ao ato-voto. São as típicas manifestações do *povo-juiz*. A democracia, enquanto forma de sociedade, implica – só por si – a existência de um foro aberto de discussões, porque estabelecido simbolicamente pelos direitos ininterruptos de falarmos e de sermos escutados. Isto é, uma *mise en forme* em que os direitos e os deveres de um indivíduo são legítimos na medida em que sempre passíveis de serem postos em discussão, porquanto necessariamente condicionados aos direitos e deveres dos outros. Dessa maneira, existem múltiplas arenas dispersas nas diferentes instituições e nos diferentes lugares da vida social (os meios de comunicação, por sua vez, não deixam de funcionar como seus filtros ou aceleradores). Há um elevado grau de

heterogeneidade nos registros do conflito democrático-argumentativo. A eleição agrega esses diferentes elementos, convergindo-os na urna. Nesse instante determinado, funciona como um redutor da complexidade inerente às múltiplas argumentações. Mas se, de fato, as eleições procedem a uma necessária condensação periódica da diversidade social, evidentemente não a dissolvem, tampouco a absorvem ao longo do tempo. É preciso, assim, continuar dando vida à complexidade social, fazendo com que a qualidade do debate público se mantenha e se desenvolva. A legitimidade por reflexividade deve permitir que as mais variadas vozes (notadamente as de grupos minoritários) se façam representar via povo-princípio. Está, pois, contida na ideia de generalidade por multiplicação uma preocupação por ver prevalecer a razão pública.

33. Consideradas todas essas dimensões características da legitimidade por reflexividade, o modelo de instituição destinado a cumprir essa função é aquele correspondente às cortes constitucionais, que o fazem por meio do exercício de sua atribuição principal, qual seja, a jurisdição constitucional. Embora não haja um monopólio desses órgãos estatais sobre as atribuições reflexivas da democracia (é perfeitamente possível pensar outros arranjos que as desempenhem), o fato é que sua ascensão é um acontecimento global. E, no caso do Brasil, a respectiva competência está atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição de 1988. Nessa medida, o seu trabalho de reflexividade estaria em fornecer representação aos mais diversos grupos sociais, gerando a generalidade por multiplicação democrática. E só cumprirá essa tarefa se tiver como fundamento de sua legitimidade o povo-princípio, que dá consistência à generalidade social enquanto igualdade inclusiva. O STF (assim como qualquer outra corte constitucional) não pode, portanto, pretender legitimar-se pelo atendimento a uma “vontade popular” tão etérea quanto a concepção de “maioria”. O papel da jurisdição constitucional é propiciar a reflexão simbólica da sociedade sobre si mesma, o que só é cabível por meio da interpretação dos princípios geradores da democracia (notadamente dos direitos fundamentais). Não é – nem deve ser – essencialmente “limitação da vontade da maioria”, muito menos representação de “anseios populares” (seja lá o que isso possa significar). Essas expressões só fazem produzir riscos de entropia representativa. Em suma: a jurisdição constitucional, na perspectiva democrático-reflexiva, justifica sua existência por representar argumentativamente o povo-princípio.

34. A jurisdição constitucional, enxergada dessa maneira, tem potencialidades

para ensejar o *florescimento democrático* (Eisgruber). E isso fundamentalmente porque o pré-compromisso constitucional não equivale a grilhões repressores de disputas interpretativas (conflitos, enfim) por parte das futuras gerações em torno dos princípios da Constituição, mormente dos direitos fundamentais. Há um espaço enorme de interpretação sobre seu melhor sentido, espaço que faz refletir as mais díspares concepções de justiça presentes em qualquer sociedade. O caráter ambíguo da positivação de uma Carta de Direitos e o desacordo sobre seu alcance simbólico é desejável em uma compreensão pós-fundacional do democrático. E não deixa de estar na base da ideia de povo-princípio, que legitima o agir reflexivo do poder. É evidente, por outro lado, que esse espectro amplo de interpretação não pode redundar em um ceticismo sobre o sentido dos direitos. Daí a relevância democrática da ideia (abordada nos dois últimos tópicos do capítulo) de integridade do Direito em Dworkin.

35. A Constituição serve, assim, como um estímulo à deliberação pública sobre temas moralmente sensíveis. Entretanto, quando o Supremo Tribunal Federal decide uma controvérsia dessa natureza pode acabar bloqueando ou mesmo encerrando o debate na sociedade sobre a questão decidida? Não necessariamente. Quando uma corte constitucional decide acerca de uma controvérsia de princípio, mais frequentemente inspira argumentos. Com efeito, decisões do STF sobre temas socialmente delicados ocupam a pauta dos meios de comunicação, são examinadas nas universidades e integram a agenda de campanhas político-eleitorais. Até porque é um ponto nuclear da democracia o fato de o debate não poder ser interrompido nunca. Há direitos fundamentais a garanti-lo. Existirá – é bem verdade – uma necessária estabilização provisória do sentido sobre o conteúdo e o alcance dos princípios constitucionais a cada decisão de uma corte constitucional. Esse é um efeito, aliás, imprescindível para a democracia, que, se vive de conflito, não dispensa unidade e identidade simbólicas para o social (garantidas precisamente pelo poder), sob pena da degeneração da disputa em guerra civil. Mas o fato é que, muito embora transitem em julgado e haja princípios (segurança jurídica, o mais óbvio) que recomendem a manutenção do padrão decisório por, no mínimo, um tempo razoável, tais deliberações jurisdicionais são passíveis de revisão, por variados motivos, em casos vindouros. Podem, outrossim, ser ainda superadas pela ação parlamentar (leis ou emendas constitucionais com conteúdo diverso do decidido).

36. O papel *representativo* do Supremo Tribunal Federal está, dadas todas essas circunstâncias, profundamente vinculado à representação do povo-princípio.

Nessa medida, sua ação poderá ser ou não contramajoritária (entendida essa expressão como algo contrário à vontade da maioria da população). Se atender ou não a “anseios populares”, se invalidar ou não atos legislativos e decisões administrativas, isso não importa. Sua atuação deverá – sempre – estar vinculada à representação reflexiva dos princípios geradores da democracia. E essa circunstância leva a pôr em xeque eventual papel “iluminista” (no sentido de promoção de “empurrões progressistas” na história) que eventualmente lhe seja atribuído. O maior problema dessa ideia é que a função por ela defendida não poderia nunca ser autopercebida, muito menos autoatribuída pela corte constitucional. A legitimidade por reflexividade, que gera a representação do povo-princípio, é uma qualidade passível de ser obtida por meio do exercício regular e adequado das atribuições da instituição. É, pois, uma questão de *democracia de exercício* e não de *democracia de autorização*. Assim concebida, a legitimidade passa a ser, antes de tudo, uma questão de grau, precisando ser conquistada pelo cumprimento cotidiano dos deveres da autoridade estatal. O fato de atuar ou não contramajoritariamente ou de “empurrar” ou não a história são consequências do desenvolvimento da função. A legitimidade se estabelece de maneira progressiva, isto é, ao longo do tempo, com maior ou menor aceitação (sua aferição é uma questão eminentemente interpretativa), mas sempre no registro (principal) da representação do povo-princípio.

37. É por isso que a melhor imagem para descrever a função das cortes constitucionais é a concepção de “fórum do princípio” de Ronald Dworkin. Por meio das suas ideias correlatas de integridade e de comunidade de princípios, esse autor norte-americano efetivamente trabalha tendo em conta a dimensão de reflexividade da democracia. Os tribunais e, em especial, as cortes constitucionais tomam decisões políticas importantes, mas o critério de validação de sua ação deve ser o respeito aos princípios da Constituição e não à vontade da maioria. O Poder Judiciário deve agir elaborando e aplicando uma teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais. Há uma espécie de cooriginalidade entre princípio e integridade; ambos, umbilicalmente ligados, integram o trabalho de reflexividade desempenhado pelas cortes constitucionais.

38. Exigir integridade da corte constitucional não equivale, em hipótese alguma, a negar o desacordo, a disputa, o conflito, de resto inerentes ao regime democrático. Ao invés disso, a exigência de integridade pressupõe o desacordo moral. Como ideal político, a integridade do Direito permite que, mesmo em um ambiente marcado por

uma inerradicável disputa, possamos postular por uma identidade para a comunidade. Trata-se de levar em conta o excedente de sentido advindo da dimensão simbólica dos princípios (dos direitos fundamentais), dimensão essa que, se permite, de um lado, novas e inesgotáveis reivindicações de direitos, aponta, de outro, para a necessidade de dar identidade e sentido ao social. A integridade do Direito trabalha, portanto, com uma ideia de legitimidade do poder para além da dimensão eleitoral-majoritária, das chamadas *clear-cut decisions*. Corresponde ao que Rosanvallon chama de uma generalização da representação por multiplicação inclusiva. Assim, a legitimidade por reflexividade e, na mesma medida, a integridade são comparáveis à *construção de uma história*, testemunhando que a democracia não pode ser reduzida a uma forma política que simplesmente permita a uma coletividade governar-se a si. Deve representar também o regime no qual seja possível construir uma identidade comum. E é precisamente essa a estratégia de legitimação do poder que a integridade exige: a reconstrução de uma história institucional a fim de conquistar uma identidade para o social no plano dos princípios constitutivos do regime democrático (dentre estes, notadamente, os direitos fundamentais).

39. A integridade do Direito não deve, portanto, ser idealizada, isto é, depurada do ambiente conflituoso da democracia e dos constrangimentos derivados dos arranjos institucionais que pretendem dar equilíbrio (ainda que instável) ao regime democrático. A justiça que persegue é a *justiça possível* dentro das limitações inerentes às chamadas “circunstâncias da integridade”. Com efeito, a ideia de legitimidade nas democracias contemporâneas é complexa e variada. Muito embora sua expressão majoritária confira apenas uma legitimidade incompleta (de investidura e instrumental), o povo eleitoral majoritário continua sendo um indubitável árbitro prático da vida democrática, dando-lhe fundamento legal. Permanece, portanto, central à democracia. Esse é um dos motivos pelos quais a integridade tem de ser, nas palavras de Dworkin, necessariamente *impura* ou *inclusiva*. Ela deverá contemplar, para a fixação do conteúdo do Direito (dos princípios constitucionais), todas as limitações institucionais próprias à prática legal como um todo. Nessa expressão (“limitações institucionais”), a supremacia legislativa está incluída e, com isso, deve ficar preservada, no desempenho da jurisdição, o espaço cabível à legitimidade eleitoral-majoritária.

40. Tais limitações decorrem de princípios substantivos (relacionados ao desenho da democracia) que impõem a consideração pelos juízes constitucionais da

“vontade do parlamento” (por mais que seja possível disputar o sentido dessa expressão) materializada nos enunciados de lei. O consagrado “princípio da presunção de constitucionalidade” dos atos normativos representa essa circunstância na nossa tradição jurídica, impondo um elevado ônus argumentativo (pelo menos em tese) para sua invalidação em face da Constituição da República. Para que o Supremo Tribunal Federal possa legitimar-se reflexivamente, portanto, não pode desconsiderar a *impureza* da integridade constitucional. O Direito como integridade, nessa perspectiva *inclusiva*, não apenas permite como também promove formas de conflito ou tensão substantivos dentro da melhor interpretação geral do Direito. A supremacia legislativa – que obriga os juízes a aplicarem as leis, salvo em caso de inconstitucionalidade – é uma questão de equidade porque protege o poder da maioria de fazer o direito. A equidade política, assim concebida, impõe que as cortes constitucionais, ao decidirem, definam seus próprios poderes contra o de outras instituições e autoridades, fazendo um balanço das legitimidades em disputa.

41. Diversamente, portanto, de uma *integridade pura* (pela qual fosse possível buscar a coerência ou a justiça independentemente desses constrangimentos institucionais), a *integridade inclusiva* exige que o juiz (especialmente o constitucional) considere todas as virtudes democráticas (equidade política, justiça substantiva e devido processo legal adjetivo) coeridas em sua decisão, a fim que as reflita, tanto quanto possível, em uma proporção que considere adequada. A ressalva “tanto quanto possível” reconhece que a devida atenção a uma dessas virtudes, numa demonstração geral do direito, implicará às vezes um acordo quanto ao nível de integridade que pode ser alcançado em outra. É nessa medida que o povo-princípio pode ser representado adequadamente, sem que se torne, portanto, uma espécie de instância hegemônica, plenipotenciária. Em outras palavras, a sua representação pela jurisdição constitucional precisa levar em conta o regime concorrencial e complementar de legitimidades do poder na democracia, medida que é de fato exigida pela integridade inclusiva.

42. Há riscos democráticos em uma “interpretação purificada” (utópica) da integridade no plano da decisão judicial. Compete aos filósofos – e não aos julgadores, por maiores que sejam seus poderes – a tarefa de pensar as ambições do Direito quanto a si mesmo, ou seja, uma forma mais pura para além daquele que possuímos. O que garante a separação entre Direito e poder é, portanto, a integridade inclusiva. Ela faz com que a definição do jurídico não dependa de convenções especiais ou de

cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da própria prática. Essas interpretações mais concretas são, sem dúvida alguma, *jurídicas* precisamente porque dominadas pelo princípio da integridade inclusiva na prestação jurisdicional. A manutenção da jurisdição apartada da legislação representa uma complexa consequência da predominância desse princípio. O Direito como integridade, visto a partir dessa ótica, implica distintas e importantes restrições ao trabalho de um tribunal constitucional. Mas é claro que ele não se impõe por si. É preciso o ato de julgar. O julgamento, não obstante, não poderá deixar de combinar – ainda que de modos diferentes por cada juiz – as convicções formadas acerca do devido processo legal e, notadamente, a respeito da equidade política (dimensão eleitoral-majoritária da democracia) e da justiça substantiva. Isso tornará sempre presente, no exercício da jurisdição constitucional, o debate sobre a legitimidade democrática do poder. A desconsideração das restrições da integridade inclusiva equivale a imbricar Direito e poder, colapsando aquele neste, medida antidemocrática porque invariavelmente resulta em arbítrio, em discricionariedade forte (o Direito se torna apenas aquilo que o julgador diz que ele é). O poder, nessas condições, transmuda-se em pura força, deslegitimando-se e perdendo, por conseguinte, sua função de dar identidade ao social.

43. Nesse cenário, a integridade (inclusiva), pelo papel fundamental que cumpre de identificação do jurídico, não pode ser algo equivalente a uma simples coerência, mormente se considerado o plano da jurisdição constitucional, representativo do povo-princípio. Ou seja, o Direito como integridade está longe de significar apenas a repetição mais fiel possível de decisões passadas. A exigência é maior. Cuida-se de conceber a prática jurídica como um sistema único de justiça, capaz de dar identidade e sentido (mesmo que disputáveis) ao social. E exatamente por ser assim, um tribunal constitucional que vise à integridade deverá afastar-se da sua estreita linha de decisões passadas sempre que detectar que ela não mais se harmoniza com os princípios mais fundamentais à totalidade do ordenamento jurídico. Na expressão de Postema, a integridade é uma “coerência em sentido fraco”. Como deve coadunar-se não apenas com a cadeia estrita de precedentes, mas com os princípios políticos que representam restrições institucionais (os quais deixam o ideal “impuro”), bem como com aqueles mais fundamentais da Constituição, a integridade deve fazer um balaço entre *fidelity and regret*.

44. Tomados em consideração esses aspectos todos, a integridade torna-se

uma espécie de “justiça em roupas de trabalho” (Postema), tentando dar conta da dimensão conflitiva do plano do político para, a partir daí, construir uma história que possa conferir alguma identidade ao social. Vale dizer, uma história que resulte do exercício reflexivo desempenhado pela jurisdição constitucional na representação simbólica do povo-princípio. A justiça está em cena, mas em uma forma oblíqua por meio da qual os juízes constitucionais têm de lidar com o drama da decisão em um contexto de desacordos (*circumstances of integrity*), muitas vezes profundos, acerca do conteúdo dos princípios candidatos a incidir na controvérsia sob sua jurisdição. Na inspirada expressão de Chantal Mouffe, trata-se de situação de “decidido indecidível”. E precisamente por conta dessa complexidade que caracteriza o fenômeno, ou seja, porque a integridade não pode ser concebida simplesmente como uma reprodução cega, “monista”, de um receituário de decisões passadas, foi possível avaliar como reflexivamente ilegítima a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos dois casos exemplares analisados (relativos aos princípios da presunção de inocência e da liberdade de iniciativa econômica).



## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**, [S.l.], v. 3, n. 4, p. 572-581, 2005.

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo que não erra. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV, 2017.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 5, p. 23-50, 2015. Número Especial.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. Disponível em: <<http://biblioteca.digital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**. The Supreme Court at the Bar of Politics. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRASIL. **Decreto nº 17.727, de 25 de setembro de 1981**. Aprova o Regulamento do Imposto de Circulação de Mercadorias, disciplinado pela Lei n. 440, de 24-9-74, com alterações nela introduzidas. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1981/decreto-17727-25.09.1981.html>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1)>. Acesso em: 9 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 9 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43 MC. ação declaratória de constitucionalidade**. Processo(s) Apensado(s): ADC 44. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados e Presidente do Senado Federal. Amicus Curiae: Defensor Público-geral do Estado do Rio de Janeiro e outros. Relator: Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgado em 05/10/2016, processo eletrônico DJe-043 DIVULG 06-03-2018 public 07-03-2018). Disponíveis em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 22 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5874 ação direta de inconstitucionalidade**. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado: Presidente da República. Amicus Curiae. Defensoria Pública da União e outros. Relator Atual: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 1º de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5336271>>. Acesso em: 23 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1010461 Recurso extraordinário com agravo**. Recorrente: Cereale Produtos Integrais Ltda. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator atual: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma. Brasília, DF, julgado em 07 de abril de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5091155>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 928654 AgR**. Recorrente: Distrito Federal. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma. Brasília, DF, julgado em 09 de março de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4882295>>. Acesso em: 10 jun. 2018).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292 - Habeas corpus**. Pacientes: Marcio Rodrigues Dantas. Impacientes: Maria Claudia de Seixa. Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator atual: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 15 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo por Temas**, Brasília, DF, n. 884/886, nov. 2017. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacao/InformativoTema/anexo/Informativo\\_mensalnovembro2017.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacao/InformativoTema/anexo/Informativo_mensalnovembro2017.pdf)>. Acesso em: 9 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na argüição de descumprimento de preceito fundamental 347 Distrito Federal**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intimado: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, Julgado em: 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - Negado habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula (3/3)**. Brasília, DF, 5 abr. 2018. (4h 47min). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=lp4TfQ21yO4>>. Acesso em: 2 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 115452 ED-EDv**. Recorrido: COMET Fitas Auto-Adesivas Ltda. Recorrente: Estado de São Paulo. Relator(a): Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgado em 04 de outubro de 1990, DJ 16-11-1990 PP-13059 EMENT VOL-01602-01 PP-00112 REPUBLICAÇÃO: DJ 05-12-1990 PP-14519 RTJ VOL-00138-03 PP-00847). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1472818>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 115452**. Recorrido: COMET Fitas Auto-Adesivas Ltda. Recorrente: Estado de São Paulo. Relator: Min. Octávio Gallotti, Primeira Turma. Brasília, DF, julgado em 22/03/1988, DJ 22-04-1988 PP-09089 EMENT VOL-01498-03 PP-00637 RTJ VOL-00125-01 PP-00395). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1472818>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 216983 AgR**. Recorrido: Estado de São Paulo. Recorrente: EMBRACOM Eletrônica Tecnologia. Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma. Brasília, DF, julgado em 06/10/1998, DJ 13-11-1998 PP-00012 EMENT VOL-01931-05 PP-01073). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1680426>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 410715 - recurso extraordinário**. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santo André. Relator atual: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2183245>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 474241 AgR**. Recorrido: Mercosul Distribuidora de Combustíveis Ltda. Recorrente: Estado de Minas Gerais. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Brasília, DF, julgado em 15/08/2006, DJ 08-09-2006 PP-00041 EMENT VOL-02246-04 PP-00728 RDDT n. 134, 2006, p. 166-170. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2369868>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 550769 - Recurso extraordinário**. Recorrente: American Virginia Indústria Comércio Importação e Exportação de Tabacos Ltda. Recorridos: União e Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial. Intimado: Sindicato da Indústria do Fumo do Estado de São Paulo – SINDIFUMO. Relator atual: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2524898>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 581352 AgR**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Amazonas. Recorrido: Estado do Amazonas. Relator atual: Min. Celso de Mello Segunda Turma. Brasília, DF, julgado em 29 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2603764>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 627543**. Recorrente: Lona Branca Coberturas e Materiais Ltda. Recorridos: União; Estado do Rio Grande do Sul e Município de Porto Alegre. Relator atual: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgado em 30 de outubro de 2013, acórdão eletrônico repercussão geral - Mérito DJe-212 Divulg 28-10-2014 Public 29-10-2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3922675>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 630137 - recurso extraordinário (Processo físico)**. Recorrente: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Paulo Cladio Dreher e outro(a/s). Am. Curiae: União. Relator atual: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, julgado em 07 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3950543>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 323**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2136>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 547**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2201>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 70**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2194>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Superior. **HC 84078 MG**. Tribunal Pleno, Partes: Omar Coelho Vitor. João Eduardo de Drumond Verano e outras Luis Alexandre Rassi. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgado em: 05 de fevereiro de 2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT vol-02391-05 pp-01048. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 22 maio 2018.

BRECKMAN, Warren. Lefort and the symbolic dimension. **Constellations**, [S.l.], v. 19, n. 1, p. 30-36, 2012.

BRUM, Guilherme Valle. **Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas. A integridade e os fundamentos da comunidade política: uma análise da noção de integridade em Ronald Dworkin. In: BUSTAMANTE, Thomas. **Em defesa da legalidade**: temas de direito constitucional e filosofia política. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

BUTLER, Judith. Contingent Foundations: feminism and the question of "postmodernism". In: SCOTT, Joan W.; BUTLER, Judith (Org.). **Feminists theorize the political**. Nova Iorque e Londres: Routledge, 1992.

CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 12, p. 155-176, 1992.

CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva**. Uma teoria dialógica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CHAUI, Marilena. A noção de estrutura em Merleau-Ponty. In: CHAUI, Marilena. **Experiência do pensamento**: ensaios sobre a obra de Merleau-Ponty. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CHAUI, Marilena. Apresentação. In: CHAUI, Marilena. **Experiência do pensamento**: ensaios sobre a obra de Merleau-Ponty. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CHAUI, Marilena. Experiência do pensamento. In: CHAUI, Marilena. **Experiência do pensamento**: ensaios sobre a obra de Merleau-Ponty. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 44-45.

CHAUI, Marilena. Merleau-Ponty: da constituição à instituição. **Revista Dois Pontos**: revista dos Departamentos de Filosofia da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Federal de São Carlos, v. 9, n. 1, p. 178, 2012.

CHAUI, Marilena. **O que é ideologia**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001. p. 7.

CHAUI, Marilena. Prefácio. In: OLIVEIRA, Luciano. **O enigma da democracia**: o pensamento de Claude Lefort. Piracicaba: Jacintha, 2010.

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

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DUARTE, Francisco Carlos; ROCHA, Leonel Severo; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A constitucionalização do tempo. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 12, p. 141-157, jul./set. 2010.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution: we the people in Court. **Alberta Law Review**, [S.l.], v. 28. n. 2, 1990.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 413-414. Edição Kindle.

DWORKIN, Ronald. **La democracia posible**: principios para un nuevo debate político. Trad. Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. **Philosophy and Public Affairs**, [S.l.], v. 25, n. 2, Spring, p. 87-139, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Religion without god**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

DWORKIN, Ronald. Replies to critics. In: BURLEY, Justine (Org.). **Dworkin and his critics**: with replies by Dworkin. Oxford: Blackwell Publishing, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EISGRUBER, Christopher L. **Constitucional self-government**. Cambridge: Harvard University Press, 2001. Edição Kindle.

EISGRUBER, Christopher L. Constitutional self-government and judicial review: a reply to five critics. **University of San Francisco Law Review**, [S.l.], n. 37, p. 164-165, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2011.

FERRERO, Guglielmo. **O poder**: os gênios invisíveis da cidade. Trad. Carlos Domingues. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1945. p. 26-32.

FISS, Owen. La muerte del derecho. In: FISS, Owen. **El derecho como razón pública**. Trad. Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FLYNN, Bernard. **Lefort y lo político**. Trad. Gabriel Merlino. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008.

FORTES, Luiz Roberto Salinas. Nota introdutória. In: LEFORT, Claude. **As formas da história**: ensaios de antropologia política. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes e Marilena Chaui. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 10.

FRIEDMAN, Richard D. "Charles Evans Hughes". In: NEWMAN, R. K. **Yale Biographical Dictionary of American Law**, New Haven, p. 278-279, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma

hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GAVAZZI, Giacomo. Kelsen e a doutrina pura do Direito. In: KELSEN, Hans. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010; MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**. Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 103-128.

HEIDEGGER, Martin. **O princípio do fundamento**. Trad. Jorge Telles Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

HELD, David. **Cosmopolitismo**: ideales y realidades. Trad. Dimitri Fernández Bobrovski. Madrid: Alianza, 2012.

HERRÁN, Eric. **La cuestión de lo político**: a propósito de Claude Lefort. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

HERRÁN, Eric. **La cuestión de lo político**: a propósito de Claude Lefort. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

HERRÁN, Eric. **La cuestión de lo político**: a propósito de Claude Lefort. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 90). Para esse ponto, ver também (do próprio Lefort): LEFORT, Claude. Maquiavel e a *verità effettuale*. In: LEFORT, Claude. **As formas da história**: ensaios de antropologia política. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes e Marilena Chaui. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 141-177.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; Slagstad, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. posição 5892. Edição Kindle.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; Slagstad, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Edição Kindle,

INGRAM, James D. Quem é 'O Povo'? sobre o sujeito Impossível da democracia. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 39, p. 98-118, 2011.

INGRAM, James D. The politics of Claude Lefort's political: between liberalism and radical democracy. **Thesis Eleven**, Londres n. 87, p. 33-50, 2006.

INSTITUTO DATAFOLHA. **Outros temas PO813956 11 a 13/04/2018**. São Paulo, abr. 2018. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/04/17/4bda417edeeeee61ed1e663c89ca20cd6.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2018.

JEFFERSON, Thomas. Carta de 15 de março 1789 para James Madison. In: KURLAND, Philip B.; LERNER, Ralph (Org.). **The Founders' Constitution**. Chicago: University of Chicago Press, 1987. Disponível em: <<http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch14s47.html>>. Acesso em: 16 maio 2018.

JUNGES, Márcia; MAGALHÃES, Thamiris. Um convite à radicalidade. Entrevista com Fabio Di Clemente. **IHU On-Line Revista Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, ano 11, n. 378, p. 31-38, 31 out. 2011. Disponível em: <[http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao\\_378.pdf](http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao_378.pdf)>. Acesso em: 7 jun. 2018.

KANTOROWICZ, Ernst H. **Os dois corpos do rei**: um estudo sobre teologia política medieval. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LEFORT, Claude. A imagem do corpo e o totalitarismo. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

LEFORT, Claude. A questão da democracia. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LEFORT, Claude. A troca e a luta dos homens. In: LEFORT, Claude. **As formas da história**: ensaios de antropologia política. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes e Marilena Chaui. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

LEFORT, Claude. Ainda sobre o nome de um. **Revista Discurso**, São Paulo, n. 35, p. 117-127, 2005.

LEFORT, Claude. Ao leitor brasileiro. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LEFORT, Claude. **As formas da história**: ensaios de antropologia política. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes e Marilena Chaui. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

LEFORT, Claude. Da igualdade à liberdade. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LEFORT, Claude. **Democracia y representación**. Trad. Víctor Goldstein. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2011.

LEFORT, Claude. Dialogando com Pierre Clastres. In: LEFORT, Claude. **Desafios da**



**escrita política.** Trad. Eliana de Melo Souza. São Paulo: Discurso, 1999.

LEFORT, Claude. Direitos do homem e política. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

LEFORT, Claude. El cuerpo, la carne. In: LEFORT, Claude. **Merleau-Ponty y lo político.** Trad. Juan Manuel Spinelli. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2012. p. 123-124.

LEFORT, Claude. El poder. In: LEFORT, Claude. **Democracia y representación.** Trad. Víctor Goldstein. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2011.

LEFORT, Claude. Esboço de uma gênese da ideologia nas sociedades modernas. In: LEFORT, Claude. **As formas da história.** Ensaios de antropologia política. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes e Marilena Chaui. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

LEFORT, Claude. **La complicación**: retorno sobre el comunismo. Trad. Víctor Goldstein. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2013. p. 150.

LEFORT, Claude. Maquiavel e a *verità effettuale*. In: LEFORT, Claude. **As formas da história.** Ensaios de antropologia política. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes e Marilena Chaui. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 175.

LEFORT, Claude. **Maquiavelo.** Lecturas de lo político. Trad. Pedro Lomba Falcón. Madrid: Trotta, 2010.

LEFORT, Claude. O nome de um. In: BOÉTIE, Etienne de La. **Discurso da servidão voluntária.** Trad. Laymert Garcia dos Santos. São Paulo: Brasiliense, 2001.

LEFORT, Claude. Os direitos do homem e o Estado-providência. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LEFORT, Claude. Permanência do teológico-político? In: LEFORT, Claude. **Pensando o político.** Ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LEFORT, Claude. Posfácio. In: MERLEAU-PONTY, Maurice. **O visível e o invisível.** Trad. José Artur Gianotti e Armando Mora d'Oliveira. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LEFORT, Claude. Prefácio à edição de 1981. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

LEFORT, Claude. Prefácio. In: LEFORT, Claude. **As formas da história**: ensaios de antropologia política. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes e Marilena Chaui. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

LEFORT, Claude. Prefácio. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 9-10.

LEFORT, Claude. Reversibilidade: liberdade política e liberdade do indivíduo. In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LEFORT, Claude. Tocqueville: democracia e arte da escrita. In: LEFORT, Claude. **Desafios da escrita política**. Trad. Eliana de Melo Souza. São Paulo: Discurso, 1999.

LYNCH, Christian Edward Cyril. A democracia como problema. In: ROSANVALLON, Pierre. **Por uma história do político**. São Paulo: Alameda, 2010.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MADISON, James. Carta de 17 outubro 1788 para Thomas Jefferson. In: KURLAND, Philip B.; LERNER, Ralph (Org.). **The Founders' Constitution**. Chicago: University of Chicago Press, 1987. Disponível em: <<http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch14s47.html>>. Acesso em: 16 maio 2018.

MARCHART, Oliver. **El pensamiento político posfundacional**: la diferencia política em Nancy, Lefort, Badiou y Laclau. Trad. Marta Delfina Álvares. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

MARCHART, Oliver. **El pensamiento político posfundacional**: la diferencia política em Nancy, Lefort, Badiou y Laclau. Trad. Marta Delfina Álvares. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

MARCIÓ, Cesar; BRUM, Guilherme Valle; KREBS, Pedro da Silva. Tempo e direito no “Espaço de Babel”: uma observação do fenômeno jurídico à luz de François Ost. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ**, Belo Horizonte, ano 15, n. 21, p. 41-58, jan./jun. 2017.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; FERRI, Caroline. O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípio: a contribuição de Ronald Dworkin. **Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ**, Itajaí, v. 11, n. 2, p. 265-289, jul./dez. 2006.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **A estrutura do comportamento**. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **De Mauss a Claude Lévi-Strauss**. Trad. Marilena Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Os Pensadores).

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de

MERLEAU-PONTY, Maurice. **La institución**. La pasividad: notas de cursos em el Collège de France (1954-1955). Trad. Mariana Larison. Barcelona: Anthropos, 2012.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **O olho e o espírito**. Trad. Paulo Neves e Maria Ermantina Gaivão Gomes Pereira. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **O visível e o invisível**. Trad. José Artur Gianotti e Armando Mora d'Oliveira. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

MESA 01 - Democracia Lefortiana. São Paulo, 7 nov. 2015. (146 min). Apresentado no Colóquio Internacional: Claude Lefort: a invenção democrática hoje. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4DJnZNvxmGg&t=7910s>>. Acesso em: 7 jun. 2018.

MORAIS, José Luis Bolzan de. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Edição Kindle.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Edição Kindle.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 16, p. 107-136, 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional**: entre direitos, deveres e desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MORAIS, José Luis. A filosofia "política" no direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ**, Belo Horizonte, ano 1, n. 5, jan./dez. 2007.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017.

MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político político**: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Trad. Marco Aurelio Galmatini. Barcelona: Paidós, 1999.

MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

MOUTINHO, Luiz Damon Santos. Democracia: uma discussão com Catherine Colliot-Thélène. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, São Paulo, n. 25, p. 63-64, 2014.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** a questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos:** contributo para a compreensão constitucional do Estado Fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009.

NAGEL, Thomas. **Otras mentes:** ensayos críticos 1969-1994. Trad. Sandra Girón. Barcelona: Gedisa, 2000.

NÄSSTRÖM, Sofia. Representative Democracy as Tautology. Ankersmit and Lefort on representation. **European Journal of Political Theory**, [S.l.], v. 5, n. 3, p. 321-342, 2006.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2016.

NUNES, António José Avelãs. **O estado capitalista e as suas máscaras.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

NUSSBAUM, Martha. **Fronteras da justiça.** Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Trad. Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Luciano. **O enigma da democracia:** o pensamento de Claude Lefort. Piracicaba: Jacintha, 2010.

OST, François. **O tempo do direito.** Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PLOT, Martín. **La carne de lo social.** Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008.

POLTIER, Hugues. **Claude Lefort:** el descubrimiento de lo político. Trad. Heber Cardoso. Buenos Aires: Nueva Visión, 2005.

POSTEMA, Gerlad J. Integrity: justice in workclothes. In: BURLEY, Justine (Org.). **Dworkin and his critics:** with replies by Dworkin. Oxford: Blackwell Publishing, 2004. p. 291-318.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. **O liberalismo político.** Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RICOEUR, Paul. Prefácio. In: GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas:** justiça e democracia. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 13.711 de 06/04/2011.** Publicado no DOE - RS em 7 abr. 2011. Altera a Lei nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973, que dispõe sobre o procedimento tributário administrativo e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=156115>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

ROCHA, André. Introdução. Dialética e democracia. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. Trad. Isabel Loureiro; Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. O problema da democracia em Sieyès. In: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Trad. Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: UFG, 1997.

ROSANVALLON, Pierre. A democracia do século XXI. **Perspectiva**, [S.l.], nov. 2017.n. 12, jul. 2017. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/13553.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2018.

ROSANVALLON, Pierre. **A nova questão social**: repensando o Estado providência. Trad. Sérgio Bath. Brasília, DF: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

ROSANVALLON, Pierre. **El buen gobierno**. Trad. Horacio Pons. Buenos Aires: Manantial, 2015.

ROSANVALLON, Pierre. **El modelo político francês**: la sociedad civil contra el jacobinismo, de 1789 hasta nuestros días. Trad. Víctor Goldstein. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

ROSANVALLON, Pierre. **El pueblo inalcanzable**: historia de la representación democrática en Francia. Trad. Ana García Bergua. Ciudad de México: Instituto Mora, 2004.

ROSANVALLON, Pierre. **La contrademocracia**: la politica en la era de la desconfianza. Trad. Gabriel Zadunaisky. Buenos Aires: Manantial, 2011.

ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010.

ROSANVALLON, Pierre. **O liberalismo econômico**: história da ideia de mercado. Trad. Antonio Penalves Rocha. Bauru: EDUSC, 2002.

ROSANVALLON, Pierre. Por uma história conceitual do político. In: ROSANVALLON, Pierre. **Por uma história do político**. São Paulo: Alameda, 2010.

ROSANVALLON, Pierre. **Por uma história do político**. São Paulo: Alameda, 2010.

ROSANVALLON, Pierre. Por uma história filosófica do político. In: ROSANVALLON, Pierre. **Por uma história do político**. São Paulo: Alameda, 2010.

ROSANVALLON, Pierre. The metamorphoses of democratic legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity. **Constellations**, [S.l.], v. 18, n. 2, 2011.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: ou princípios de direito político. Trad. Lourdes Santos Machado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 15-145. (Os Pensadores).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **The social contract and other later political writings**. Trad. Victor Gourevitch. Cambridge: Cambridge University Press, 1997

SÃO PAULO. **Lei nº 440, de 24 de setembro de 1974**. Dispõe sobre o Imposto de Circulação de Mercadorias. Disponível em <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1974/lei-440-24.09.1974.html>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos**: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Trad. María Victoria Rodil. Madrid: Katz, 2010.

SCHARPF, Fritz W. Problem-solving effectiveness and democratic accountability in the EU. **MPIfG working paper**, [S.l.], n. 3, fev. 2003. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10419/41664>>. Acesso em: 16 maio 2018.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**: teoria do *Partisan*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SEGADO, Francisco Fernández. **La evolución de la justicia constitucional**. Madrid: Dykinson, 2013.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. *Qu'est-ce que le Tiers-État?*. Trad. Norma Azevedo. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

SORENSEN, Georg. **La transformación del Estado**: mas allá del mito del repliegue. Trad. Ramón Cotarelo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: Edipucrs, 2011.

STEIN, Ernildo. Nas raízes da controvérsia II. In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.

STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. Trad. Bruno Costa Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

STRAUSS, Leo. **Uma introdução à filosofia política**. Trad. Élcio Verçosa Filho. São Paulo: É Realizações, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Edição Kindle.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Org.). **The global expansion of judicial power**: the judicialization of politics. New York: New York University Press, 1995. Edição Kindle.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999. Edição Kindle.

URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? **Lua Nova**, São Paulo, n. 67, p. 191-228, 2006.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 389-406, jul./dez. 2008.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 407-440, jul./dez. 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Revista Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. p. 441-464, jul./dez. 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV. 2017.

WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Trad. José Luis Martí e Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.

WALDRON, Jeremy. **Eisgruber’s House of Lords**. University of San Francisco Law Review, n. 37, p. 89-114, 2002.

WALDRON, Jeremy. Jurisprudence for Hedgehogs. **Public Law & Legal Theory Research Papers Series**, Working Paper, New York, n. 13-45, July, 2013.

WALDRON, Jeremy. Las circunstancias de la integridad. In: WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law**

**Journal**, [S.l.], v. 115, n. 6, 2006.

WEBER, Max. **Metodologia das ciências sociais**: parte dois. Trad. Augustin Wernet. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1992.

WEYMANS, Wim. Freedom through political representation. Lefort, Gauchet and Rosanvallon on the relationship between state and Society. **European Journal of Political Theory**, [S.l.], n. 4, 2005.