



JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E POLÍTICA: UM DIÁLOGO COM ARENDETT E AGAMBEN

CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND POLITICS: A DIALOGUE WITH ARENDETT AND AGAMBEN

Adahilton Dourado Júnior *

Resumo: O objetivo deste artigo é discutir a legitimidade da jurisdição constitucional tal qual exercida hoje, quando transfere a decidibilidade política do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, à luz do pensamento de Hannah Arendt e de Giorgio Agamben. Importa a reflexão na medida em que a hiperatividade do Poder Judiciário, ao potencializar o sentido e alcance das normas jurídicas por meio da interpretação jurídica, a despeito de realizar-se com justificativas fundadas na defesa de direitos, acaba por reescrever a Constituição sem qualquer autorização da soberania popular.

Palavras-chave: Legitimidade; Democracia; Soberania.

Abstract: The objective of this paper is to discuss the legitimacy of constitutional adjudication as such exercised today, when you transfer the politics decidability of the Legislature to the Judiciary, according to the thought of Hannah Arendt and Giorgio Agamben. Reflection is important due to hyperactivity of the Judiciary, to enhance the meaning and scope of legal standards through judicial interpretation, despite performing with justifications founded in advocacy, ultimately rewrite the Constitution without any authorization of popular sovereignty.

Keywords: Legitimacy; Democracy; Sovereignty.

1 Introdução

O presente trabalho tem por objetivo estimular a reflexão e a crítica acerca da legitimidade da atuação, na atualidade, do Supremo Tribunal Federal em face da política, segundo a doutrina, tomando o significado de jurisdição constitucional por expressão de soberania, o que se fará com base no pensamento de Giorgio Agamben; bem como adotando a compreensão do que seja política à luz da teoria política de Hannah Arendt, mormente para suscitar a importância que ela

* Advogado da União Requisitado para a Câmara dos Deputados desde 2007. Mestre em Filosofia pela UNB e doutorando na mesma Universidade (adahilton.dourado@gmail.com).

refere à presença incondicionada da “ação” popular (poder constituinte) na caracterização de um corpo político verdadeiramente democrático.

Abordaremos, portanto, os aspectos que a jurisdição constitucional suscita quanto a sua legitimação, quando se volta para a solução de assuntos eminentemente políticos. Não que a jurisdição constitucional possa se separar completamente da política. Como já dizia Carl Schmitt, em 1928, “[...] the type of law court that decides all disputes of constitutional interpretation would, in fact, be a high political institution” (SCHMITT, 2008, p. 164)¹.

O Supremo Tribunal Federal é um tribunal político. E, ao expressar em última instância o Direito Constitucional, o STF, sem dúvida nenhuma, exerce seu papel constitucional no arranjo das instituições brasileiras e na concretização dos direitos fundamentais arrolados na Carta Magna.

Contudo, a questão que se coloca é: no exercício da jurisdição constitucional, o Supremo Tribunal Federal, sempre que julgar necessário “agir” para a manutenção da unidade política e de valores fundamentais consubstanciados na Carta Magna, pode fazê-lo ativamente, sobrepondo-se aos demais Poderes da República e à própria soberania popular? Quais são os limites de sua atuação? Quais são as implicações disso para o futuro do constitucionalismo? Estamos vivenciando uma virada paradigmática? Em que pode dar essa virada?

O tema, sabemos, não é novo. Mas a discussão acerca da jurisdição constitucional, nos moldes em que se desenvolve na atualidade, pode ser enriquecida com o escopo de lançar mais luzes ao debate sobre a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal enquanto autoridade de Estado no exercício da função jurisdicional, para uma reflexão mais aprofundada acerca da importância do assunto.

O problema que aqui se circunscreve, para efeito do presente artigo, é, portanto, a “crise” do nosso sistema político que se revela no desequilíbrio de forças observado nas relações entre os Poderes, mormente na hiperatividade do Poder Judiciário expandindo-se sobre a esfera de competência do Legislativo e do Executivo.

Nesse contexto, a judicialização da política – a expansão da jurisdição para esse campo e a transferência da decidibilidade política do Poder Legislativo para o Poder Judiciário – acaba por fomentar a adoção de métodos típicos de um processo judicial que deve ser presidido pela neutralidade, para decidir questões movidas por ideologias e paixões que devem estar reservadas ao debate político a se realizar em espaço público próprio e pelos atores eleitos para esse fim.

Sob o ponto de vista sociológico, essa judicialização representa uma invasão do direito sobre a vida social por intermédio do Judiciário a fim de dar solução a conflitos individuais e coletivos, para, pretensamente, o fortalecimento do tecido social e da cidadania. O fenômeno,

¹ O tipo de tribunal que decide todas as disputas de interpretação constitucional, de fato, é uma instituição política (tradução livre).

observado em diversas sociedades contemporâneas², tem como característica principal “a expansão do papel do Judiciário no sistema de poder” (TEIXEIRA, 2001, p. 33), processo do qual faz surgir também o ativismo judicial, que é, na prática, a potencialização do sentido e alcance das normas jurídicas por meio da interpretação do Direito.

Essa potencialização promove o estabelecimento de hipóteses normativas novas, o que consiste numa espécie de apropriação do papel institucional do Poder Legislativo, tomando contornos de um processo de politização do Judiciário, avançando este Poder sobre o âmbito de atuação tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo. Nesse contexto, magistrados, pela via do poder de revisão judicial de atos do Legislativo e do Executivo, acabam por se imiscuir no trato da política mais ampla e estrutural do Estado brasileiro, de competência constitucional destes últimos poderes.

Assevera-se, a propósito, a diferença que há entre judicialização da política e ativismo judicial. Para Luís Roberto Barroso, “a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política” (BARROSO, 2009, p. 75). Ou seja, trata-se de fato não atribuível à vontade de magistrados “[...] de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial” (BARROSO, 2009, p. 74-75). Tratar-se-ia, isso sim, de circunstância que ocorre de forma independente das opções ideológicas, filosóficas ou metodológicas do tribunal em atuação limitada ao cumprimento estrito de sua missão institucional, diz ele. Em outras palavras: judicialização é fato; ativismo é atitude³.

No Brasil, o STF tem protagonizado questões que se inserem num contexto ativista, tais como no caso da verticalização das coligações, no qual declarou a inconstitucionalidade da aplicação das novas regras sobre coligações partidárias contidas na Emenda Constitucional nº 52/2006 às eleições que se realizariam em menos de um ano de sua aprovação; ou como no caso da cláusula de barreira, em que declarou a inconstitucionalidade da lei que a instituiu, entendendo que, nesse ponto, a legislação comprometeria o bom funcionamento parlamentar, além de provocar o “massacre das minorias”.

Também o caso de perda de mandato eletivo decorrente de infidelidade partidária, nas hipóteses em que o candidato, após o pleito, nas eleições proporcionais e majoritárias, mudasse, sem justa causa, de partido ou de coligação partidária para o qual fora eleito, na medida em que o mandato pertence ao partido ou à coligação, e não ao candidato. Ou, no caso emblemático da

² O avanço da jurisdição constitucional sobre o espaço tradicionalmente reservado aos Poderes Legislativo e Executivo vale o registro, não é uma peculiaridade brasileira. Trata-se de um processo global observado em diversas democracias.

³ Não é incomum encontrarmos acórdãos do STF em que a Corte sustenta a interpretação como um ato de vontade. Lenio Luiz Streck, a propósito, em sua “Jurisdição Constitucional e decisão jurídica”, anota a seguinte passagem de voto do Ministro Marco Aurélio, no AI 252347, como registro explícito da “*questão Kelseniana*” (*interpretação como ato de vontade*): “No mais, a respeito da interpretação dada a textos de lei, *observe-se que tal atividade revela sempre um ato de vontade*, possuindo uma carga construtiva muito grande, no que é buscada a prevalência do trinômio Lei, Direito e Justiça” (STRECK, 2013, p. 38).

união homoafetiva, reconhecendo, também com inovação normativa, a inconstitucionalidade do dispositivo do Código Civil que define a união estável como aquela “entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Com esse protagonismo da jurisdição constitucional, a despeito de realizar-se com justificativas fundadas na defesa de direitos, o STF abdica do papel de legislador negativo; modifica o sentido do princípio da separação dos Poderes; reescreve a Constituição; afasta a neutralidade ínsita à atuação jurisdicional; e, de certo modo, instaura uma espécie de espaço público inédito com pretensões político-representativas para a prática de decisões eminentemente políticas. Tudo sem qualquer autorização da soberania popular.

Em tempos em que ocorrem manifestações populares contra o modelo de governança institucionalizado — dada a ineficácia de todo o sistema no sentido das respostas que devem ser, mas não são dadas pelas instituições às demandas sociais do País —, parece-nos importante refletir sobre essa decidibilidade em *ultima ratio* em todos os campos, que caracteriza a atuação do Supremo Tribunal Federal na atualidade. Em especial quando se imiscui em questões políticas afetas ao Poder Legislativo, para indagação sobre a legitimidade dessas manifestações.

Mesmo porque, apesar de o STF estar inegavelmente contribuindo para dar respostas efetivas às demandas sociais e políticas, essa virada paradigmática pode, no futuro, colocar em xeque a credibilidade da própria jurisdição constitucional. Discuti-la, nesses termos, é o objetivo deste trabalho, o que se faz, na forma que se segue, tendo como balizas os critérios inicialmente delimitados.

2 Doutrina e Jurisprudência: em busca de uma teoria legitimante

Para Carl Schmitt, o papel de guarda da Lei Fundamental não deveria ser atribuído a um tribunal. Segundo ele, se incumbido ao chefe do Poder Executivo, estaria em melhores mãos. Essa posição de Schmitt reflete sua concepção de Constituição que diria respeito à expressão da vontade política de um povo, cujas noções de liberdade e identidade não podem ser transpostas em normas universais. “The constitution of a state, in short, must therefore firstly be political, not legal” (SCHMITT, 2008, p. 10)⁴. Dessa forma, Schmitt não concebe uma corte judicial provendo a defesa da Constituição, justamente por se tratar de algo eminentemente político.

É que, para Schmitt, “otherwise, there is the danger that instead of a juridification of politics, a politicization of the judiciary emerges, which undermines the prestige of the judiciary” (SCHMITT, 2008, p. 123)⁵. Seu argumento se estende à questão da separação de Poderes, antevendo o perigo de invasão do Judiciário sobre a esfera, também, do Poder

⁴ A constituição de um Estado, em suma, deve, portanto, em primeiro lugar, ser política, não legal (tradução livre).

⁵ “De outro modo, existe o perigo de que, em vez de um juridificação da política, a politização do Judiciário emerja, o que compromete o prestígio do poder judicial” (tradução livre).

Legislativo. Em outras palavras, a fiscalização da constitucionalidade das leis por si só já correria contra o esquema logicamente instituído de uma separação de poderes (SCHMITT, 2008, p. 223).

Hans Kelsen rechaça Schmitt atribuindo sua teoria a um “movimento eficaz contra a busca [...] por um tribunal constitucional” (KELSEN, 2007, p. 242). Para Kelsen, Schmitt engendra uma falsa distinção entre funções políticas e funções jurisdicionais, reconhecendo o caráter político da jurisdição. E é por isso mesmo que defende o Tribunal Constitucional encarregado da guarda da Constituição, dada a sua independência decisional, ressalvando, contudo, que o exercício da jurisdição constitucional “[...] deve-se limitar o máximo possível à margem de discricionariedade que as leis concedem à utilização daquele poder” (KELSEN, 2007, p. 262). É, aliás, nesse sentido, que propõe a jurisdição como a de um legislador negativo (KELSEN, 2007, p. 167-170).

Foi nessa perspectiva que inicialmente o Tribunal Constitucional se consolidou na Europa, num processo de assunção da guarda da Constituição por uma Corte Constitucional superior, mas em que a amplitude de suas atribuições ficava determinada pelo que dispunha o texto da carta constitucional. Contudo, aconteceu o que antevira Schmitt. O Judiciário se politizou e a relação entre os Poderes ficou alterada, fazendo perder-se nesse processo a clareza acerca dos fundamentos do sistema político. Algo parece ter-se perdido nesse processo que agora se concentra num esforço de encontrar fundamentos legitimantes para a atuação das Cortes Constitucionais.

Também no Brasil, da análise da atuação do Supremo Tribunal Federal no período posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, é possível perceber a ocorrência do mesmo processo descrito por Schmitt enquanto um movimento que toma corpo no Direito e se manifesta como uma nova forma da jurisdição constitucional. Da revisão bibliográfica sobre o assunto, tanto no Direito Constitucional quanto na Ciência Política, é possível extrair a preocupação mencionada, de se entender as causas e a forma como ocorreu a judicialização da política, a fim de dotar este processo – que transfere a decidibilidade política de outros poderes para o Poder Judiciário – de maior legitimidade.

A análise histórica em torno do advento do fenômeno do ativismo judicial demonstra tratar-se de um processo que surge de decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, e que se revela em *hard cases* que acabam forçando uma nova configuração dos princípios democráticos, mais notadamente o da separação de poderes e o da soberania popular. É como se a judicialização da política revelasse uma virada paradigmática que suscitasse novos fundamentos legitimantes dessa nova postura da jurisdição constitucional.

Aquela Corte Constitucional de juízes de vestes escuras e linguagem própria de uma comunidade estritamente jurídica e absolutamente incompreensível para a população foi dando lugar gradativamente a um tribunal simpático ao público em geral. No Brasil, o Supremo, que

era um órgão desconhecido⁶ da maioria no passado, apresenta-se hoje como espaço público de debates acalorados. Já são alvos de protestos e manifestações populares, e seus membros expõem publicamente posicionamentos em relação a questões eminentemente políticas. Fugindo da passividade do legislador negativo teorizado por Hans Kelsen, os membros dessa nova Corte Constitucional toma então uma nova postura, evidentemente ativa.

É como se a arena dos debates políticos estivesse gradativamente se mudando do Parlamento para o Tribunal. Essa proatividade, contudo, se dá num contexto de mudanças sociais e políticas. No seio delas e em razão delas é que emergem as mudanças na expressão da jurisdição constitucional em todo o mundo.

Assim é que a judicialização da política passaria a ser reconhecida, primeiro, como uma resposta à insuficiência do Estado Liberal. Nesse contexto, o ativismo judicial extrai fundamento do próprio Texto Fundamental para refletir o que o constituinte originário idealizou e que estaria a reclamar concretude. O ativismo seria então uma tentativa de dar efetividade a direitos negligenciados. O ativismo teria seu fundamento de legitimação, portanto, na própria vontade do legislador.

Cita-se, nesse contexto, John Hart Ely, cujo trabalho mais notável foi *Democracia e Desconfiança*, de 1980, em que sustenta a necessidade de a Corte Constitucional interpretar a Constituição de modo a reforçar os processos democráticos e populares, a fim de assegurar a igualdade de representação no processo político. Segundo Ely,

[...] an untrammelled majority is indeed a dangerous thing, but it will require a heroic inference to get from that realization to the conclusion that the enforcement by unelected officials of an “unwritten constitution” is an appropriate response in a democratic republic (ELY, 1980, p. 8)⁷.

Aqui os fundamentos do ativismo estariam associados à ideia de que os direitos da Constituição não especificamente enumerados são de natureza processual, em vez de substantivos. Isso protegeria, segundo Ely, os direitos de processos democráticos, mas não de direitos de natureza substantiva. Haveria nisso uma espécie de compatibilização da revisão judicial com os próprios princípios da democracia.

Não havendo consenso acerca do que seja democracia, é possível partir de acepções estritas de seu significado, como, p. ex., o de que trata de regime que funda sua “[...] origem e o exercício do poder pela maioria” (VIEIRA, 1994, p. 24). Partindo de uma premissa assim, este poderia ser um conteúdo mínimo a ser extraído do conceito de democracia. Nesta linha de fundamentação, a vontade da maioria deve prevalecer sobre a da minoria, na medida em que

⁶ O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Aliomar Baleeiro, ao destacar a importância do STF na história política brasileira, registra a falta de conhecimento sobre o órgão no passado, apesar de sua importância. Sobre o tema, vide obra do ex-ministro, publicada em 1968 pela Editora Forense, intitulada *Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*.

⁷ Uma maioria desimpedida é de fato uma coisa perigosa, mas exigirá uma inferência heroica a partir da conclusão de que a aplicação por funcionários não eleitos de uma “constituição não escrita” é uma resposta apropriada em uma república democrática (tradução livre).

representaria a forma mais legítima de manifestação da vontade do povo. Nesse diapasão, o constitucionalismo exerceria o papel de limitar o exercício do poder da maioria. Isso porque, em sua origem mesma, o constitucionalismo chega para frear os poderes de monarcas absolutistas.

Emerge então a concepção de defesa de direitos individuais em face dos poderes declinados à maioria. Para Habermas, só haverá paradoxo nisso se nos voltarmos para a concepção clássica de democracia. É que, para ele, o próprio tempo teria se encarregado de colocar em evidência a necessidade real de se proteger os direitos humanos em face de uma maioria desregrada (HABERMAS, 2001, p. 770-773). Isso revelaria a “[...] limitação habilitadora e emancipatória” de que fala Oscar Vilhena Vieira (VIEIRA, 1999, p. 22). Visto dessa maneira, o constitucionalismo estaria a caminhar lado a lado da soberania popular, numa nova concepção de democracia. Mesmo porque:

Today, constitutionalism requires that a nation be committed to the proposition that a nation’s people should determine the policies under which they will live, by some form of democratic governance. Yet, constitutionalism also requires that there be some limits on the policy choices the people can make democratically. Those limits are set out in the nation’s constitution (TUSHNET, 2008, p. 18-19)⁸.

Mas a opção por atribuir ao Poder Judiciário a função de realizar essa tarefa integradora do sistema, mormente em questões eminentemente políticas, não está isenta de críticas. Muito pelo contrário. Voltando-nos para uma concepção de democracia comprometida com a efetiva participação popular nos processos deliberativos acerca do interesse comum, a judicialização da política torna-se, sim, preocupante. Aliás, o reforço aos processos “democráticos”, a fim de assegurar a igualdade de representação no processo político de que fala Ely, parece, sim, exigir uma certa elasticidade na compreensão do que sejam tais processos (pelo menos no que diz respeito ao termo “democrático” que usa).

Tanto mais preocupante será quanto mais se aprofundar este processo de legitimação de decisões tomadas por um pequeno grupo de pessoas comprometidas (pelo menos por enquanto) com a proteção de direitos das minorias, sem qualquer participação popular, a denunciar o perigo de que alertava Carl Schmitt, no sentido de que em vez da ocorrência tão somente da jurisdicização da política, a politização do Judiciário emerja, comprometendo inexoravelmente o prestígio do poder judicial.

Mais ainda, e de especial modo, na medida da substituição da “ação” (político-participativa de todos que deve caracterizar uma democracia de fato) pelo “fazer” (mecânico, irrefletido e subserviente dos governados) que este processo promove e aprofunda, no dizer de Arendt; e que se traduz, ao final de tudo, na ontologia da obediência de que fala Agamben, mas agora levada a cabo por um poder integrado por “técnicos” não eleitos. Nesse sentido, será, de

⁸ Hoje, o constitucionalismo exige que uma nação se comprometa com a proposição de que as pessoas de um país devem determinar as políticas em que vivem, por alguma forma de governança democrática. No entanto, também requer constitucionalismo para que haja alguns limites sobre as opções políticas feitas de forma democrática. Esses limites são estabelecidos na constituição do país (tradução livre).

fato, possível falar-se de um constitucionalismo que caminha lado a lado da soberania popular?

A despeito das justificativas que são dadas para o ativismo judicial que surge dentro do processo de judicialização da política, importa sua análise dentro de um contexto maior que a esfera político-jurisdicional propriamente dita. A judicialização da política não pode ser analisada limitada às circunstâncias mencionadas; muito menos ainda de forma circunscrita a um Direito solipsista. Essa análise deve, pelo contrário, alargar-se para considerar outros aspectos que vêm antes do jurídico, em especial aqueles que determinam a estrutura e o modo de ser da chamada “Ciência Jurídica”.

Não é o objetivo deste artigo fazê-lo, mas devemos pelo menos referenciá-los, a fim de anotar sua importância. A noção do chamado “interesse social” que parece presidir tudo na atualidade (inclusive a jurisdição constitucional) é um resultado de transformações profundas e importantes ocorrentes nas sociedades modernas e contemporâneas, e não podem, dentre tantos outros aspectos, ser desconsiderados nesta análise.

A sobreposição das esferas pública e privada na formação da esfera social que nos domina hoje; a despolíticação; a revelação de uma biopolítica a determinar como cada membro da comunidade deve viver; a alienação e o isolamento que nos impõe o trabalho na busca da satisfação de nossas necessidades vitais; a irreflexão e o mecanicismo modernos. Finalmente, o Direito posto enquanto reflexo de tudo isso.

São aspectos que nos fazem, enquanto membros de uma comunidade política – e é isso que nos importa trazer à baila à luz da filosofia política –, sujeitos a toda espécie de resultados de decisões políticas advindas da soberania estatal (devidamente “legitimadas” pelo Direito), razão pela qual devemos refletir de forma mais acurada sobre o assunto. É nessa perspectiva que se impõe a perquirição sobre os limites que devem ser impostos à jurisdição constitucional enquanto expressão de soberania estatal; para que se mantenha dentro de um círculo de legitimidade mínima.

O modelo do corpo político adotado hoje pode ser a diferença entre um futuro mais ou menos democrático. Democrático, aqui, dentro de uma concepção tradicional, que invoca a soberania popular para legitimar-se. É esse sentimento que, aliás, tem levado multidões às ruas. O próprio regime democrático representativo está, nesse contexto, sob o jugo das grandes massas e dos pensadores da contemporaneidade. É dizer, o próprio Legislativo, nos moldes em que atua, busca novos caminhos na tentativa de relegitimar-se. A própria representação popular encontra-se hoje em xeque. A história é um processo, e a judicialização da política é apenas uma parte desse processo.

Essa é a razão do diálogo que, a seguir, promovemos com Hannah Arendt e Giorgio Agamben. A primeira, a fim do esclarecimento da concepção de democracia que esta palavra deva suscitar; o último, por outro lado, com o propósito de dar transparência à tirania ínsita aos modelos de corpos políticos que decidem o futuro de todos sem quaisquer consultas a seus

destinatários.

3 Da soberania popular, do *telos* do estado e da ontologia do comando

Quando dissemos, na parte introdutória deste artigo, que o protagonismo da jurisdição constitucional tem se dado com abdicação do papel de legislador negativo a que se referia Kelsen — em que técnicos (interpretando normas constitucionais) reescrevem a Constituição, instaurando de certo modo uma espécie de espaço público inédito com pretensões político-representativas para a prática de decisões eminentemente políticas, sem qualquer autorização da soberania popular —, estávamos a denunciar uma apropriação indevida: a do poder político (da “ação” ou poder “constituente” de que alude Arendt) pelo Poder Judiciário. Este é o ponto.

Uma apropriação da soberania popular pela autoridade por ela constituída. Criar um Direito novo, constituir; eis o sentido jurídico dado ao que reconhecemos como poder constituinte, o poder de realizar o “novo”; o próprio “agir” arendtiano. Esse poder, que funda o Direito e que dá sustentação à própria Constituição enquanto esteio de todo o regime jurídico, está sendo exercido, não pelo verdadeiro titular do poder constituinte, mas pelas Cortes Constitucionais, a cada sentença aditiva, a cada modulação dos efeitos de seus julgados.

Desde a Revolução Francesa, o poder constituinte do povo deve ser visto como a verdadeira forma da soberania popular, na medida em que era o povo que, ao rigor da ideologia revolucionária, estava sendo chamado “a decidir coletivamente sobre a sua forma política, regenerando e constituindo novamente o poder” (BERCOVICI, 2013, p. 308). Neste sentido, o poder constituinte deve expressar como todo um povo, diretamente, cria a constituição para si permanecendo “como instância decisiva para a manutenção, alteração ou substituição da constituição, instituindo, segundo Müller (1995), uma democracia plebiscitária sem restrições” (BERCOVICI, 2013, p. 307). Mas esse poder originário do Estado só pode ser pensado pelo Direito em termos fáticos. Em termos pré-jurídicos.

Daí a oposição que ora se faz à jurisdição constitucional exercida com efeitos constituintes “outorgados” (no sentido de que feita sem um devido processo legislativo constituinte), ao largo do verdadeiro poder constituinte que se revela na participação popular nas inovações normativas que têm como destinatários todos os membros de uma comunidade política. Uma oposição para perquirir sobre a legitimidade de que disso tudo resulta, o que não é fácil de ser discutido de modo circunscrito a balizas estabelecidas pela “Ciência Jurídica”, já que:

[...] O direito tem dificuldades em entender a produção jurídica como proveniente de um poder “de fato”, extraordinário e livre na determinação de sua própria vontade. O poder constituinte contradiz as pretensões do ordenamento jurídico de estabilidade, continuidade e mudança dentro das regras previstas. A aversão dos juristas à soberania popular e à teoria do poder constituinte do povo, segundo Cantaro (1994), vem de uma visão política e filosófica que atribui as origens do totalitarismo à soberania

popular⁹. A democracia absoluta fatalmente degeneraria para a violência, o terror e o totalitarismo. E isso teria ocorrido desde a aplicação da concepção absoluta de soberania popular de Rousseau pelos jacobinos durante a Revolução Francesa (Cantaro, 1994, p. 139-145). Para os positivistas, o poder constituinte é um poder natural (*näturliche Macht*), um poder pré-jurídico ou metajurídico. Como, então, o poder constituinte não é jurídico, não faz parte das preocupações dos juristas. E a discussão atual sobre poder constituinte limita-se a um debate sobre os limites da revisão constitucional (Steiner, 1966, p. 31-36; Henke, 1968, p. 180; 1980, p. 181-182; 1992, p. 276; Klein, 1996, p. 115-121) (BERCOVICI, 2013, p. 308).

Tendo isso em vista, fácil ver como a teoria do poder constituinte tem sido evitada, na medida em que revela a dificuldade que tem o Direito de integrar as noções de soberania popular, detentora legítima do poder constituinte, com a de soberania de Estado, a qual se expressa em atos dos Poderes Executivo, Legislativo e, no caso em estudo, do Poder Judiciário, mormente nos moldes em que se realiza no Estado Democrático de Direito em que vivemos hoje.

A soberania popular tal qual referida acima, com apoio de Bercovici, como poder de decidir coletivamente sobre o modelo do corpo político a que pertence a comunidade deliberante, regenerando e constituindo novamente e sempre o seu próprio poder; criando, diretamente, a constituição para si e permanecendo como instância decisiva para a manutenção, alteração ou substituição da constituição, de forma plebiscitária e sem restrições, é o significado político dado por Hannah Arendt ao que ela chama de “ação”.

Na verdade, Arendt não explicita claramente o que seja “ação”. Esta palavra aparece em sua obra com várias possibilidades de sentido. Tomamo-la como expressão de poder, e de poder constituinte, porque para Arendt “ação” relaciona-se com pluralidade, e é na pluralidade que o poder político, para ela, nasce e floresce, naturalmente. Pluralidade que não se coaduna com um número restrito de ministros de uma corte. “Poder” como algo que se conjuga no plural (indeterminado). E como é agindo que se inicia algo “novo”, há um aspecto constitutivo dessa “ação”¹⁰ de que se dá conta Bercovici. Algo ilimitado, imprevisível, e por isso perigoso:

Para Pedro de Vega García, é sintomático e revelador o fato de que a teoria do poder constituinte, enquanto máxima expressão do princípio democrático e questão central da problemática constitucional, tenha se convertido em tema menor para a doutrina constitucional (García, 1998, p. 47). A grande dificuldade dos juristas, na realidade, deve-se ao fato de que o poder constituinte é um poder sem limites, que, portanto, não pode ser caracterizado juridicamente. Afinal, o direito não costuma operar com termos absolutos, pois trata de limitação e relativização. A única autolimitação do poder constituinte que é compatível com sua condição de soberano é uma autolimitação procedimental, não material. Ou seja, podem ser criadas regras sobre a formação da vontade soberana, mas não sobre o conteúdo dessa vontade (Reyes, 1989, p. 29-30, 34-35). (...) O poder constituinte atua de forma permanente. Ele se refere ao povo concreto, com autoridade e força

⁹ De forma exatamente oposta ao pensamento de Hannah Arendt, que vê na participação de todos no processo deliberativo acerca do interesse comum o verdadeiro significado do que seja “liberdade”.

¹⁰ Há na ação arendtiana, um sentido de “participação” e, ao mesmo tempo, de espaço reservado a esta participação de todos no processo deliberativo acerca do interesse comum, razão porque consideramos “ação” como o “poder constituinte” que deve estar presente em todo ato do “poder constituinte”.

para estabelecer a constituição, manter sua pretensão normativa e revogá-la. A manutenção ou erosão da normatividade constitucional está ligada à permanência do poder constituinte, fonte da sua força normativa (Faoro, 1986, p. 90, 95; Böckenförde, 1992a, p. 100; 1992b, p. 295; Beaud, 1994, p. 414-423; Bonavides, 1998 p. 162-164; Müller, 1995, p. 36-38; Palombella, 1997, p. 35-36 e Fioravanti, 1998, p. 56-57) (BERCOVICI, 2013, p. 308).

Há, nesse aspecto da democracia em seu sentido mais estrito – na manutenção ou erosão da normatividade constitucional ligada à permanência do poder constituinte –, a primeira crítica, no âmbito da filosofia política, que se faz, em termos de legitimidade, à jurisdição constitucional tal qual como hoje realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Seus julgados, ao se realizarem ao largo da participação popular, voltam-se para uma prática preocupante, sob o ponto de vista político. A despeito de se tratarem de atos constitutivos de novas realidades, assim o são em detrimento do ponto de vista de cada um dos membros da comunidade política.

A ação de Hannah Arendt, para ser “ação”, deve ser capaz de constituir o que ela chama de início de algo novo. Um início de que não se poderia esperar de coisa alguma; nas palavras dela, com caráter de surpreendente impresciência; que acontece em oposição à esmagadora possibilidade das leis estatísticas e das probabilidades; que acontece em face da certeza; que ocorre como ocorre um milagre; significando, com isso, que se o homem é capaz de agir, pode-se esperar dele o inesperado e o improvável¹¹. O “novo” surgido da estrutura judiciária jamais tomará tais contornos. Muito pelo contrário, na medida em que opera silogismos a partir de absolutos para se chegar a conclusões já esperadas, dentro de balizas pré-estabelecidas, em nome da segurança.

Para Arendt, a condição básica da ação e do discurso é a pluralidade, que guarda em si o duplo aspecto da igualdade e da distinção. “Se não fossem iguais, os homens não poderiam compreender uns aos outros que vieram antes deles, nem fazer planos para o futuro, nem prever a necessidade daqueles que virão depois” (ARENDR, 2010, p. 220), ao mesmo tempo em que não precisariam do discurso para se fazerem compreendidos, se não fossem distintos. Uma corte constitucional, por mais diversa que seja, jamais poderá atingir a pluralidade existente no seio da comunidade política a que se refere. Por isso, enquanto o novo for assim produzido diversos sujeitos constitucionais serão inexoravelmente esquecidos.

Daí Arendt falar em distinção. Para buscar o desvelamento do ser que há em cada debatedor. Distinção que não se confunde, pois, com a alteridade. A alteridade no homem é compartilhada com tudo que existe, e a distinção partilhada com tudo vivido transforma-se numa unicidade tal que a pluralidade será a paradoxal pluralidade de seres únicos. Ou seja, por

¹¹ O novo seria assim possível, para Arendt, em razão de o homem ser único. A cada novo ser que nasce com ele vem ao mundo algo singular e novo. E como antes desse ser novo não havia ninguém, a respeito dele, esse homem único, pode-se dizer “o início”. Assim é que, em sendo a ação correspondente ao fato do nascimento e o discurso a efetivação da pluralidade, esta atividade da *vita activa* seria o distinguir-se como único entre iguais.

meio do discurso e da ação, o homem revela essa distinção única que distingue a si próprio, aparecendo um para o outro, não como objetos, mas *qua* homens, que dependem dessa iniciativa em face da mera circunstância de ser humano, o que ocorre apenas nessa atividade da *vita activa*, a política (ARENDR, 2010, p. 247), onde todos, e não apenas uns, manifestam-se.

Poder não se armazena nem se mantém em reserva para emergências, como acontece com a violência. Só existe em sua efetivação. Não efetivado, perde-se. E só se efetiva por palavras e atos que não se divorciam. Por palavras não vazias, que não velam intenções, mas que desvelam realidades; e por atos não violentos, que não violam nem destroem, pelo contrário, estabelecem relações e criam (constituem) novas realidades. Assim porque, para Arendt, o poder só existe entre homens, quando agem juntos, e se desfaz no momento em que dispersam. Com essa característica peculiar comum às “potencialidades que podem apenas ser efetivadas mas nunca inteiramente materializadas” (ARENDR, 2010, p. 251), o poder revela sua independência dos fatores materiais.

O único fator material indispensável para a geração do poder é a convivência entre os homens. Estes só retêm poder quando vivem tão próximos uns aos outros que as potencialidades da ação estão sempre presentes (ARENDR, 2010, p. 251).

“Ação” que deve ser, pois, de fato, livre, sem qualquer “corrimão” para o pensamento, nas palavras de Arendt. Sem nenhum “absoluto” a ser seguido ou realizado. Ao decidir, inovando o regime jurídico pátrio, sem a participação dos verdadeiros detentores do poder constituinte, o STF nega, pois, a “ação” arendtiana, na medida em que assim o faz absolutizando valores a fim de retirar dessas absolutizações sua própria fonte normativa. Criando seu próprio “corrimão” (de pensamento); e para ser seguido por todos os membros da comunidade política. Por normas saídas do juízo de uns em detrimento do de todos.

É por isso, aliás, que, ao falar da Revolução Francesa, Arendt se afasta totalmente da concepção dada a ela no excerto transcrito da obra de Bercovici (no qual este autor parece assumi-la como uma verdadeira revolução). Ao analisar o que ocorreu na França, Arendt lembra que a lição revolucionária francesa foi dada principalmente para o espectador, e não para o ator – em detrimento, pois, da efetiva participação de todos –, sendo que todos os que a seguiram ao longo dos séculos XIX e XX consideravam-se “agentes da história e da necessidade histórica”; tal qual parecem fazer, diga-se de passagem, os doutrinadores da linha de John Hart Ely¹².

Em termos políticos, a falácia dessa nova filosofia tipicamente moderna é relativamente simples. Ela consiste em descrever e entender todo o campo da ação humana não em termos do ator e do agente, mas do ponto de vista do espectador que assiste a um espetáculo. Mas é relativamente difícil detectar essa falácia devido ao elemento de verdade nela presente, e que se baseia no fato de que todas as histórias iniciadas e encenadas pelos homens revelam seu verdadeiro significado somente quando chegam ao final, de maneira que

¹² No sentido da defesa que promovem da “necessidade” de a jurisdição constitucional, ao interpretar a Constituição, fazê-lo de modo a “reforçar os processos democráticos e populares”, acelerando o processo histórico de conquistas sociais pelas minorias.

realmente pode parecer que apenas o espectador, e não o agente, teria possibilidade de entender o que efetivamente acontecera numa cadeia qualquer de atos e eventos (ARENDDT, 2011c, p. 84).

Nesse contexto, a principal categoria desse pensamento político revolucionário não foi a liberdade. A verdade não correspondia aos cidadãos – que só podiam representar uma multiplicidade de opiniões – nem aos membros da nação – já que seu senso de verdade era limitado à sua própria história e experiência específica. A verdade teria que se referir ao homem *qua* homem, uma realidade terrena tangível, mas que, evidentemente, não existia de fato. Assim, para tornar-se um meio de revelação da verdade, a história teria de ser um “espírito universal”. Deste modo, só podendo haver dignidade filosófica em pressupostos universais, apesar da noção de história universal ter tido origem política, precedida que foi sua formação pelas duas revoluções pretensamente inaugurais de uma nova era para toda a humanidade – referindo-se a todos os homens *qua* homens, independentemente de suas condições de vida e de suas respectivas nacionalidades –, o Estado nacional, reproduzindo o modelo platônico, “foi o único resultado duradouro da revolução na Europa” (ARENDDT, 2011c, p. 86).

Era a noção de *soberania*¹³, aliás, que novamente se impunha às mudanças. Inegavelmente, a libertação que se operava em face da tirania trazia liberdade apenas para alguns poucos integrantes de uma minoria, fenômeno que sequer foi sentido por grande parte da população que se manteve na miséria e que, por isso, precisava de ser libertada outra vez.

Era a questão do absoluto de que fala Arendt a determinar os rumos da Revolução Francesa. Ao exigir a renúncia do poder em prol do governo e o “consentimento” a seu exercício de mando, estavam os franceses a repetir o passado, instituindo, pela noção de “contrato social”, uma espécie de monopólio absoluto do poder “para intimidar todos”, nas palavras de Hobbes, prestando-se a ser interpretado à imagem do poder onipotente de Deus. Era o princípio nacional que se impunha¹⁴, “segundo o qual deve existir um só representante da nação como um todo e onde se entende de governo como encarnação de todos que a integram” (ARENDDT, 2011c, p. 223).

Assim é que dois aspectos do pensamento arendtiano podem então trazer luz à reflexão

¹³ “A soberania nacional, ou seja, a majestade da esfera pública, tal como veio a ser entendida nos vários séculos de monarquia absoluta, parecia contradizer a instauração de uma república” (ARENDDT, 2011c, p. 51). É como se o estado nacional tivesse derrotado antecipadamente a revolução na Europa antes mesmo de seu início. A verdade é que a queda da monarquia na França não alterou a relação precedente que havia entre governantes e governados; os governos revolucionários não eram diferentes de seus predecessores. Os revolucionários não eram membros do povo nem governavam para o povo; o que ocorria era apenas uma “usurpação do poder soberano” por obra de representantes automeados, que haviam se colocado de forma independente em relação à nação.

¹⁴ É que, historicamente, há uma diferença evidente entre as Revoluções Francesa e Americana: a última tinha como herança uma “monarquia limitada” e a primeira, o absolutismo que, “até onde alcança a vista, remontava aos primeiros séculos de nossa era e aos últimos séculos do Império Romano” (ARENDDT, 2011c, p. 205). É natural, portanto, que a Revolução Francesa – predeterminada pelo tipo de governo que derrubou – se voltasse para “o novo absoluto”, para “a revolução absoluta”, porque, para os franceses, quanto mais absoluto fosse o governante, tanto mais absoluta teria de ser a revolução para derrubá-lo. O que o próprio Sieyès teria feito foi exatamente isso, substituir a soberania do rei deposto pela soberania da nação, para colocar a nação acima da lei, do mesmo modo que fazia o rei deposto. Se a pessoa do rei tinha sido a fonte de todo o poder na terra e sua vontade a origem da lei na terra, a vontade da nação é que seria a Lei, a partir de então.

que ora se realiza. O primeiro diz respeito à radicalidade com que Hannah Arendt pensa a democracia. Dessa radicalidade extraímos a noção de participação popular efetiva nas discussões acerca do interesse comum. Sem a participação popular, a democracia se descaracterizaria como tal. Nesse contexto seria inviável qualquer teoria voltada à legitimação do ativismo judicial, já que ausente dela. O segundo aspecto de seu pensamento diz respeito ao *telos* do Estado que, aos moldes dos modelos platônicos de governança, constitui uma condição pré-totalitária na modernidade, na medida em que estabelece, por ideias absolutizadas, a relação de comando entre governantes e governados.

O totalitarismo, para Arendt, se realiza por meio de uma “ideologia”. Colocada em prática, impede a “ação”. Em regimes assim, os homens não conseguem utilizar sua capacidade de pensar e de agir, eliminando o poder da fala, reduzindo seres humanos a meros exemplares de sua espécie natural. Arendt, por isso, assevera a afirmação da liberdade dos cidadãos, da práxis comunicativa e da ação política, como a forma de se lutar contra a “cristalização” deste fenômeno – que a jurisdição constitucional, nos moldes em que se realiza hoje, fortalece –, a fim de reconstituirmos o sentido de nossa existência como seres humanos políticos por excelência.

Cristalização que tem no Direito um parceiro aguerrido, que no dizer de Walter Benjamin, exerce o papel de instituir e de manter a violência institucionalizada pelo Estado; na medida em que, por regras e princípios, por meio das instituições estatais, elimina qualquer possibilidade capaz de colocar o regime em discussão, já que qualquer ato que questione o sistema posto, à luz do Direito, ou será desobediência civil ou crime.

Já sob o ponto de vista de Agamben, há na soberania, uma *ontologia do comando* que deve ser desvelada. Em “Opus Dei”, sua obra mais recente, ao realizar uma análise arqueológica da liturgia e do ofício divino e humano, para talvez criarmos condições de pensar uma política liberada da dependência de categorias como o dever e a vontade, Agamben fala de uma espécie de ontologia da obediência que foi forjada na modernidade, tendo a operatividade como pano de fundo:

[...] o processo que conduz a separação entre ser ser (*Sein*) e dever-ser (*Sollen*) encontra em Kant seu cumprimento... O que em Kant atinge a realização na forma do dever-ser é a ontologia da operatividade, cujas linhas fundamentais buscamos reconstruir. Nesta, como vimos, ser e agir indeterminam-se e contraem-se um no outro e o ser torna-se algo que não é simplesmente, mas *dever ser* atuado. Não é possível, no entanto, entender a natureza e as características próprias da ontologia da operatividade, se não se compreende que esta é, desde o início e na mesma medida, uma ontologia do comando. A contração de ser e dever-ser tem a forma de um comando, é essencialmente e literalmente um “imperativo”. O dever-ser não é, nesse sentido, um conceito jurídico ou religioso que se alcança fora do ser: ele implica e define uma ontologia, que se afirma progressivamente e se põe historicamente como a ontologia da modernidade (AGAMBEN, 2013, p. 122-123).

Do ponto de vista semântico, esse imperativo fica definido, para Agamben, pela sua não

correspondência com o mundo. Sem descrever nem enunciar um estado de coisa, o imperativo se limita a comandar, isto é, exigir a ação do outro. E nem mesmo a ação de quem obedece ao comando pode dar conteúdo semântico ao imperativo, como anota Kelsen:

[...] quando um homem, com um ato qualquer, manifesta sua vontade de que outro homem se comporte de certo modo [...], o sentido de seu ato não pode ser descrito dizendo que o outro se comportará daquele modo, mas somente dizendo que o outro deve [soll] comportar-se daquele modo (AGAMBEN, 2013, p. 123).

Por outro lado, o imperativo pressupõe como fundamento um querer. Sua ontologia refere-se, portanto, não ao mundo como ele é, mas como deve ser. Isto é o que faz com que o Direito e a religião adotem o imperativo como modo verbal, na lei das XII Tábuas, nas fórmulas dos negócios jurídicos e no juramento, tomando, ambos, por assim dizer, um caráter performativo (por meio de seu simples proferimento realiza seu próprio significado). Agamben, aqui, quer se reportar ao afastamento que há entre o imperativo do Direito e a realidade a que ele mesmo, o imperativo, se refere:

Kant representa o momento que a ontologia do comando e do dever-ser atinge sua elaboração extrema e, penetrando na ontologia da substância e do ser, procura transformá-la do interior. Se isso é evidente no que diz respeito à ética, menos óbvio é que também a *Crítica da razão pura* possa ser lida nessa perspectiva. A possibilidade da metafísica coincide aqui com o uso da razão “pura”, isto é, sem referência ao ente e à experiência. A substituição do “nome glorioso da ontologia” por aquele de “filosofia transcendental” significa, justamente, que uma ontologia do dever-ser já tomou o lugar da ontologia do ser. O objeto transcendental e o número não designam, portanto, um ente, mas um x, “do qual não sabemos nada, nem em geral [...] podemos saber nada”. Eles são não seres, mas exigências, não substâncias, mas imperativos, a que nada pode corresponder no plano da experiência. Do mesmo modo, as ideias da razão são ideias “reguladoras”, “comandos”, e não palavras denotativas. O dever-ser corresponde, assim, na ética kantiana, à função que o número e a coisa em si desempenham na metafísica: assim como estes impõem ao pensamento a abertura de um espaço, que, no entanto deve permanecer vazio, o imperativo categórico comanda a razão prática de modo determinante e, todavia, não diz nada... (AGAMBEN, 2013, p. 125).

Trata-se do esquecimento do ser. Do ser de que fala Arendt. Isto não é banal. Não é algo que deva ser excluído da reflexão que ora se faz. Os imperativos exarados da jurisdição constitucional são vinculantes; têm efeito *erga omnes*; substituem a “ação” política; e são atos de vontade de uns em detrimento de tantas outras possíveis de serem satisfeitas tendo por base o mesmo caso. Realiza-se a jurisdição, longe do mundo, mas ao engendrar a ontologia do comando descrita por Agamben, submete-nos todos a riscos que a história já contou¹⁵. Isso tudo coloca à jurisdição constitucional ativa, enquanto mudança paradigmática em curso – a despeito

¹⁵ Para Hannah Arendt, subsistiu nos julgamentos de Nuremberg a Jerusalém, assim como na Alemanha do pós-guerra, a crença fundamental de que a “obediência é uma virtude política de primeira ordem, sem a qual nenhum corpo político poderia sobreviver” e que, portanto, o dever de obedecer deve persistir em quaisquer circunstâncias. Em termos políticos, não obstante, obedecer é sempre consentir. Onde uma criança obedece, lembra Hannah Arendt, um adulto consente, pois quando ele respeita as leis ou cumpre as ordens superiores, está ao mesmo tempo legitimando-as. Assim, mesmo em uma organização burocrática, as engrenagens da maquinaria não são neutras em relação a todo o empreendimento. Desse modo, “a pergunta endereçada àqueles que participaram e obedeceram a ordens nunca deveria ser: ‘Por que vocês obedeceram?’, mas ‘Por que vocês apoiaram?’” (CORREIA, 2010, p. 15).

da concretização de direitos que realiza –, a questão a respeito dos destinos que podem ser dados a ela e as consequências políticas que dela podem advir.

Considerações Finais

Arendt, a despeito de exortar, por um lado, instituições fortes enquanto expressão de um modelo de corpo político verdadeiramente livre, assim o faz, exortando, por outro, a garantia da participação permanente de todos, nessas instituições – o “espaço público” a que alude –, nas decisões acerca do futuro de cada membro da coletividade. Se, por um lado, a Jurisdição Constitucional exprime a existência de uma instituição de Estado forte; por outro, não se pode dizer o mesmo quanto ao aspecto da participação permanente. É dizer que a jurisdição constitucional não denota “liberdade”¹⁶, especialmente, em razão da apropriação do poder constituinte, afeto ao povo, pelo Poder Judiciário.

Para Agamben, por outra via, desde sempre a política é biopolítica. Sempre houve de um lado o soberano, e de outro o *homo sacer*, na estrutura de *bando* que descreve. E sempre haverá. O totalitarismo, então, não deve ser evitado, na medida em que já está aí; deve ser então desativado. Se o que lhe dá operatividade é a ontologia do comando, não devemos dar-lhe atividade. A inoperatividade do sistema – no sentido de que não devemos realizar a ideologia que o justifica – é que seria, para ele, a saída viável para as comunidades políticas contemporâneas. Algo que só se revelaria na realização da “potência da potência” do sistema. A partir da consciência coletiva de todo o processo.

Ambos pensadores parecem estar fora do alcance da realidade atual. Como realizar uma democracia radical, sem a soberania estatal do modo que a conhecemos? Como esperar o “agir”, no contexto que Arendt descreve, de comunidades inteiras de trabalhadores consumidores avessos à política? Como, por outro lado, desativar o *telos* do sistema político em voga como quer Agamben?

Talvez a reflexão que ambos pensadores engendram esteja invocando, não uma solução concreta neste termos, mas a reflexão crítica a fim de colocar em pauta permanente caminhos alternativos à política em voga. Ao modelo do corpo político em que viveremos amanhã. Querem, afinal, restituir dignidade à política recusando-a como algo baseado em uma teoria universal a ser cegamente seguida, porque uma política assim pode acabar por engendrar o arbitrário. Ainda mais, quando o presente aponta para um futuro com menos participação popular nas decisões que mais importam para as comunidades políticas.

Os pensamentos de Arendt e Agamben, concatenados, podem, pois, dar luzes novas ao

¹⁶ A despeito de ter dedicado um ensaio especificamente sobre o tema, o conceito de liberdade de Arendt deve ser extraído de vários escritos de sua autoria. No presente, atrevo-me apenas à captura de uma faceta de garantia da liberdade arendtiana afeta ao exercício das atividades públicas com participação plena da coletividade, na medida em que, para ela, “sem um âmbito público politicamente assegurado, falta a liberdade, o espaço concreto onde aparecer” (ARENDR, 2011a, p. 195).

que há de mais essencial ao Direito – e é este o propósito do presente artigo –, que é o poder constituinte. Poder constituinte legitimamente exercido pelos próprios destinatários das normas por ele constituídas, permanentemente. Das palavras de Arendt é possível ver, p. ex., que desde os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, a jurisdição constitucional brasileira substitui a ação política exercida diretamente por cada membro da comunidade política. A partir de suas reflexões, a própria existência de um “poder constituinte” popular brasileiro – invocado por uma emenda constitucional, vale lembrar – parece suscitar dúvidas.

Tal como registrado por Andrei Koerner e Lígia Barros de Freitas no excelente artigo “O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo”, durante os trabalhos da ANC, nossos “constituintes” recorriam ao STF para que dúvidas fossem sanadas quanto aos limites da sua própria atuação. Em outras palavras, o STF foi um ator ativo do processo político constituinte originário na defesa de procedimentos e institutos que já utilizava e de outros que o resguardariam, sob o ponto de vista de sua institucionalidade. Com maior vigor ainda, inscreveu, na Constituição de 1988 – enquanto ator político “constituinte” – suas próprias competências e prerrogativas, revelando o maquinário em que já se constituía – enquanto poder constituído – àquela altura, operativa do *telos* do sistema, tal qual diagnostica Agamben.

Quando nos reportamos, pois, ao “Constituinte Originário”, absolutizando-o para dar fundamento a decisões jurídicas e políticas com base na “Carta Magna de 1988” – pretensamente legitimada pela soberania popular –, estamos, na realidade, fazendo o que Agamben denuncia estarmos realizando na modernidade: a ontologia do comando por imperativos divorciados do mundo, na realização da ideologia que engendra. Eis o perigo, pois, de uma jurisdição constitucional ativa, que exacerba ainda mais esse processo (de afastamento do povo das deliberações acerca do interesse comum).

Falar de jurisdição constitucional ativa, que reescreve a constituição sem qualquer consulta popular, revela, com maior vigor ainda, a crise constituinte que Bonavides já identifica na origem mesma de nosso Estado Democrático de Direito, que se identifica com a ausência de efetiva participação popular na elaboração de nossa Carta Política Fundamental. Legitimar a jurisdição constitucional ativa, nestes termos, será, portanto, aprofundar ainda mais essa ausência, apoiando-a em detrimento do fortalecimento de nossa democracia em seu sentido mais estrito.

Por tudo o que foi dito, podemos finalmente concluir pela existência de várias crises. Não somente dos poderes Executivo e Legislativo, mas a crise constituinte de que fala Bonavides. Em especial quando, com certa naturalidade, instaura-se, pelo Poder Judiciário, um espaço próprio para a prática de decisões eminentemente políticas. Um processo que revela, deste modo, uma crise de legitimidade. Tanto porque substitui “ação” por “fazer”, quanto porque se realiza em um modelo que se constrói de cima para baixo. Outrossim, na medida em que é operado a partir de “absolutos” postos acima de todo o sistema a fim de presidir a vida de

toda a comunidade política sem qualquer participação popular.

E tudo acontece de modo tão natural que parece apontar para uma crise também paradigmática, ou seja, do próprio modelo em voga que, apegando-se ao pragmatismo, busca, agora, teorias que sejam capazes de legitimar a elaboração de constituições novas, a cada instante, por “técnicos”. O STF, quando escreve ou reescreve a Constituição sem qualquer participação da soberania popular, põe em evidência esta realidade, assumindo o risco, ao apropriar-se da função política que fez desmoronar a credibilidade do Poder Legislativo, de ser o próximo a perder o seu prestígio, como, aliás, anteviu Schmitt.

A interpretação do sentido e o alcance por ela dado a cada dispositivo constitucional sem contestações mais veementes da comunidade política, nesse contexto, revela, ainda, quão limitado é o sentido que damos à palavra “democracia” nos dias de hoje, e que esta mudança de sentido se encontra, aliás, no âmago da mudança paradigmática perante a qual nos deparamos na atualidade. Assim, a pergunta que se impõe mediante tudo isso deve ir além da perquirição sobre a legitimidade da “jurisdição constitucional constituinte” para perscrutar sobre os riscos que encerram tais mudanças. Ou, senão, sobre qual o modelo de corpo político pode, com tudo isso, estar se avizinando.

Referências

AGAMBEN, G. **Estado de exceção**: homo sacer, II, 1. 2. ed. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

_____. **O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. **Opus Dei**: arqueologia do ofício: homo sacer, II, 5/Giorgio Agamben. Tradução Daniel Arruda Nascimento. São Paulo: Boitempo, 2013.

ANDRADE, V. R. P. de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARENDT, H. **A vida do espírito**: o pensar, o querer, o julgar. Tradução de A. Abranches, C. A. de Almeida e H. Martins. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1991.

_____. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. **A condição humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

_____. **A promessa da política**. 3. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2010.

_____. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Entre o passado e o futuro**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011a.

_____. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras: 2011b.

_____. **Sobre a revolução**. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011c.

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.
- BALEEIRO, Aliomar. **Supremo Tribunal Federa esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado – RDE*; Ano 4, n. 13, pp. 71-91, 2009.
- BERCOVICI, Gilberto. O Poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova**, n. 88, p. 308, 2013.
- BERNSTEIN, R. J. Rethinking the social and the political. In: WILLIAMS, G. (Org.). **Hannah Arendt: critical assessments of leading political philosophers**. V. 3. London: Routledge, 2006.
- BOBBIO, N. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- _____. **A era dos direitos**. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier; Campus, 2004.
- BRUNKHORTS, H. Equality and elitism in Arendt. In: VILLA, D. **Politics, philosophy and terror: essays on the thought of Hannah Arendt**. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- CALHOUN, C.; MCGOWAN, J. (Org.). **Hannah Arendt and the Meaning of Politics**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1997.
- CANOVAN, M. **The political thought of Hannah Arendt**. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1974.
- _____. Politics as culture: Hannah Arendt and the public realm. In: HINCHMAN, L. P.; HINCHMAN, S. K. (Org.). **Hannah Arendt: critical essays**. Albany: State University of New York Press, 1994.
- CORREIA, A. **Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2007.
- _____. Mal e obediência: uma nota. In: BREA, G.; NASCIMENTO, P.; MILOVIC, M. (Org.). **Filosofia ou política?: diálogos com Hannah Arendt**. São Paulo: Annablume, 2010.
- DERRIDA, J. **Força de lei: o “fundamento místico da autoridade”**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- DOURADO JÚNIOR, Adahilton. **O animal laborans e as origens do totalitarismo**. 2013. 105 f. Dissertação. (Mestrado em Filosofia) – Departamento de Filosofia, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.
- DUARTE, A. Hannah Arendt: repensar o direito à luz da política democrática radical. In: FONSECA, R. M. (Org.). **Direito e Discurso; discursos do direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- _____. **Vidas em risco: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. **Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- _____. **Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978)**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- _____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- _____. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2010.

- _____. **História da sexualidade 1: a vontade de saber.** Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. 20. ed. São Paulo: Graal, 2010.
- FRY, K. A. **Compreender Hannah Arendt.** Tradução de Paulo Ferreira Valério. Petrópolis: Vozes, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles? **Political Theory**, v. 29, n. 6, p. 770-773, dez. 2001.
- HARDT, M.; NEGRI, A. **Multidão: guerra e democracia na era do Império.** Rio de Janeiro: Record, 2005.
- KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** São Paulo: Martin Claret, 2008.
- _____. **Crítica da razão pura.** Tradução de Lucimar A. Coghi Alselmi, Fulvio Lubisco. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- KATEB, G. **Hannah Arendt: politics, conscience, evil.** Totowa: Rowman/Alanheld, 1984.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** Tradução de Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo, **Lua Nova: Revista de cultura e política** n. 88, pp. 141-184, 2013
- LAFER, C. **Pensamento, persuasão e poder.** 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- McGOWAN, J. **Hannah Arendt: an introduction.** Minneapolis: University of Minnesota Press, 1998.
- MENDES, Gilmar F; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2014.
- MILOVIC, M. Política e pluralismo: considerações sobre Hannah Arendt e Chantal Mouffe. In: BREA, G.; NASCIMENTO, P.; MILOVIC, M. (Org.). **Filosofia ou política?** Diálogos com Hannah Arendt. São Paulo: Annablume, 2010.
- NASCIMENTO, P. C. Instituições e política em Hannah Arendt. In: BREA, G.; NASCIMENTO, P.; MILOVIC, M. (Org.). **Filosofia ou política?:** diálogos com Hannah Arendt. São Paulo: Annablume, 2010.
- NEGRI, A. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade.** Tradução de Adriano Pillatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- NEPOMOCENO, A. **Além da lei: a face obscura da sentença penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- NIETZSCHE, F. W. **Genealogia da moral: uma polêmica.** São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- PITKIN, H. F. **The Attack of the Blob: Hannah Arendt's Concept of the Social.** Chicago: University of Chicago Press, 1998.
- PLATÃO. **As leis: incluindo Epinomis.** Bauru: Edipro, 1999.
- _____. **A República.** 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- RAWLS, J. **Uma teoria da justiça.** 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008.
- ROUSSEAU, J. **O contrato social: princípios do direito político.** 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 1999.
- SARLET, I. W. (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SCHMITT, Carl. **Constitutional theory.** Trad. Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press,

2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. ref. da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar**: a judicialização da política no Brasil. Brasília: Plano, 2001.

VIANNA, Luis Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

Artigo recebido em: 25/06/2015

Artigo aceito para publicação em: 10/12/2015