



Universidade de Brasília

**FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA
INSTITUIÇÕES JURÍDICAS, SEPARAÇÃO DE PODERES E PROCESSO
CONSTITUCIONAL**

**SUPREMACIA JUDICIAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:
CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO PELA CRÍTICA À “NOVA” HERMENÊUTICA**

BRASILIA

2016

RAFAEL MARTINS ESTORILIO

**SUPREMACIA JUDICIAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:
CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO PELA CRÍTICA À “NOVA” HERMENÊUTICA**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo

BRASILIA

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

RAFAEL MARTINS ESTORILIO

SUPREMACIA JUDICIAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO PELA CRÍTICA À “NOVA” HERMENÊUTICA

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília
Presidente/Orientador

Prof^a. Dra. Vera Karam de Chueiri
Membro externo

Prof. Dr. Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto
Faculdade de Direito
Membro interno

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto
Faculdade de Direito
Membro Suplente

Brasília/DF, 02 de dezembro de 2016

Aos meus pais,

Jairo e Claudia,

pela paciência.

Por me permitirem sonhar,

me amando tão despertos:

minha mais sincera gratidão.

AGRADECIMENTOS

Gosto da filmagem biográfica de Hannah Arendt na direção da alemã Margarethe von Trotta (2012). Há um foco excitante em que Heidegger teria assoprado para a jovem Hannah: "Então você quer que eu a ensine a pensar". "Mas. Pensar é uma atividade solitária". A frase retumba em minha cabeça: como é complexo conceber o complicado ato de pensar enquanto atividade solitária. De fato, pensar solitário foi essencial neste processo – divertido e doloroso – de escrita. Mas nunca estive *sozinho* para poder pensar. Me vejo nesse lugar, mas também fora dele. Contraditório? É que não é possível pensar monologicamente. Mas solitário, sim?

Quero agradecer a quem completou a minha alma me permitindo pensar solitário para concluir este trabalho, sem que eu me sentisse sozinho, e, justamente por isso, pensasse. A quem me permitiu a solidão, me deixando solitário para pensar sozinho, mas sempre presente, mesmo na distância. A quem me fez amar Brasília e a quem me fez sentir tanta saudade do frio aquecido de casa. O ponto, enfim: os poucos que não me deixaram *só*.

Aos meus pais, Jairo e Claudia, pela luz. Iluminam tantas pessoas e solidificam a minha caminhada com o mais verdadeiro amor, tão preocupados com a minha formação. À minha irmã Silvia, pessoa doce e abençoada. Ao carinho de todos os demais familiares. À intensa Fernanda, me permitindo esta vida colorida desde que a conheci, *tigresa de unhas negras e íris cor de mel* que me é tudo e mais um tanto, por todo o seu amor incondicional, pela sua linda alma forte e a sua paciência comigo. Aos seres humanos extraordinários que são os seus amigos e a sua família! À amizade antiga e honesta de grandes sujeitos que me fazem tanta falta nesta distância: PH, Mateus bitu, Mauri, Muri, Lima, Dudi, Serginho, Solano. Aos colegas de mestrado e aos grupos de debates. Ao meu orientador Juliano. Por ser irritantemente bom no que faz, me fez depositar em sua orientação tanta confiança e admiração, fazendo deste processo mais uma alegria do que um compromisso. Aos professores Cristiano Paixão e José Otávio; às boas conversas com Menelick, Marcelo Neves, Miroslav Milovic.

Pela felicidade: Marcelo Lavenère, Mauricio, Tiaguinho, Bernardo, Vinicius Lages, Bruno, tanta energia que me contagia! Aos colegas de trabalho, à Jú e um coração que não cabe nela! à poesia de Daniel Rameh e sua dialética com Ilmar (Drummondiano ou Baudelariano? Literatura russa ou francesa? Chico ou Caetano? ainda perguntam!), à amizade de José Nunes, de Eduardo Simões, de Israel. O meu carinho, em uma só voz, é solitário, mas nunca sozinho: obrigado pelo acolhimento. Mesmo quando persegui a solidão nesta capital!

Não há nada que não se possa dizer, e pode-se dizer o nada. Pode-se enunciar tudo na língua, isto é, nos limites da gramaticalidade. Sabe-se, desde Frege, que as palavras podem ter um sentido sem remeter a coisa alguma, ou seja, o rigor formal pode mascarar a decolagem semântica. Todas as teologias religiosas e todas as teodicéias políticas tiraram partido do fato de que as capacidades geradoras da língua podem exceder os limites da intuição ou da verificação empírica, para produzir discursos formalmente corretos, mas semanticamente vazios. Os rituais representam o limite de todas as situações de imposição, nas quais, por meio do exercício de uma competência técnica, que pode ser muito imperfeita, se exerce uma competência social, a do locutor legítimo, autorizado a falar e a falar com autoridade: Benveniste observava que nas línguas indo-européias, as palavras que servem para expressar o direito ligam-se à raiz "dizer". O dizer direito, formalmente conforme, pretende, por isso mesmo, e com chances nada desprezíveis de êxito, dizer o direito, isto é, o dever ser. Aqueles que, como Max Weber, opuseram ao direito mágico ou carismático do juramento coletivo ou do ordálio um direito racional fundado na calculabilidade e na previsibilidade, esquecem que o **direito mais rigorosamente racionalizado é sempre e tão-somente um ato de magia social que deu certo**. O discurso jurídico é uma palavra criativa, que faz existir o que ela enuncia. Ela é o limite ao qual pretendem todos os enunciados performativos, bênçãos, maldições, ordens, desejos ou insultos; isto é, a palavra divina, o direito divino que, como a *intuitus originarius* que Kant atribuía a Deus, faz surgir para a existência o que ela enuncia, ao contrário de todos os enunciados derivados, constatativos, simples registros de um dado preexistente. Jamais se deveria esquecer que a língua, em razão da infinita capacidade geradora, mas também, originária, no sentido kantiano, que lhe é conferida por seu poder de produzir para a existência produzindo a representação coletivamente reconhecida, e assim realizada, da existência, é com **certeza o suporte por excelência do sonho de poder absoluto**. (BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2. Ed. 2008, p. 28).

RESUMO

Este trabalho trata do problema da supremacia judicial em relação ao exercício da revisão judicial. Quero entender porque os argumentos trazidos pelo apelo da constituição política “fora das cortes” foram ineficazes em combater efetivamente o discurso da supremacia judicial, como se as cortes seguissem surdas às reivindicações acadêmicas dos últimos 30 anos. Ao mesmo tempo, muito se fala no giro-linguístico na hermenêutica como remédio para conter discricionariedades judiciais. Mas inspirado na crítica de autores ao giro pragmático-linguístico, os quais nos convidam a repensar o conceito de *nova hermenêutica*, substituo a crítica da supremacia judicial para retornar ao problema da hermenêutica e do giro-linguístico, mas com semelhante finalidade. Olhando para a atuação expansiva em algumas ferramentas contemporâneas construídas na revisão judicial, a hipótese é a de que tais fundamentos justificaram o judiciário neste contexto de discricionariedade que a *nova hermenêutica* possibilita com o modelo sintático-pragmático da virada linguística. Aqui, a contradição anunciada: em seu projeto, a promessa era evitar o "solipsismo". Ao contrário, há inegável relação simbiótica entre judicialização da constituição e a *nova hermenêutica*, como dois lados de um elevado muro. Com isso, olhando para algumas das novas propostas institucionais, há alguma saída para o projeto perdido do *constitucionalismo político* diante dessas dificuldades oferecidas pelo recrudescimento da supremacia judicial pela hermenêutica? Desmistificando a autoridade da “nova hermenêutica” e da virada da filosofia da linguagem, ofereço alternativas para o ainda e necessário projeto em busca de uma constituição política.

PALAVRAS-CHAVE

Revisão judicial; supremacia judicial; giro ontológico-linguístico; hermenêutica constitucional; cortes constitucionais; sujeitos constitucionais.

ABSTRACT

This work deals with the problem of judicial supremacy in the exercise of judicial review. My intent is to understand why the arguments brought by the political constitutionalism appeal “outside the courts” were ineffective in opposition of the discourse of judicial supremacy, as if the courts follow deaf to the academic critics of the last 30 years. At the same time, much is said about the linguistic turn in hermeneutics as a solution to contain judicial discretions. But inspired by the criticism of authors on the pragmatic-linguistic turn, which invite us to rethink the concept of “new hermeneutics”, I replace the criticism of judicial supremacy returning to the issue of new hermeneutics in legal reasoning and its implications on the linguistic turn, but with a similar purpose. Looking at some expansive performance in contemporary tools built on judicial review by courts, the hypothesis is that such grounds justify the judicial discretion in this context of the new hermeneutic, made possible with the syntactic-pragmatic model of linguistic turn. Here the contradiction announced: in its project, the promise was to avoid the "solipsism". Instead, there are undeniable symbiotic relationship between judicialization of the constitution and the new hermeneutics, as two sides of a high wall. Hence, looking at some of the new institutional proposals, is there any way out for this lost project of political constitutionalism in face of these difficulties offered by the recrudescence of judicial supremacy by hermeneutics? Demystifying the authority of the "new hermeneutic" and the turn of the philosophy of language, I offer alternatives to the further and necessary project in search of a political constitution.

KEY-WORDS

Judicial Review; judicial supremacy; ontologic-linguistic turn; constitutional hermeneutics; constitutional courts; subjects of constitution.

SIGLAS

ADCON –	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIN –	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF –	Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental
TCF –	Tribunal Constitucional Federal Alemão
CR –	Constituição da República
EC –	Emenda Constitucional
STF –	Supremo Tribunal Federal
STJ –	Superior Tribunal de Justiça
RCL –	Reclamação Constitucional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6	
 PARTE 1. POLÍTICA E DIREITO CONSTITUCIONAL: INSTITUIÇÕES		
 CAPITULO I. Principais vertentes opositoras à revisão judicial – e razões que as enfraqueceram		27
I.1. O impulso de Ingeborg Maus, Jürgen Habermas e a “esquerda alemã” sobre o problema da expertocracia judicial.....	30	
I.2. O esforço do movimento do constitucionalismo popular e a crítica “politologizada”.....	50	
I.3. Estudo comparado: o modelo francês e britânico.....	63	
I.4. Conclusão do capítulo: o enfraquecimento da crítica e a abertura à “nova” hermenêutica.....	77	
 PARTE 2. FILOSOFIA E DIREITO CONSTITUCIONAL: HERMENÊUTICA		
 CAPITULO II. Prevalendo a revisão judicial, o apressado discurso filosófico sobre a virada hermenêutica e sua legitimidade – e como oferece riscos.....		84
II.1. Deleuze contra Wittgenstein desde o abecedário de Claire Parnet.....	87	
II.2. A indecidibilidade de Derrida, a gramatologia e a crítica de Rorty (a anti-hermenêutica).....	105	
II.3. Entre apofântico e hermenêutico.....;	115	
II.4. Conclusão do capítulo: somente após nos darmos conta, o juiz solipsista representa um risco? A revisão judicial mais forte graças à hermenêutica supostamente mais crítica.....	128	
 PARTE 03. FUTURO E DIREITO CONSTITUCIONAL: ALTERNATIVAS À CONSTITUIÇÃO JUDICIALIZADA		
 Capítulo III. Pós-hermenêutica no constitucionalismo: há, ainda, alguma proposta a vingar, de remanescente e sólida oposição à revisão judicial?		136
III.1. Subjects of Constitution, de Nicholas Rosenkranz	139	
III.2. As emendas e a revisão judicial “advisory” em Richard Albert.....	152	
III.3. A constituição não jurídica em Günther Teubner e os intérpretes paralelos (Monetary Power).....	161	
III.4. Conclusão do capítulo: novos sujeitos, novas instituições.....	169	
Considerações finais: o que a hermenêutica e a linguagem ofereceram de novo? O que o constitucionalismo político oferece de político?.....	171	
 REFERÊNCIAS.....	176	

INTRODUÇÃO

I.

Da vasta literatura sobre supremacia judicial e revisão judicial, expressões carregadas de sentido como "constitucionalismo popular", "constitucionalismo político" e "constitucionalismo democrático" oportunizaram a denúncia de ilegitimidade democrática da jurisdição constitucional nos últimos anos. Sobrecarregada pela literatura estrangeira¹, um projeto "combativo" se repete: argumenta-se pela otimização do discurso da corte ao decidir; da deliberação entre membros da corte e de aspectos processuais do controle, ou ainda a devolução da constituição ao povo por mecanismos "radicais" de democracia².

Este debate parece relativamente saturado no meio acadêmico, onde a pesquisa nacional já esgotou resultados diversos³. A revisão judicial e o discurso da supremacia judicial como "vencíveis" parece um "futuro passado", ou o "futuro que nunca veio". O projeto específico de *frenagem à supremacia judicial*, argumento constante das

¹ MAUS (2015b, p. 298-307) refere-se ao controle de constitucionalidade pelo tribunal como ameaça democrática e faz ácidas críticas à técnica da ponderação. Distinguindo "leis" dos "atos da administração", embora inclua a revisão "administrativa" na sua crítica, elenca como "falta de consciência" pressupor que não haveria grande diferença entre tais modelos de controle, já que a jurisdição constitucional (garantias) e administrativa (eficiência) possuem valores opostos na lógica do Estado de Direito: ao judiciário não caberia raciocínio administrativo de oportunidade e conveniência. IP (2011, p. 222) explica a ambiguidade do termo do inglês "judicial review" como controle da administração pública ou no sentido literal de controle de constitucionalidade no modelo britânico e a "novidade" da revisão neste último sentido entre os ingleses, o que debaterei adiante. Falo em revisão judicial aqui sempre no sentido de fiscalização jurisdicional, no controle difuso e abstrato da constitucionalidade das leis.

² Esta segmentação de pensamentos ocorre em uma visão um pouco mais radical sobre controle e decisões políticas fundamentais: o constitucionalismo popular, de autores como Jeremy Waldron (2006); (1994) e Mark Tushnet (1999, p. 154-177), refratários do controle jurisdicional de constitucionalidade e da excessiva jurisdicionalização da Constituição, e por outra via o constitucionalismo conciliador destas atividades, em Jack Balkin (2015), Larry Kramer (2004, p. 128-144) e Barry Friedman pelo constitucionalismo popular mediado (2006, p.320-334). Em alguma medida, Mark Tushnet (2008, p. 18-34; 163-195), migrando para esta última lista ao buscar vias alternativas para a revisão judicial e apontar a possibilidade de cortes darem respostas coerentes no controle de constitucionalidade, exemplificando a corte constitucional da África do Sul. Como precursores deste projeto a partir do procedimentalismo, ver John Ely (1978, p. 485-487); (1999, p. 290) e da otimização da deliberação, ver Alexander Bickel (1975, p. 25); (1962, p. 244).

³ Dissertações como a de LUNARDI, valorizando o controle difuso (2014, p. 161-165), POLI ao discutir criticamente a emenda de revisão que suprime a revisão judicial (2012, p. 131-134) ou as teses de HÜBNER MENDES sobre interação deliberativa nas decisões (2008, p. 210-213).

pressuposições de conhecidos nomes como Jeremy Waldron, Mark Tushnet, Cass Sunstein e Bruce Ackerman, e de bibliografia nacional interminável, continua abrindo lugar em ambientes da pesquisa recente que desconfiam da autoridade da corte ou traçam limites à revisão judicial⁴. Contudo, esta discussão circula procurando meios e projetos capazes de devolver institucionalmente a *constituição* ao legitimado para *continuar a constituí-la* em lugar do judiciário: o povo. Aqui enfrentam-se os problemas da filosofia política: quem é o povo? O que é soberania e como resolver o problema do "pré-comprometimento" na proteção de cláusulas pétreas⁵? Onde reside esta legitimidade fundadora constitucional?⁶ Enfim: o receio da anulação do *devir* político com a expansão dos mecanismos da jurisdição constitucional torna-se um "pavor sem solução".

Partindo das mesmas premissas, Ingeborg Maus e Jürgen Habermas enfrentaram os mesmos problemas com o TCF há vinte e cinco anos. Em texto divulgado no Brasil em 2002, sobre o *judiciário como superego da sociedade*, de 1989, Maus trazia sua inquietude diante do Tribunal Constitucional Federal na realização de um procedimento complexo como a democracia⁷. Em outros trabalhos mais tardios⁸ e no enfrentamento com Habermas⁹ essa

⁴ Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 202) por exemplo: "Esse debate e essa conclusão são aqui importantes porque liberam o jurista para refletir sobre o controle de constitucionalidade, já que desmistificam a questão "lógica" do juiz como necessário detentor exclusivo da palavra final. Com isso, é possível fomentar o debate *institucional*, como se pretende fazer adiante neste trabalho". Ainda em trabalho sobre ônus deliberativos de tribunais, propõe desenhos institucionais complexos que permitam otimizar decisões de tribunais a fim de superar o problema das decisões com baixo nível deliberativo – prejudicando a legitimidade institucional do exercício de controle, fazendo menção direta às teses do "The Core of the Case on Judicial Review" (SILVA, 2013, p. 569-575). HÜBNER MENDES (2011, p. 99) explica as teses de WALDRON seguindo caminhos semelhantes. BENVINDO (2013) aponta os deslizes do Supremo firme na ideia de que a Corte tem sua legitimidade questionada. O debate é o horizonte, mas circula nas mesmas premissas e conclusões.

⁵ Sobre "engessamento" da constituição, normalmente possibilitada pelo Judiciário, WALDRON (1996, p. 295): "[...] and because these background issues of political structure, political procedure and political culture remain the subject of ongoing, healthy, and benign disagreement, the panic-stricken model of Odyssean precommitment seems singularly inappropriate as a basis or template for constitutional theory".

⁶ Questionando a legitimidade fundadora, e tratando a constituição escrita como Mônada política, o texto de Derrida (2002, p. 54): "The question remains. How is a state made or founded how does a state make or found itself? And independence? And the autonomy of one that both gives itself and signs its own law? Who signs all of these authorizations to sign?". No campo do discurso jurídico constitucional, SUNSTEIN (2009).

⁷ O conceito freudiano de super-ego aproxima a corte de um garantidor rudimentar da história, "do clã", e não propriamente um guardião constitucional. Enfim, uma sociedade órfã que elege um novo legitimado para decidir questões essenciais da Política depois de atingir algum padrão de igualdade política frustrada. Interessa aqui sua aproximação do judiciário ao "aparato administrativo", "ponderador de interesses", "deslegitimado avaliador de valores" no exercício da decisão judicial (MAUS, 2000, p. 200).

⁸ A autora denuncia o status deste modelo de "expertocracia da justiça" realizada pelo TCF em oposição ao procedimentalismo legislativo de base kantiana (MAUS, 2015b, p. 09; 159-175), (HABERMAS, 1994, p. 532), e da ponderação de valores aptos a fragilizar a democracia. O seu conceito final para "povo", retirado de Kant e Rousseau, em oposição a "População", é que, diferente do povo, a população não tem ou foi destituída do controle das decisões políticas, despolitizou-se, não é Soberana. E a construção "jurídico-constitucional" moderna de "povo", associando-se direitos políticos e definidos pelo Judiciário, é estratégia que aprisiona o povo na condição de população, para o indivíduo tornar-se isolado em sociedades periféricas como alvo do Direito na política, nunca participante da política pelo Direito (MAUS, 2011, p. 15-18).

problemática de legitimação do controle de constitucionalidade ganha corpo, e sua bibliografia se torna mais densa e conhecida em publicações recentes. Não quero cair na tentação de argumentos de autoridade do tipo “quem criticou primeiro”, para "otimizar" a discussão buscando esta literatura e recaindo na hermenêutica jurídica¹⁰. Contudo, estes importantes marcos teóricos pioneiros são repetidos pelo constitucionalismo popular. E aqui, o argumento de que são "tradições diversas", é muito fraco. Além das críticas de Maus às atividades interpretativas da corte, as quais serão praticamente repetidas pelos americanos, Habermas, por exemplo, provoca ao questionar se o problema de legitimidade seria solucionado devolvendo ao legislativo a incumbência de revisão judicial, por uma "comissão parlamentar de juristas especializados", por compreender a constituição como projeto histórico e dinâmico, perseguida por cada geração¹¹, além de dialogar em sua conclusão com autores como Sunstein, Michelman e John Ely. Sofreríamos senão a um isolamento, no mínimo ao autismo bibliográfico com o fechamento para a leitura jurídica americana¹². Por que boas críticas da sociologia e ciência política alemãs, como estas, não ressoaram? E a década em Frankfurt ainda era a de 1980-90.

Com isso, enquanto a crítica ao discurso da supremacia judicial (há mais de trinta anos) entra pela porta da frente, proliferada no Brasil substancialmente por autores norte-americanos ou pela interdisciplinaridade alemã¹³, e ainda no discurso desconfiado do constitucionalismo ou da soberania popular, o Poder Judiciário continua a expelir a crítica pela porta de trás, valendo-se das ferramentas hermenêuticas que detêm e do contexto em que se coloca: o pretenso discurso da salvaguarda de minorias. Contraditoriamente, a maior crítica

⁹ Observado por Neves (2008, p. 152). Habermas tenta responder MAUS distinguindo "Norma" de "Valor", como visto adiante no capítulo II, separando a atividade jurisdicional da legislativa para evitar uma "legislação concorrente", desde que o tribunal se submeta à otimização deliberativa, comunicacional e procedimental semelhante ao processo legislativo democrático. Esta compreensão procedimentalista permitiria uma "virada teórico democrática" da suspeita contra a revisão judicial, repetida nas modernas análises sobre o problema da Supremacia Judicial (HABERMAS, 1994).

¹⁰ Habermas (1994, p. 304-305) os denomina de "críticos de esquerda neoformalistas" em resistência ao Tribunal Constitucional Federal: BÖCKENFÖRDE (2005), GRIMM (2011), e DENNINGER (1985).

¹¹ HABERMAS, (1994, p. 295).

¹² Outro alerta para o desapego a estas fontes, dado por LANDAU (2010, p. 335) é o de que o constitucionalismo norte-americano não resolve os problemas de países emergentes, argumento que serviria para justificar a desnecessidade ou irrelevância dos autores americanos na revisão judicial tal como reproduzimos no Brasil. Este ponto também é controvertido, cf. GARGARELLA (2013, XIII). Considero que o argumento de LANDAU é pouco consistente e extremista, pois os paralelos dos americanos têm muito a ensinar. Habermas, no mínimo, admite: "A discussão americana [sobre o problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição] é mais fértil do que a alemã" (HABERMAS, 1994, p. 313, traduzi).

¹³ "A controvérsia dos constitucionalistas americanos em relação à legitimidade da jurisprudência constitucional segue mais na linha *politológica* do que a metodologia jurídica" (HABERMAS, 1994, p. 324). Esta observação confirma que este trabalho não segue esta linha "politológica americana" de análise, já desgastada por autores, v. NR 3 supra.

constante de autores como Friedman (1993) e Waldron (2006) é a "ilusão contramajoritária". Mas a reivindicação pela constituição mais política e menos judicializada pelos acima descritos não encontra um reflexo efetivo na atuação do judiciário, como se a academia lidasse com um contexto político e jurisdicional surdo às reivindicações que levanta nos inúmeros livros e artigos sobre o tema. Então é preciso algum diagnóstico para a "oportunidade perdida" da crítica à judicialização da constituição, diante do esforço dos autores alemães e americanos que se preocuparam com o fenômeno da valorização excessiva da supremacia judicial, antes de já propormos a cura por renovações institucionais, como vem sendo feito com reduzido sucesso. E talvez seja justamente no papel *interpretativo* da corte (em parte estimulado pela filosofia da linguagem em seu projeto hermenêutico) onde resida a munição sorrateira para a reprodução de um discurso *intocável e blindado* da supremacia judicial¹⁴.

II.

A observação pareceria óbvia: os sistemas de controle de constitucionalidade "evoluem" sistematicamente por mecanismos interpretativos silenciosos, e a constituição enquanto instrumento popular, por sua vez, torna-se vulnerável: "técnicas" do exemplo brasileiro como a *mutação constitucional*, a *interpretação conforme a constituição*, a *inconstitucionalidade sem redução de texto*, a *represtinação da Lei declarada inconstitucional*, a *modulação de efeitos*, a *inconstitucionalidade por arrastamento*, a *inconstitucionalidade regressiva ou "ainda" inconstitucionalidade*, a *inconstitucionalidade progressiva*, a *concessão de liminares ad referendum*, o *estado de coisas inconstitucional* e a *inconstitucionalidade "superveniente"* entraram em uma pauta constante no dia-a-dia da

¹⁴ Também no cenário internacional, como visto no "Constitutional Reform Act" britânico, criador de uma Suprema Corte, onde supostamente o controle de constitucionalidade "não existe" por ser um sistema classificado como "não dogmático/constituição não rígida". Ocorre que a reforma retirou do legislativo incumbências recursais de última instância para colocar no Judiciário atribuições de decisão constitucional. Uma das ferramentas de decisão, as DOI (declaration of incompatibility) daquele sistema é a incompatibilidade declarada pela Corte frente a outros catálogos de direitos fundamentais (Human Rights Act, por exemplo), porém desprovido de efeito vinculante. Isso levará os autores ingleses a afirmar que não se trata de revisão judicial pela Corte "apenas pelo nome" (IP, 2011, p. 222). Neste sentido a Corte se auto intitula titular de poderes imprevisos (modelo fraco para Tushnet ou consultivo para Richard Albert, cf. debatido adiante). É a oportunidade para rever o equívoco do próprio jargão segundo o qual "controle de constitucionalidade" só é possível em modelos dogmáticos, de constituições escritas, e com parâmetros delineados. A corte, enfim, dá a si mesma a ampliação dos seus limites.

atividade interpretativa da corte onde seus poderes parecem ilimitados. No Brasil e diante de práticas semelhantes em cortes no mundo. Mas qual a tradição filosófica que entra em erupção nesta virada do Século XX? Enquanto as críticas não davam conta de vencer a supremacia judicial, alguma justificação teórica se sobressaía para alcançarmos mecanismos tão controladores da política no Estado de Direito.

Sabemos hoje o quanto a revisão judicial não trata mais da simples declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade (código binário), no sentido genuíno de legislador negativo que pensara, por exemplo, Kelsen e que alcança o modelo austríaco, limitando a técnica da modulação de efeitos, por exemplo, em 18 meses¹⁵. Texto constitucional e norma são revisados por meios pragmáticos-linguísticos abstratos em alcance, limite e disposição¹⁶. Há a expansão de atribuições graças às ferramentas acima, ao mesmo tempo que se verifica uma falta de agenda do constitucionalismo em dirigir esta crítica ao judiciário no campo *hermenêutico*¹⁷. E o estudo "hermenêutico" da constituição parece cair nesta tentação: a de vangloriar o giro-linguístico pela *nova hermenêutica* em um exercício que *evitaria* discricionariedades a partir de teorias da decisão judicial que *superaram as* "doutrinas clássicas/arcaicas de aplicação": lógico-sistemático, gramatical, histórico, etc., já que eram desdobramentos do exercício *apenas* subsuntivo (código binário).

Portanto, quando parece que todos nós desistimos do problema da legitimidade da corte, deslocamos nossos olhos para a hermenêutica, com algum conformismo com a supremacia judicial, ainda que sutil e involuntário. Então seria preciso escavar *ainda mais fundo* para chegar a este embate da filosofia da linguagem, tentando, com isso, pensar além da crítica "politológica" e jurídico-constitucional (institucional) acima repetida sobre o problema central do constitucionalismo popular e da revisão judicial. Por que não pensar a força *hermenêutica* das cortes e a sua monopolização do texto constitucional por um discurso filosófico de autoridade, isto é, graças ao confuso discurso constitucional da virada paradigmática da linguagem? Não podemos desmistificar esta autoridade?

¹⁵ Habermas (1994, p. 296) argumenta que, na discussão Kelsen-Schmitt, teria prevalecido o argumento kelseniano de que "O fato de atribuir a um órgão o simples poder de controlar a constituição não é o mesmo que fortalecer ainda mais o poder de um dos dois portadores principais do poder, conferindo-lhe o controle da constituição". Para Kelsen o problema se resumia à constitucionalidade de criação da Lei.

¹⁶ No recém julgado da ADI 4537, por exemplo, o STF definiu como aplicável a declarada inconstitucional EC 62/2009 (emenda do calote) por mais cinco exercícios financeiros, uma modulação de efeitos prospectada para 2020.

¹⁷ Sem sucesso, por exemplo, BALKIN (2015), repetindo o velho e conhecido argumento extra-cortes de que "toda a comunidade política" é intérprete da constituição. Para ele, a revisão judicial não é capaz de "eliminar" outros intérpretes e atores constitucionais. A interpretação judicial tende a dominar a "imaginação jurídica" de exclusividade ao longo do tempo.

Para isso, é útil a amarga e desconfiada leitura que autores da filosofia fizeram das propostas da filosofia da linguagem e da hermenêutica, já que se valeram de falas tão duras. Deleuze¹⁸, por exemplo, denomina a filosofia de Wittgenstein como a "pobreza construída *na tentativa de fazer algo grandioso*, e acusa seu trabalho de “regressão de toda a filosofia ocidental”, ou uma “estrutura de terror”. Derrida¹⁹ denuncia a linguagem em seu intento hermenêutico de logocêntrica, destituindo seus projetos fundacionais pela *escritura*. Rorty chama a filosofia da linguagem de eterna continuação da metafísica, denunciando sua inutilidade, acusando seus teóricos da pretensão pela “falsa autonomia”.

Se estes argumentos procedem, e se o valor epistêmico da linguagem e da hermenêutica, de fato, não seja tudo o que a teoria do direito o atribuiu, dificilmente o atual estado em que o direito e a "nova" hermenêutica pretendem descansar podem permanecer, já que as suas premissas iniciais são embasadas nesta virada linguística. Se a “nova hermenêutica” permite um julgamento válido e pré-concebido, uma teoria da decisão judicial *renovada pela virada linguística*, me interessa estudar autores que não admitem esta característica ao movimento filosófico, quando vivemos em tempos em que tudo o que restou ao constitucionalismo foi buscar nas teorias da decisão o *conformismo* com o papel intensivo do judiciário na revisão judicial (modelo fraco de revisão judicial).

A "virada" linguística da filosofia importada pelo direito afirma ter alcançado este novo patamar de superação da crítica contra a metafísica transcendental, e efetivamente orientado o direito a formar juízes na ideia de *tradição e imanência*, já que a linguagem *constitui* com base nos usos da linguagem, na medida em que a finalidade da linguagem é o entendimento, para que a sua atividade criativa permita acessar ao mundo. Deleuze, Rorty e Derrida consideram escandalizante este projeto no campo da filosofia, por não se desprender

¹⁸ “O caso de Wittgenstein é muito triste, sim, montou um sistema de terror, sob o pretexto de fazer alguma coisa nova, instauram a pobreza em toda sua grandeza, enfim, não há palavras para descrever esse perigo. É um perigo que se repete, não é a primeira vez que se repete, mas é grave. Sobretudo porque os wittgensteinianos são maus, eles quebram tudo! Se eles vencerem, haverá um assassinato da filosofia. São assassinos da filosofia”. (DELEUZE, PARNET, 1996, 2h40m). Em *lógica do sentido*, Deleuze trata da contrariedade entre proposição e sentido (1974), onde a falta de sentido fora da linguagem, fora dos jogos, como apta a fazer todo o sentido, descalça o argumento das pré-condições linguísticas e da linguagem. Não fosse assim, a poesia e a pintura abstrata teriam de redundar sempre em um sentido, em uma proposição, problema semelhante ao percebido por Bergson na relação de *infinitude, o horizonte de possibilidades* da proposição ao sentido, como será demonstrado adiante.

¹⁹ “Derrida assumes that *différance* is a condition for connecting the differences that express linguistically in time and space, as a condition of signification: “In a language, in the language system, there is nothing but differences”. This historical and spatial aspect relates, accordingly, to traces, for they reveal this fragmentary character of language, whose construction and development cannot be guided by an original essence – there is no internal pure signified. Rather, what exists is an unlimited play of traces, which, temporally and spatially, projects an endless field of possibilities and an infinite realm of interpretations” (BENVINDO, 2010, p. 173).

da metafísica que tinha como alvo e por tentar apreender a realidade em um único e falso elemento, a *comunicação*. Isso foi importado pelo direito de maneiras sutis e silenciosas. Habermas (embora seja herdeiro da linguagem para chegar à racionalidade comunicativa) fez uso de Humboldt por caminhos semelhantes na sociologia, separando a viragem linguística em uma linha *analítica* e outra *hermenêutica*, um projeto que não cabe resumir nesta introdução, mas que, adiante, também repensa o referencial da linguagem na filosofia, e deságua no direito²⁰. Ou seja, há vários marcos teóricos vendo problemas no excesso de confiança no paradigma da linguagem desde o século XX. Enquanto Wittgenstein pretendia romper com a metafísica transcendental, e a "nova" filosofia da linguagem hermenêutica propõe-se a combater o *solipsismo* ou a forma rudimentar da relação entre sujeito e objeto (enfim, a filosofia da consciência, centrada no sujeito), outros autores da filosofia os denunciam como o "regresso de toda a filosofia ocidental". Estes argumentos foram arrastados para o direito ainda *sem esta crítica deleuziana*. Por que? E qual a relação deste problema *interpretativo* com o problema da supremacia judicial?

Talvez os elementos "temidos" pelo constitucionalismo em sua atividade interpretativa ressuscitem a partir do discurso da "nova" hermenêutica: os fantasmas exegéticos e o código napoleônico, a jurisprudência dos interesses ou modalidades rudimentares de positivismo jurídico (as muitas delas). Enfim: a discricionariedade judicial. O problema é que a nova hermenêutica havia prometido combater estes elementos "temidos". Isso pode parecer contraditório, já que a hipótese seria: a discricionariedade decisória permitida pelos tribunais continua se reproduzindo graças à virada linguística, não apesar dela (veja-se a mutação constitucional e seus desdobramentos acima). Adiante, em dois estudos de caso oferecidos neste trabalho demonstrarei isso no plano do direito comparado. A questão então é: se as ferramentas interpretativas servem para uma corte cada vez mais incisiva em decisões envolvendo casos difíceis, atuando com efetiva margem de discricionariedade e desprendimento do texto constitucional (os signos se recriam e a linguagem se torna arbitrária), nunca haverá a preservação "pragmática" de respeito à tradição para atingir o entendimento (promessa da hermenêutica), e, por fim, o problema de ilegitimidade judicial ressurgirá de uma forma mais tormentosa para ser combatida. Ou para ser resignada.

Portanto, a possibilidade de subverter o texto com facilidade não se torna repelida com a *nova* hermenêutica, ainda que firme no argumento da *tradição*, comumente citando-se

²⁰ HABERMAS (1999b).

Gadamer²¹ e Heidegger²² descontroladamente neste contexto. Claro que a produção destes autores trouxe ensinamentos valiosos, como a compreensão de *Dasein*, a separação entre ser e ente, o círculo hermenêutico e as próprias bases para visualizarmos a separação entre texto e norma. Mas estes conhecimentos são usados para fortalecer a *confiabilidade* da decisão do judiciário também com seu caráter perverso, embora as cortes pareçam realizá-lo com conclusões *substancialmente* positivas. Melhor dizendo: progressistas²³, o que nos desorienta como críticos do mesmo modo que a crítica “politológica” foi massacrada. Com isso, ainda que com sua “discricionariedade” hermenêutica, continua parecendo irresponsável conter a corte?

III.

Se recorrermos ao passado para tentar compreender as fontes destes problemas na hermenêutica e na atuação do judiciário, veremos que a semente deste debate mora na dúvida em apoiar ou combater a judicialização, como um carrossel que gira em torno da questão da integridade ou da coerência judicial: a ideia de que o texto é pleno como oposição a toda discricionariedade, o que costuma ser o ponto de partida dos estudos, digamos, hermenêuticos: desde os glosadores, há um primeiro movimento de métodos rigorosos de aplicação das leis, para alcançar um texto que *não precisaria ser interpretado*, porquanto pleno. Várias formas de positivismo (exegético, normativo, discricionário) sobrevieram mais

²¹ “Não é um acaso que dentre as correntes de investigação da filosofia de hoje a semântica e a hermenêutica tenham alcançado uma atualidade especial. Ambas partem da expressão de nosso pensamento pela linguagem. Não negligenciam a forma primária em que se dá toda experiência espiritual. Ocupando-se com o fenômeno de linguagem, ambas possuem um ponto de vista verdadeiramente universal. Pois o que há no fenômeno de linguagem que não seja signo e que não seja um momento do processo de entendimento?” (GADAMER, 2001, p. 204-205).

²² Na “história do ser”, por exemplo, a tradição estava distante da forma como as proposições são verdadeiras. A verdade somente seria possível com base no *ser-no-mundo* (HEIDEGGER, 1967 p. 214-230). Como explicado detidamente por JAEGER (1971, p. 114, traduzi) sobre *Ser e tempo*, é possível encontrar em Heidegger uma curta história do ser para notar que ele foi escondido pelo ocidente. A conhecida frase: “Platão pensou o ser como *idéa*, Aristoteles como *enérgeia*, Kant como *Posição*, Hegel como *conceito absoluto*, Nietzsche como *vontade de poder*”, enquanto Heidegger pensava se há o ser (o que faz dele e de nós modernos, uma pergunta vazia), já que o ser está sempre, como visto, pautado pelo tempo (contingência). Qual a resposta? ser é a interpretação”. Este paradigma de virada ontológica (o ser escondido, pois só se estudavam os entes) é um dos atributos, ao lado do círculo hermenêutico gadameriano, a possibilitar a postura da “nova hermenêutica”.

²³ Como a impossibilidade da prisão civil do depositário infiel frente ao artigo 5º, LVII com base no Pacto de Costa Rica, internalizado como tratado de eficácia “supra-legal”, e a possibilidade de União estável entre homo afetivos frente ao artigo 226, § 3º.

tarde²⁴ e Hart foi um dos poucos a assumir com autenticidade a discricionariedade do seu positivismo fora destes desenlaces exegéticos (e dar a semente de todo um movimento crítico recente com Dworkin). Mas desde o desejo francês pelo positivismo exegético oitocentista e do texto pleno *que sequer precisa submeter-se à interpretação*, em figuras como o *juiz boca da lei*, e mais tarde a jurisprudência dos interesses ou dos conceitos, todos os movimentos colocaram o mesmo problema sob outras nomenclaturas: reduzir o direito à função interpretativa, oferecendo as cláusulas gerais, os cânones interpretativos sistematizados por Savigny e que são tratados hoje sobretudo na interpretação constitucional como “ultrapassados”, ou os teóricos do positivismo normativo kelseniano e do positivismo discricionário de Hart. Escorremos no subsequente pós-positivismo e na escola do “neoconstitucionalismo”, onde a influência da *nova hermenêutica (sintático-pragmática)* ganhou forças, talvez mais discricionária do que nunca. Tantas as escolas que propuseram ferramentas para este problema indecifrável da *falta de previsibilidade* no direito.

A virada da linguagem precisava ser importada para o discurso jurídico ao final deste ciclo, prometendo, com a ruptura do sujeito-objeto para sujeito-sujeito, um suposto novo caminho *seguro* para a hermenêutica jurídica (esta corrente *sintático-pragmática*²⁵, que aprendeu muito com a pré-compreensão do Ser). Entretanto, autores como Deleuze, Derrida e Rorty pressupõem que, na filosofia, a *virada linguística* não rompe com o ciclo metafísico acorrentado, mas a ele se une tentando estabelecer uma nova ponte com o sentido que não existe, na “tentativa de inventar algo grandioso” dentro do referencial linguístico enganador. Da pragmática para a comunicação e desta para o consenso (o que possibilita algo semelhante à Ação Comunicativa de Habermas), não se desfez a metafísica, e ainda se erigiu um argumento de autoridade. Para o Direito, da Lei ao fato, do precedente ao referente, e, enfim, do texto à norma, o giro linguístico se propõe de modo idêntico: “novas” fórmulas constitucionais de decisão são as grandes promessas da jurisdição constitucional, de uma corte “segura” que (ainda) não existe. E com isso reforça-se o discurso da supremacia judicial. E

²⁴ Não compreendo a necessidade metodológica dessa divisão, mas NEVES (2008, p. 199-206), nomeia esta passagem de um modelo Sintático-Semântico (exegese, culto unívoco do sentido) para Semântico-sintático (a pluralidade de sentidos pode ser resolvida com operações lógicas pré-definidas) e, enfim, com a revolução linguístico-pragmática, um modelo semântico-pragmático que permite os modelos atuais de interpretação, como por exemplo os constitucionalmente construídos (ver NR. 23, infra).

²⁵ No direito constitucional brasileiro este movimento de admiração, e de “impressionismo hermenêutico” é visível na reprodução sistematizada de alguns autores: a concepção concretista ou normativo-estruturante de Friedrich Müller e a sociedade aberta de Peter Häberle, a tópica de Vieweg justificada em um “espírito retórico do constituir pragmático-linguístico”, e a força normativa em Konrad Hesse. Deixo de referenciá-los pela popularização evidente das obras e pela divulgação dos conceitos destes autores na teoria constitucional.

cegamente. Então o lado “político” do judiciário está sendo empurrado para debaixo dos tapetes sob um argumento filosófico equivocadamente na atividade interpretativa da corte.

Por exemplo: Maccormick (1991) enfatiza, ao lado de Kelsen no capítulo oitavo da Teoria Pura, tratar-se de uma "insistente hermenêutica ultrapassada" a busca pela “vontade histórica” do legislador ou da comunidade jurídica/política criadora do texto. Portanto, interpretar é mais do que isso. Hermenêutica reduzida à reconstrução da vontade do legislador é um erro (a *presença-ausente* da autoridade fundadora, de que falava Derrida e Sunstein acima). É uma das mais repetidas críticas dos contemporâneos na hermenêutica jurídica, negar a atitude silogística de uma premissa maior (construída racionalmente) e de uma premissa menor (remontada pelo intérprete) capaz de acessar o direito corretamente aplicado de acordo com o que desejava um legislador remoto, enfim, um exercício que só sabe ser subsuntivo. Mas tanto o francês quanto o britânico, tanto o canadense como o alemão precisam buscar, em seus respectivos sistemas, uma premissa maior, para uma resposta adequada ao fato que se impõe²⁶. Então nunca escapamos de *algum tipo de silogismo normativo*. Entretanto, a "nova" hermenêutica promete que, neste processo de *aplicação pós-subsuntivo*, a constituição e o precedente *renovaram* este exercício, pois já permitem uma boa e *mágica* resposta a ser dada neste laço expertocrático de aplicação de direitos, e que o juiz não pode converter essas fontes aos seus interesses, eis que a virada paradigmática não permite que a linguagem seja discricionária, pois, dentre outras razões, a sua finalidade é o *entendimento*, já que os signos nascem da *tradição*, e a linguagem constitui o mundo.

Acontece que isso não é tão simples na aplicação jurídica. A filosofia da linguagem promete então o conhecimento do mundo em uma relação neutra em que sujeito não mais coisifica nenhum objeto subsuntivamente²⁷ porque a linguagem é a condição para se conhecer o mundo. Finalmente, o alerta kantiano (sujeito/objeto) é condensado da melhor forma, já que é a mente que determina e apreende a natureza e não a natureza que vem preencher a mente. Mas esse é o processo em que a *linguagem* aparece como *mônada* totalizadora. O texto, a constituição e o precedente cada vez menos cumprem essa função na atividade interpretativa legítima *pré-concebida*, já que a corte refaz as normas *apesar* do texto diante de diversas prospecções realizadas ao decidir (e decide atualmente sob uma estrutura de *policy*). O constitucionalismo popular percebeu isso tardiamente e seguiu desorientado criticando o

²⁶ A analogia é de MACCORMICK, (1991, p. 85).

²⁷ Essa é a ligação com o elemento "tradição". NEVES (2008, p. 206), e citando WIMMER mesmo sentido: a linguagem “não é arbitrária”. Deleuze e Derrida combaterão esta premissa.

tribunal politicamente, assim como Ingeborg Maus, Habermas e a tradição que a acompanha, o que vou apontar no capítulo inicial. O resultado foi o discurso da supremacia judicial cada vez mais fortificado nos últimos anos, porque não é eficientemente abatido. Mas a hermenêutica saiu impune pela porta de trás. E sob um discurso messiânico.

É claro que o amadurecimento dos estudos na hermenêutica jurídica graças à filosofia da linguagem auxiliou a compreender a diferença entre texto e norma, assim como o fizemos em relação ao significado e significante, onde normalmente nossa tradição cita SAUSSURE (2013), apesar de não citar com a mesma frequência BAKHTIN²⁸. A questão é que hoje a complexidade do ato interpretativo não está só no texto e na extração do seu sentido, está também no referente (fato jurídico). E da literatura que conhecemos, essa observação da interpretação jurídica é enfatizada recentemente, o desse acontecimento quadrangular da aplicação do direito²⁹. Por este mesmo motivo, Schleiermacher parecia ter excluído a hermenêutica jurídica de sua hermenêutica geral há muito tempo pelo problema da aplicação do direito aos fatos. Curiosamente, em uma curta passagem, Gadamer colocará a “crítica jurídica” dentro “dos objetos preferidos da hermenêutica tradicional” mesmo quando da análise de textos de literatura³⁰, porque a função da hermenêutica gadameriana não é *traduzir* nem *conferir sentidos* (isso fazia a hermenêutica tradicional). É representar uma crítica à epistemologia, uma nova postura para compreender o conhecimento humano que se dá no horizonte dos significados husserlianos, combatendo (mas também reconhecendo) preconceitos no círculo hermenêutico, reproduzindo (mas também resistindo) ideologias no

²⁸ BAKHTIN (1995) levou adiante o projeto de Saussure, por estudar os referentes para compreender a linguagem levando o *outro* em consideração. A língua perfaz linguagem com um exercício dinâmico, não apenas como sistemas lógicos (a filosofia da linguagem “analítica”). Por isso os enunciados são relativamente estáveis porque visa a *compreensão*. O texto possibilita a norma, o enunciado possibilita significado com este elemento *alteridade*.

²⁹ “Trata-se aqui de distinguir entre os planos de significante e significado. A conexão entre ambos implica uma relação semântica de significação, ou, de dação de sentido no processo de comunicação. Mas, em nosso contexto, essa *relação não se apresenta apenas entre dois polos, o da disposição e o da norma. Configura-se, no mínimo, um processo quadrangular entre disposição normativa, norma, enunciado normativo e proposição normativa*. Diante de uma disposição normativa, cabe indagar quais as normas ou os significados normativos lhe podem ou devem ser atribuídos. Mediante o enunciado normativo (ou interpretativo) atribuem-se determinados significados normativos ou normas à disposição normativa. Entretanto, novamente, podem-se indagar quais significados normativos ou normas foram atribuídos à disposição por meio do enunciado normativo (ou interpretativo) ou seja, qual proposição normativa (interpretativa) foi expressa através deste. Essa situação não é linear, na forma de metalinguagem ou linguagem-objeto, implicando antes uma circularidade na cadeia de dação de sentido comunicativamente processado [...] *Dessa maneira apresenta-se, de um lado, a relação jurídica entre texto jurídico normativo (significante) e norma jurídica (significado) de outro, a relação entre esta e o fato jurídico (referente)*, intermediada sobretudo pela *hipótese normativa* do fato irradiador dos efeitos concretos da norma (hipótese de incidência, tipo, antecedente). (NEVES, 2014, p. 03-05, grifei).

³⁰ “Justamente esses textos [de literatura] são os objetos preferidos da hermenêutica tradicional, entendida como crítica teológica, jurídica e literária, pois esses textos propõem a tarefa de despertar o sentido fossilizado da própria letra” (GADAMER, 2011, p. 211).

mundo, formulando ideias pela linguagem e pela comunicação entre indivíduos em uma crítica hermenêutica virtuosa que *emancipa* o sujeito na sua condição inegável de “bicho político” graças à comunicação, desde Aristóteles³¹, este *ser que é humano porque se comunica*.

Esses argumentos são de suma importância para reconhecer os méritos do que se critica. Faz sentido compreender que o ato de interpretar não se resume a um método (histórico, sistemático, lógico, pragmático), isoladamente, bem como "peculiaridades" precisam ser avaliadas e decididas com base em *fatós*. Nesse processo, o sujeito não consegue afastar sua subjetividade (nem negar a intersubjetividade). A linguagem foi importante aqui. No Direito há um referente, um *caso*, um *interesse para ser julgado*. Há política e interesses. O texto não é autônomo, e a norma é dele extraída pelo sujeito. Méritos da hermenêutica contemporânea. Mas quero defender que o erro está em crer que a *virada* da filosofia da linguagem e o seu casamento com a nova hermenêutica possibilitaria um amadurecimento que salva todos do problema da discricionariedade judicial, e uma ilusão acreditar que estes legados deixados são sempre positivos para o Estado de Direito balanceando constitucionalismo e democracia, como se os exegetas desconhecessem isso, como se a jurisprudência dos interesses ou a tópica fossem alheias a tais *indecidibilidades e demandas*.

A *nova hermenêutica jurídica da virada linguística* desde Wittgenstein, tomada pelos sedutores argumentos resumidos acima, passa a surgir como a sumarização de todo o conhecimento epistêmico que detemos em um movimento de afunilamento, evaporado com a epistemologia anterior, como se sua prática fosse a solução para os problemas interpretativos: como se, finalmente, na "tentativa de fazer algo grandioso", o direito fosse capaz de oferecer respostas corretas (perceba que ainda não falo aqui em "a" resposta correta), mas na legitimada e democrática fundamentação constitucional possível graças ao *giro-linguístico e à facticidade* para problemas surgidos nas sociedades hiper complexas contemporâneas.

Portanto, segue a dúvida em saber se há algo de revolucionário na *virada* linguística e hermenêutica a ponto de modificar a aplicação do direito, se isto não é, ainda, a repetição da

³¹ Na conhecida passagem que já recebeu tantas traduções: “O homem, mais do que a abelha ou um animal gregário, é um ser vivo político em sentido pleno. A natureza, conforme dizemos, não faz nada em vão, e só o homem dentre todos os animais possui a palavra. Assim, enquanto a voz serve apenas para indicar prazer ou sofrimento, e nesse sentido pertence igualmente aos outros animais [...] **o discurso por outro lado serve para exprimir o útil e o prejudicial e, por conseguinte, também o justo e o injusto**; pois é próprio do homem perante os outros animais possuir o caráter de ser o único a ter o sentimento do bem e do mal, do justo e o injusto e de outras noções morais, e é a comunidade destes sentimentos que produz a família e a cidade” (ARISTOTELES, 1998, p. 18, grifei).

metafísica que nasceu para combater. Coloco este problema na jurisdição constitucional para delimitar seu espaço, o que o constitucionalismo político vinha tentando solucionar deficientemente, como dito, a partir da ciência política (politologicamente, segundo Habermas, Maus, Grimm, Böckenford e boa parte dos autores norte-americanos). Se detemos uma consciência acumulada por narrativas e dela nos valem para aplicar o Direito, qual a diferença desse novo projeto para com os antigos marcos teóricos, com toda a tradição que nos antecede? A transição da filosofia da consciência para a viragem paradigmática da linguagem é bastante autoexplicativa e alegada como revolucionária na hermenêutica jurídica, e não são poucos os autores que seguiram este caminho acreditando no seu potencial otimizador e emancipatório para o direito ou para a decisão judicial³². Porém, resta questionar

³² São incontáveis os exemplos. Explicando o método concretista de Peter Häberle no capítulo de sua obra nominado “nova hermenêutica”, Bonavides afirma que “a interpretação da Constituição na acepção lata é “interpretação” visto que serve de ponte para ligar o cidadão, como intérprete, ao jurista, hermeneuta profissional [...] A interpretação em sentido estrito que o juiz leva a cabo no desempenho ordinário de seu trabalho profissional padece do influxo da própria interpretação que ele também exercita em sentido lato e que resulta em grande parte de sua experiência e tirocínio, conforme o debate hermenêutico acerca da “compreensão prévia” (Vorverständnis) já demonstrou sobejamente.” (BONAVIDES, 2014, p. 522). E a literatura brasileira: “A revolução copernicana representada pelo *linguistic turn* – complementada pelo *ontological turn* – não conseguiu superar o imaginário no qual doutrina e jurisprudência se sustentam [...] parcela considerável dos teóricos do direito continuou a insistir e apostar nas “virtudes” do sujeito (solipsista) da modernidade: para eles, mudou apenas o objeto a ser interpretado [...] a superação da hermenêutica tradicional – entendida como “técnica” no seio da doutrina e jurisprudência praticadas cotidianamente – implica admitir que há diferença entre texto jurídico e o sentido deste texto, isto é, que o texto não “carrega” de forma reificada, o seu sentido (sua norma) e, tampouco, que o intérprete está livre para adjudicar os sentidos que melhor lhe convier [...] Exsurge assim a necessidade de se dar novos contornos à interpretação do direito (constitucional) [...] há que se ter claro que uma hermenêutica ligada ao caráter compromissório do constitucionalismo contemporâneo terá que construir as condições de possibilidade para que a retórica dos juristas adquira positividade [...] Entretanto – e essa questão é fulcral para uma compreensão hermenêutica do fenômeno –, a diminuição da liberdade de conformação do legislador por meio de textos constitucionais cada vez mais analíticos e com ampla previsão de acesso à jurisdição constitucional, portanto, de amplo controle de constitucionalidade, não pode implicar a diminuição do “espaço” da legislação no contexto da relação entre os poderes do Estado” [...] (STRECK, in CANOTILHO; MENDES, SARLET; STRECK, 2013, p. 75-79), e ainda: “Não devemos esquecer que (ess)a viragem hermenêutico-ontológica, provocada pela publicação de *Sein und Zeit* por Martin Heidegger, em 1927, e a publicação, anos depois, de *Wahrheit und Methode*, por Hans-Georg Gadamer, em 1960, foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica. A partir dessa ontologische Wendung, inicia-se o processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivista (aristotélico-tomista) e subjetivista (filosofia da consciência), os quais, de um modo ou de outro, até hoje têm sustentado, de um lado, as teses exegético-dedutivistas-substantivas dominantes naquilo que vem sendo denominado de hermenêutica jurídica, bastando, para tanto, verificar a cisão feita pelas teorias da argumentação entre casos fáceis, solucionáveis por subsunção, e os casos difíceis, que exigiriam a “presença” dos princípios, e, de outro, um ingênuo “livre atribuir de sentidos”, produto de uma equivocada compreensão do oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito” (STRECK, 2010, p. 158). “É nesse sentido que proponho a resistência através da hermenêutica, apostando na Constituição (direito produzido democraticamente) como instância da autonomia do direito para limitar a transformação das relações jurídico-institucionais em um constante estado de exceção. [...] e uma vez mais visando a evitar mal-entendidos, é preciso compreender que – do mesmo modo que Gadamer, em seu *Wahrheit und Methode* – Dworkin não defende qualquer forma de solipsismo (a resposta correta que defende não é produto de uma atitude de um *Selbstsüchtiger*): Dworkin superou – e de forma decisiva – a filosofia da consciência. Melhor dizendo, o juiz “Hércules” é apenas uma metáfora para demonstrar que a superação do paradigma representacional (morte do sujeito solipsista da modernidade) não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto. [...] com efeito, quando já de há muito está anunciada a morte do sujeito (da subjetividade assujeitadora – filosofia da consciência), parece que, no âmbito do direito, tal notícia não surtiu qualquer efeito.

se efetivamente se alteram por este caminho as possibilidades do direito constitucional em suas muitas propostas metodológicas, e se por acaso se preserva alguma tradição ou segurança constitucional. Mais tarde, pela sociedade aberta dos intérpretes da constituição, pelo método normativo-estruturante, pela força normativa da constituição, ou desde o rudimentar e malfadado método "científico espiritual", enfim, de todo este sincretismo metodológico (SILVA, 2005) que se reduziu hoje ao “avanço” do catálogo *pragmático-linguístico*, não podemos afirmar com tanta certeza que o intérprete constitucional pode aplicar a constituição *corretamente* graças à virada linguística e à hermenêutica, senão apenas a reduza a um "universal" da comunicação, como falara Deleuze. E curiosamente parece cada vez mais longe a garantia de retomada da constituição política frente às cortes.

IV.

Continuamos a apostar nesse sujeito do esquema metafísico “sujeito-objeto”. Veja-se: o Código de Processo Penal sustenta-se no modelo inquisitivo, pelo qual o juiz toma decisões de ofícios”. (STRECK, 2010, p. 166). “Essa virada pragmática [da linguagem] gera uma abertura para além do cientificismo e da lógica, mas ainda não é uma abertura historicista, pois “a análise pragmática da filosofia da linguagem ordinária não se estendeu aos fatores sócio-políticos” [...] Assim, nas décadas de 50 e 60, ocorre no campo de domínio da filosofia continental uma espécie de universalização do fenômeno linguístico, com um uso cada vez mais ampliado de conceitos ligados à filosofia da linguagem. Essa mesma tendência se opera também no campo do direito, em que a teoria da argumentação de Perelman tenta restaurar a dignidade da retórica, que havia sido posta de lado no ambiente cientificista da modernidade. (ARAUJO COSTA 2008, p.137) [...] Trata-se de desconstruir as perspectivas des-historicizadas (e só se desconstrói o construído) para que o seu lugar simbólico possa ser ocupado por uma perspectiva efetivamente hermenêutica. E esse é justamente o fio condutor de uma história que narra a gradual implantação de uma consciência histórica na hermenêutica jurídica”. (ARAUJO COSTA, 2008, p. 412). “Contudo, o que é interpretação? Será que interpretamos apenas textos? Nesse passo, temos que nos referir, ainda que rapidamente, a Hans Georg Gadamer e a denominada virada hermenêutica que empreendeu. Gadamer vincula-se à tradição teórica da hermenêutica filosófica, uma corrente de pensamento na história da filosofia que se dedica ao estudo do estatuto das denominadas ciências do espírito[...] Assim, podemos concluir que, sob as exigências da hermenêutica constitucional insita ao paradigma do Estado Democrático de Direito, requer-se do aplicador do Direito que tenha claro a complexidade de sua tarefa de intérprete de textos e equivalentes a texto, que jamais a veja como algo mecânico (CARVALHO NETTO, 2004, p. 44). “Assim é que a aplicação dos direitos não mais pode ser confundida com sua justificação em tese. As normas gerais e abstratas são, é claro, garantia evolutiva, segundo a qual as normas a serem aplicadas são normas que passaram por este crivo da universalidade, da aceitabilidade universal. No momento da aplicação, no entanto, tenho de ter claro o problema que o Prof. Lênio Streck colocou. Eu não interpreto só texto, nossa situação no mundo é uma situação hermenêutica, inclusive eu mesmo sou um projeto se for algo, porque os sistemas tendem a nos reduzir a nada [...] O Direito moderno só se dá a conhecer por meio de textos e textos, por definição; são manipuláveis. Kelsen já buscará trabalhar o caráter indeterminado do Direito a partir de uma concepção positivista de ciência. Dworkin, ao contrário, buscará responder a esse desafio, no do atual conceito de ciência, optando pelo enfoque da hermenêutica filosófica”. (CARVALHO NETTO, 2003, p. 158-159); “Em realidade, a expressão “nova hermenêutica” foi introduzida na doutrina constitucional brasileira por Paulo Bonavides, para designar as correntes interpretativas que, a partir da jurisprudência dos problemas, inaugurada pela tópica de Viehweg, passaram a focar no “fenômeno” jurídico”, não mais sob o prisma do modelo hipotético-dedutivo de Kelsen, baseado na subsunção de fatos à norma, sob uma perspectiva semântica (velha Hermenêutica) e sim na reconstrução contextual do sentido da norma, a partir do caso concreto a ser decidido, ou seja, sob uma dimensão pragmática. Assim, sob esta designação inserem-se diversas teorias (Müller; Häberle, Alexy, Dworkin, dentre outros) com especificidade própria, mas que possuem a ênfase pragmática na sua análise interpretativa como elo comum” (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 19).

Sumarizando os argumentos para que não evaporem e como os defenderei adiante: a crítica à “juristocracia” enfraquece para dar lugar à "hermenêutica contemporânea" que conta com a *virada paradigmática* ou o giro *ontológico linguístico* visando conter arbitrariedades no âmbito jurídico, porque supostamente (esse *supostamente* é a ironia do argumento de Deleuze, de Rorty e de Derrida) "supera" a filosofia da consciência aristotélico-tomista. Amadurecemos com elas ao compreender que o ato de interpretar textos e aplicá-los aos fatos demanda ao intérprete submeter-se à fragilidade da narrativa e à subjetividade do intérprete que não aprisiona mais o seu objeto. Então a virada linguística do direito afirma ter *superado* os oitocentistas, os glosadores medievais e os exegetas, pois não há um só método para interpretar, nem tampouco uma *autonomia do texto* ou a mera reconstrução da vontade do legislador. Mas desde quando o giro linguístico pragmático e a hermenêutica foram capazes de preservar esta *tradição* da linguagem, que finalmente permitiria uma *previsibilidade* da jurisdição constitucional pela crítica hermenêutica? Este *salto* que os autores da hermenêutica deram ficou ausente de justificação, fazendo as vezes de uma autoridade mística. Ninguém explica detidamente esta transferência.

Este problema lógico da insuficiência explicativa da filosofia da linguagem foi observado rapidamente por Deleuze na filosofia, sendo radical em seu discurso: considerou Wittgenstein o "regresso de toda a filosofia ocidental" e o referencial da comunicação uma ideia “divertida”³³. É por essa razão que dedicarei um capítulo de desenvolvimento a autores como ele. Não pretendo reduzir toda a filosofia da linguagem a estes autores nem tampouco sumará-la por Derrida, Deleuze ou Rorty. A questão é que o tom agressor e provocativo destes autores parece esclarecer que houve uma redução da filosofia e da hermenêutica à mônada da linguagem, isto é, acreditar na linguagem como um dos falsos referentes totalizadores da filosofia, e argumentar que todo o reducionismo da linguagem é um erro *ainda metafísico*.

³³"Há erros que não podem ser cometidos. A filosofia não cuida do universal, ela possui os universais, o da contemplação, o da reflexão e o da comunicação. Habermas é um exemplo desse último universal [...] quanto à comunicação nem se fala! A ideia de que a filosofia seja um consenso para se comunicar a partir dos universais da comunicação, achar que a filosofia busca universais da comunicação é a ideia mais divertida que eu já vi, a Filosofia não tem nada a ver com comunicação. A comunicação se basta, é uma questão de opinião e consenso de opinião, é a arte da interrogação. A filosofia não se relaciona com isso. Como já disse, a filosofia cria conceitos. Não se comunica. A arte não é comunicativa, não é reflexiva, nem a Ciência, nem a Filosofia. Não é contemplativo, nem reflexivo nem comunicativo. É criativo, nada mais." (DELEUZE, PARNET, 1996, 2h20min, grifei).

Como não há espaço para enfrentar todos os autores da virada linguagem no processo epistemológico, elencarei ideias centrais, já que as decisões "corretas" para a corrente hermenêutica são aquelas capazes de fugir do juiz solipsista, cartesiano ou aristotélico-tomista, enfim, da figura da filosofia da consciência³⁴. Ocorre que a *nova hermenêutica jurídica* não parece ser capaz de cumprir tal projeto, não consegue se elevar com ferramentas que vão desde a mutação constitucional até o mandado de injunção (na sua posição *concretista* moderna) em prol de um intérprete *legítimo* (expressão do constitucionalismo popular). Por isso a necessidade de inversão do caminho clássico (pela via do constitucionalismo popular, ou da ciência política, normalmente dentro de argumentos institucionais), para demonstrar a ineficácia destes projetos, focando em um estudo da filosofia da linguagem concentrado em autores que romperam com a própria tradição da nova linguagem no exercício ou ato de decidir. Portanto: Deleuze, Rorty e Derrida *contra* a tradição linguística e hermenêutica, relacionando essa tensão com o problema da supremacia judicial. Acredito com isso estar no campo da Teoria do Direito.

Isso porque Nietzsche, Wittgenstein, Gadamer, Heidegger, Habermas, Perelman, Derrida e Alexy são nomes que tornaram fértil este ambiente "linguístico" para os juristas, algo que também me ocupará no capítulo sobre hermenêutica, já que a linguagem e a teoria da argumentação andam colados e despontam como pré-requisitos para o conhecimento, cruzando-se mutuamente. Porém, não há questionamento sobre o potencial *otimizador* da legitimidade das decisões com esses panoramas da *nova* linguagem, usada de modo *reificado*, como observou Rorty³⁵. A virada da linguagem reafirma que a linguagem não é arbitrária. O conceito de tradição está fortemente ligado a esta ideia, assim como o fazem a teoria dos jogos linguísticos³⁶. O ponto parece ser justamente um rompimento considerável desta

³⁴Como visto em: "Explicitando melhor, no processo interpretativo postulado pela hermenêutica clássica (subjetivista/objetivista) o intérprete, através de métodos pré-estabelecidos, ou expressões vagas e indefinidas que buscam "preservar" o conteúdo inicial da Lei – como se o Direito não fosse dinâmico e a interpretação a atualização constante das regras jurídicas –, tais quais "vontade do legislador" (subjetivistas) ou "vontade da lei" (objetivistas), deve penetrar nos sentidos ocultos do texto, ou enunciado normativo, e dali retirar seu sentido. Vale dizer, o intérprete é o sujeito, o texto da lei o objeto e a linguagem mero instrumento para transcrição do sentido já presente na lei. Ou seja, texto e norma são uma mesma realidade, em um plano abstrato em que um e outro se confundem [...] Diferentemente, no interior da nova hermenêutica, entendida dentro da hermenêutica fenomenológica de Heidegger e Gadamer, pugna-se por uma interpretação onde a intersubjetividade assume o papel de destaque, vale dizer, tanto o intérprete quanto o texto da lei (enquanto linguagem) são sujeitos do processo interpretativo e é da fusão de seus horizontes que resulta a interpretação" (OLIVEIRA, 2008, p. 21).

³⁵ Na sua obra sobre Heidegger, um capítulo específico é denominado "Wittgenstein, Heidegger, and the Reification of Language", como visto adiante, apontando várias insubsistências da filosofia da linguagem: "We should not see language-game as Heidegger did, as a way of distancing and summing up the West. It was, instead, simply one more in a long series of self-conceptions" (RORTY, 2006, p.66).

³⁶ "[...] a forma em que se realiza todo diálogo pode ser descrita a partir do conceito de jogo. [...] Penso que a estrutura fundamental do jogo de estar impregnado de seu espírito – espírito de leveza, liberdade, de prazer do

promessa: a da relação entre hermenêutica, linguagem, tradição e, hoje, *não discricionariedade judicial*.

Compreendo que o argumento da filosofia da linguagem arremessado para o direito também é uma tarefa exaurida, porém é preciso insistir: é comumente defendida como se “o estágio evoluído” da “nova hermenêutica” e do “giro ontológico linguístico” permitissem um “novo” juiz “não-solipsista”³⁷, o que não procede como argumento, pois, ao final, tornou viável a judicialização da constituição de uma forma pomposa e especializada atualmente. A crítica à nova hermenêutica e ao movimento pragmático-linguístico servirá justamente para otimizar a crítica ao discurso da supremacia judicial, o que se dá com as técnicas instrumentais assumidas e alavancadas pela corte. Esta corte que agora *empurra a história*³⁸.

Portanto, a estrutura: no capítulo seguinte aponto as discussões de autores refratários à supremacia judicial especificamente sobre o problema *institucional* do controle de constitucionalidade das Leis. É a primeira oportunidade para a discussão procedimental-discursiva sobre a supremacia judicial, e, por estar às vésperas de muitos autores que mencionei na nota de rodapé n. 01, este debate é a primeira oportunidade para notar que o problema da “expertocracia judicial” de que falavam Maus, os críticos americanos, Habermas e a “esquerda alemã”, repete um problema de autoridade da interpretação sobre *quem é o legitimado*, desvio que fará do constitucionalismo popular um brado que não atinge as cortes³⁹, e nunca resolvido porquanto são propostas de teorias da última palavra. Fecho o meu

logro – e nisso impregnar o jogador é aparentada com a estrutura do diálogo, onde se dá a linguagem real. [...] Assim, quando se dá o diálogo nos sentimos plenos. O jogo da fala e da réplica prolonga-se para um diálogo interior da alma consigo mesma, como Platão já havia tão bem qualificado o pensamento. Conjugado com isso aparece o aspecto que gostaria de chamar de universalidade da linguagem [...] a linguagem é **oniabrangente**” (GADAMER, 2001, p.180).

³⁷ “Nessa ordem de ideias, a nova hermenêutica reconhece a linguagem como condição de possibilidade para atividade interpretativa, vale dizer, toda interpretação pressupõe uma pré-compreensão que se dá segundo o “horizonte” de conhecimento do intérprete. Daí a conhecida máxima heideggeriana de que “toda pergunta já pressupõe uma intuição do perguntado”, isto é, “o mensageiro já vem com a mensagem”. Desta forma, a relação que se estabelece é sujeito-sujeito, em que a linguagem tem papel preponderante no desenvolver da atividade interpretativa. Assim é que, este estado de inadequação em relação a estes “novos” paradigmas, impede que a cultura jurídica atente para o fator criativo inevitavelmente presente na atividade interpretativa” (OLIVEIRA, 2008, p.23).

³⁸ “Há um outro e último componente, Presidente, que me leva à constatação de que o modelo em si precisa ser transformado e que cabe ao Supremo Tribunal Federal empurrar a história neste sentido”. Fala do Ministro Luis Roberto Barroso nos debates orais da ADI 4650.

³⁹ Por isso importa analisar este apagamento da crítica da Supremacia Judicial sob um aspecto Procedimental (na discussão de Maus-Habermas que se efetiva em uma discussão sobre “qual o procedimento adequado para a revisão judicial oportunizar a democracia” para, só então, estudar o aspecto substancial da ilegitimidade (na crítica hermenêutica, ou na *nova* hermenêutica), valendo-se de decisões do STF para tanto. A citação de PERRY na passagem em que HABERMAS (1994, p. 313) está discutindo o problema de legitimidade, é evidente dessa passagem de “compreensão metodológica falsa do controle de constitucionalidade”, nestes termos, dizer o que a constituição política significa é apreender o que a constituição é em um ato egoístico: “To ‘interpret’ some

argumento apontando o modelo francês e britânico como exemplos desta intensificação *interpretativa (hermenêutica)* do judiciário pelo fracasso dos seus críticos⁴⁰.

No capítulo seguinte, toma forma a discussão argumentativa da filosofia da linguagem com o problema epistêmico e ontológico. Mas não seguirei o roteiro segundo o qual a nova linguagem deve ser aplicada no direito para evitar desvios interpretativos, o que se faz compilando-se a obra de Gadamer, Heidegger, Dworkin, Perelman ou Wittgenstein. Buscarei compreender os autores que se contrapõem a esses marcos teóricos. O que Deleuze, em seu *abecedário*, Derrida na *gramatologia*, Rorty no *pragmatismo* e até mesmo Habermas *relendo Humboldt* pretendiam afirmar ao dirigir críticas tão duras aos pensadores da filosofia da linguagem, para então levar a mesma inquietação para a hermenêutica constitucional: afinal, o que a "nova hermenêutica" e seu aparato de ferramentas linguísticas contribuem para a epistemologia, *de fato*? Aqui, o objetivo é destituir qualquer protecionismo da atuação judicial a partir de uma fundamentação *segura* pela virada paradigmática da linguagem, olhando para o aprendizado de autores críticos à filosofia da linguagem.

Este capítulo também é o pivô para o meu argumento, com a finalidade de repensar esta perseguição na efetivação da *qualidade* de decisões constitucionais. Enquanto a ciência política (e o panorama das críticas clássicas à supremacia judicial) insiste no problema da retomada da constituição pelo povo pelo simples argumento de que a discussão “está no ambiente errado”, o judiciário continua construindo o seu sentido de constituição e alargando seus poderes decisórios com ferramentas diversas. Mas não era a nova hermenêutica que nos libertaria deste juiz *solipsista*? A hipótese então é que ela aprofunda, e muito, a problemática de legitimidade do judiciário enquanto buscava afastar, no referencial do giro-linguístico, o juiz *deslegitimado*. *A mutação constitucional* fala por si só.

provision of the Constitution is, in the main, to ascertain the aspirational meaning and then to bring that meaning to bear, that is to answer the question... what that aspiration means for the conflict at hand, and what that *aspiration*, if accepted, requires the Court to do [...]”.

⁴⁰ Os estudos de casos britânico e francês são selecionados no capítulo II por representarem exemplos em que uma "emenda" ao problema da supremacia judicial foi, de fato, aprovada, mas às avessas: judicializou a revisão judicial, sinal trocado da crítica do constitucionalismo popular, uma notícia histórica que precisa ser lembrada nesta construção de legitimidade. Interessantemente, no caso inglês, a mesma corte vem possibilitando de modo *interpretativo* a revisão judicial onde ela pareceria não existir por ausência de uma constituição "dogmática", o que debatarei mais detidamente adiante por ser um excelente exemplo dessa discricionariedade hermenêutica, sempre permissiva (onde sequer exista constituição dogmática, já que os manuais de direito constitucional alegavam ser impossível revisão judicial entre os britânicos, já que uma constituição escrita é pré-condição para a revisão judicial). No caso francês, o QPC também foi uma fórmula de revisão judicial *hermeneuticamente* colocada pelas instituições.

Pode parecer que este roteiro de pesquisa apenas confirmaria uma crítica simples ao judiciário que já foi colocada, a da inexistência da "última palavra" sobre a constituição nas mãos de juízes, e o desvio dela sob falsas aparências. Mas ainda sugere a insistência do equívoco do constitucionalismo popular em seu projeto politológico: será difícil contornar os prejuízos democráticos causados pela supremacia judicial com as críticas que aí estão sob a roupagem de teorias da última palavra, senão apenas com tímidos avanços simbólicos, que vão das audiências públicas à admissão de intervenção de terceiros no processo constitucional. Enquanto isso, a filosofia da linguagem permanece lateral, nos observando com ironia, usada como o argumento essencial que nos daria paz, em redenção ao fenômeno da judicialização. Vou combater este argumento o tratando como consenso forçado. Enfim, há uma ligação forte aqui de dois referentes distantes. E criticar a "nova hermenêutica" é o despertar sorrateiro deste sono dogmático na aplicação do direito⁴¹.

Sorrateiramente, a filosofia da linguagem chamou para si a responsabilidade de auxiliar no projeto de redução de discricionariedade das decisões, em um complexo processo de diversos marcos teóricos da interpretação jurídica que culminaram no projeto da "nova hermenêutica pragmático-linguística". Porém, a realidade decisória das cortes constitucionais tem mostrado o oposto, hermeneuticamente expansivas, mas desprendidas da tradição, controladora da política, graças a estas novas características. A conexão desses pontos recairá nos argumentos centrais desta dissertação: I) se desembocarmos no problema (ainda sem solução) da judicialização da constituição desde a ciência política, veremos que o giro linguístico e a hermenêutica sustentam o fenômeno da judicialização, nos enganando que o combatia; II) as ferramentas interpretativas da jurisdição constitucional são instrumentos que subvertem a constituição como monopólio das cortes, não a existência da revisão judicial e o protagonismo judicial por si só, algo que pode, sim, ser repensado, e aqui chamará a atenção algumas propostas de autores contemporâneos, como Rosenkranz sobre sujeitos constitucionais e Richard Albert sobre o modelo "consultivo" de revisão judicial.

Me oponho diametralmente à posição de construir a legitimidade e localizar o espaço para novos grupos *paralelos* na revisão constitucional como agentes do constitucionalismo, como bancos, sindicatos etc. e darei razões para isso adiante. Estas preocupações me levam a iniciar o trabalho com a literatura semeadora de toda a crítica à judicialização. Se busco uma crítica sólida à supremacia judicial, mais eficiente do que performativa, é preciso combater

⁴¹ "A hermenêutica parece caracterizar-se, em todo caso, por uma firme *vontade de entender*, como uma espécie de condição **lógico-ética** da interpretação a ser tentada. Mas a má compreensão e o mal-entendido estão à espreita, mesmo contando com essa vontade inicial". (CABRERA, 2003, p. 28, grifei).

estas ferramentas e avaliar, com sinceridade, a legitimidade da reprodução destes sorrateiros instrumentos de interpretação, por mais imprescindíveis que pareçam.

Nesta troca de golpes entre juiz e legislador (onde a hermenêutica se faz passar por um árbitro imparcial entre ambos), pensar em extinguir a revisão judicial ou a mutação constitucional, por exemplo, pode ser uma proposta inconsequente, mas aparecerá muito entre os autores que colocarei para falar adiante. Questionar se o giro linguístico realmente aperfeiçoa epistemicamente a decisão judicial, ou em seu lugar apenas legitima o seu juiz prolator, é um importante passo para a teoria do direito que ainda não foi dado. Estamos andando para o lado errado. É preciso desconstruir esta autoridade justificadora hermenêutico-linguística. Mas, feito isso, talvez fique um grande vazio. Então o que mais pode ser oferecido neste contexto para além de extinguir a revisão judicial, visando combater (ou pelo menos conter) a supremacia judicial? Qual seria uma proposta mais efetiva neste confuso sonho crítico dos últimos trinta anos em busca de uma constituição mais política e menos jurídica que insistiu em “extinguir” a revisão judicial ou a “devolvê-la ao legislativo”? O último capítulo retorna a estes questionamentos institucionais, como fechamento diante de propostas oferecidas nos últimos anos. Em suma: deixar a *nova hermenêutica* ditar *judicialmente* todas as regras do nosso constitucionalismo parece a pior das alternativas, mas a que tem sido escolhida. Este trabalho identifica e tenta superar este problema filosófico-hermenêutico, que nunca antes foi tão jurídico.

PARTE 1 POLÍTICA E DIREITO CONSTITUCIONAL: INSTITUIÇÕES

“I insist on making the observation that contemporary critics of judicial review are fighting a losing battle”.

Richard Albert, The Reincarnation of the Notwithstanding Clause, p. 1057

CAPITULO I. Principais vertentes opositoras à revisão judicial – e razões que as enfraqueceram

A motivação da crítica à supremacia judicial se declara no formato do anseio por democracia. Mas o que é democracia e como se respeita a democracia, princípios republicanos, representatividade e soberania popular em um Estado de Direito judicializado? É nesse sentido que ressoaram argumentos de autores contra a autoridade monológica das Cortes como visto em Dieter Grimm, Ernst-Wolfgang Böckenförde e no debate entre Ingeborg Maus e Habermas nas décadas de 80 e 90, intercalando-se entre suas produções resgates de autores clássicos, no anseio de “fazer justiça” a eles⁴².

Foi assim também que os americanos estruturaram trabalhos para pensar a sua história constitucional *popular*, ou tentando conciliar o ativismo judiciário com a democracia⁴³ e também nesse questionamento grande parte do problema de legitimidade foi enfrentado sobretudo com excessivo apego a autores da argumentação judicial no Brasil. É preciso grifar aqui a importância desse debate "Legislativo-Judiciário".

A tentativa de reconciliar um binômio repetido, *constitucionalismo e democracia*, e a necessidade de se pensar o lugar da constituição *fora das Cortes* começa com a inquietude propulsionada por toda essa literatura, o que pareceu tomar conta da teoria do Direito e sobretudo do Direito Constitucional, agora visto como *instrumento* da política no controle de constitucionalidade. Para Ingeborg Maus, os problemas desta discussão estiveram na leitura (em sua opinião, na má leitura) de autores da virada do século XVIII para o XIX. Para Habermas, o problema é o fechar de olhos para sua proposta de reconstrução do sistema de

⁴² Sobre representação popular e tripartição de poderes, Maus argumentou que Kant, além de oferecer um modelo específico de representatividade e tripartição de poderes, o qual colocava antes como questão quão representativo *a priori* uma pura República seria, também buscou verificar quão eficiente um sistema representativo do povo pode se tornar. Aqui aparecerá a expressão "democracia radical": "[...] Die herrschende Kant-Literatur hält für das Problem, wie sich der radikaldemokratische Grundsatz [...] und jene Formulierung Kants "Alle wahre Republik aber ist und kann nicht anders sein, als ein repräsentatives System des Volkes" (MAUS, 2015b, p.191). Isso faz o problema da "representatividade" do legislativo um problema de legitimidade desde o século XVII, retomado (e não inaugurado) por Carl Schmitt mais tarde, sendo a conhecida discussão com Kelsen representativa da semente de questões debatidas anteriormente pela ciência política.

⁴³ Como um dos pioneiros, MICHELMAN (1988 p. 1508) e (1999, p. 46-48).

Direito. Nesse mesmo embalo, autores chamaram o Direito Constitucional de "*Political Law*" ou "*Political-legal*" (TUSHNET, 2006, p. 991) e catarses institucionais de "*Constitutional Moments*" (ACKERMAN, 1991, p. 230-260), sempre buscando o lado *político* das questões constitucionais e de sua sistemática de contenção pelo Judiciário. O cume dessa pressão inquisitiva contra as Cortes constitucionais se dá com conhecidos trabalhos mais radicais, como a obra de Jeremy Waldron (2006), mas que, não por acaso, parecem superados.

Se este problema se vê repetido nos diferentes continentes, há o *rumor* global de que o *povo* não está sendo chamado para fazer parte das escolhas que os afetam em momentos de comoção política seguidos de decisões fundamentais pelas cortes. Se adiante pretendo criticar a tendência filosófica do "giro linguístico" na hermenêutica e na aplicação do direito envolvendo casos decisivos, algo que foi usado contraditoriamente como método para uma proposta mais coerente para solucionar o problema da ilegitimidade judicial, é preciso desenhar neste capítulo, antes, um cenário mais urgente que preparará o solo para tanto: como a corte continuou detendo a incumbência cada vez mais expansiva depois de tantos ataques e revisões acadêmicas, ou o que aprendemos com seus críticos, firme no que sobreveio com todas estas oposições à Revisão Judicial e à Supremacia do Judiciário? Por que essas críticas intensas não "vingaram"? Foram vencidas, temperadas ou revisadas? E quais destas propostas ainda seriam realizáveis, se é que alguma vem a ser?

A segunda observação acima se destacará mais cedo: ao mesmo tempo em que as críticas começavam a resignar, os seus próprios autores reconheciam que tribunais ao redor do mundo tornavam ainda mais decisivo o seu papel em decisões políticas fundamentais dentro de regimes democráticos, e que isso ocorreria de modo *positivo*, desde que a comunidade acumule uma experiência institucional que a permita *dar créditos à corte* para um sistema rígido ou complexo de revisão judicial⁴⁴.

Então é incoerente simplesmente admitir a judicialização do controle de constitucionalidade como evento *natural*, "vitória" lógica, com base em interesses da classe de juízes que a executa ou do público acadêmico que a suporta. Isto é, há uma onda crítica acumulando trinta anos de produção teórica que não é confirmada, tampouco permanece rígida, como se fosse irresponsável combater a corte se estiver afável a um discurso progressista, liberal e democrático: *racional ou expertocrático*, nos dizeres de Maus. Para esta autora, é preciso compreender que o discurso pró-cortes se sedimenta na política

⁴⁴ (TUSHNET, 2008, p. 227, 254-263).

contemporânea injustificadamente, por uma inconsciência política de formação “pedagógica” das comunidades políticas judicializadas. Mas não parece incoerente retirar a função da corte constitucional?

Estas observações pontuais que deixo escapar são detestáveis para defensores do procedimentalismo, pelo fato de ceder ao argumento com fundamentos substanciais em favor dos tribunais, e é aqui mesmo o ponto nevrálgico do conflito. Destacarei um reconhecimento de algo errado neste movimento crítico volumoso que se desenvolve ao mesmo tempo que é devorado pelo seu alvo de críticas: a *expertocracia* da Supremacia judicial, normalmente em repetidos embates sociais, afável a uma quase “religião” de direitos fundamentais e proteção substancial à constituição (apesar das corriqueiras polarizações como “procedimental *versus* substancial”; “progressista *versus* conservador”; republicano *versus* democrata”).

Em suma: se o projeto de devolver a constituição ao povo foi mal ou passou enfraquecido como sustentação, quero apontar algumas razões de como e porque isso aconteceu, antes de mostrar como a judicialização do controle de constitucionalidade é absorvida por um *fetichismo* hermenêutico para sustentar-se. De início, refutarei neste capítulo inicial boa parte das oposições à “judicialização” ou à “expertocracia judicial”⁴⁵ da forma como foram colocadas por referidos autores, o que redundará em reconhecer a ineficiência deste criticismo repetido, porque se deram na forma de teorias de última palavra.

Só então pularei ao degrau sobre como chegamos neste desenlace de “orientar adequadamente juízes”, como um apego pela “hermenêutica *não solipsista*” que, enfim, entendo inexistir. Antes, quero descobrir porque as mais densas críticas à judicialização da constituição pelo controle de constitucionalidade não deram certo.

⁴⁵ No mesmo sentido se dá a crítica “transnacional” ao fato de que todo o esforço e negação de Habermas à Expertocracia judicial pelo procedimentalismo não resolve o problema do elitismo do discurso político constitucional e dos interesses classistas e agenciadores em organizações internacionais (via a implementação de construções jurídicas em decisões) dadas pelas constantes “politizações fáticas das questões jurídicas”, MAUS (2015a, p. 116-117).

I.1. O impulso de Ingeborg Maus, Jürgen Habermas e a “esquerda alemã” sobre o problema da expertocracia judicial

Ingeborg Maus percorre desde 1980 um caminho de sustentação aos argumentos *anti-judicializantes* a partir da Ciência Política. Acho justo iniciar com sua obra porque existe algo de inovador e pioneiro no seu pensamento desde então, dado seu esforço em demonstrar que o problema é a repetida *delegação* das questões políticas às “Ciências jurídicas” que deságua mais tarde fortalecendo as Cortes. Maus propõe, em seu lugar, reconquistar o campo *pedagógico* da política com as ciências políticas por seus próprios aparatos e marcos teóricos em uma reconstrução de autores desde o iluminismo. A *Ciência política*, enfim, é quem deve retomar seu lugar *teórico* e papel roubado pelas *Ciências jurídicas* no estudo da constituição. Sua postura é mais reflexivo-acadêmica (busca alterar a forma de pensar a política, o direito e a Corte) do que de troca institucional (*órgãos* legitimados).

Para tanto, Maus chamará a Corte de "o monarca substituído", relendo clássicos como Montesquieu, Hegel, Kant e irá apontá-los, desde então, como autores mal interpretados pela "avalanche teórica" do século XX, deslumbrada por dois grandes conceitos ofuscados: tripartição de poderes e soberania popular, agora juridicamente protegidos. Se não solucionamos ainda o problema da Corte, a contenção deste fator *political-legal* no seio da sociedade precisa ser debatida. Esta abordagem é um dos primeiros trabalhos sobre o problema da revisão judicial nos idos de 1992.

Maus preocupa-se com o aumento de demandas judiciais contendo questões essencialmente fundamentais do corpo político, porém decididas por uma cúpula de Juristas. Para ela, o direito sofreu inversão em sua fundamentação com a virada do século XX: a moral como fronteira do direito positivo torna-se, agora, o direito positivo como fronteira da moral, estatalmente judicializada por conceitos imprecisos e flexibilizada de acordo com o interesse do agente justificador⁴⁶, o qual pode elastecer politicamente regras de acordo com o direito positivo. Para ela, é preciso otimizar a participação *teórica da ciência política* no processo político para retomá-la dos tribunais sem, contudo, enfraquecer a possibilidade de contra majoritariedade exercida pelo Judiciário em locais legitimados.

⁴⁶ Graças à ampliação da função da Jurisdição Constitucional para além de mero limitador de fronteiras (MAUS, 2015b, p. 318). Adiante, explicarei que isso não se dará apenas com uma delegação autorizativa, mas sobretudo pelas técnicas decisórias que a própria Corte cria, auto legitimando sua função.

Para Maus, desenvolveu-se da pior forma o sonho kantiano de uma solução matemática para os problemas envolvendo direitos fundamentais, soberania e tripartição de poderes. Mais tarde, a *nova* hermenêutica (pela facticidade do paradigma da linguagem) passará a ver esses exercícios subsuntivos como *filosoficamente inadequados* – um sutil e contraditório argumento político que, em verdade, acabará favorecendo o exercício jurisdicionalizante⁴⁷. De toda forma, o ponto da autora ainda era: judicialização excessiva é a carga *acadêmica* do século XX pela má leitura de dois séculos anteriores. Assim, falhou o projeto de reconectar a *política* com a *ciência política* para retirar o seu intermediador contemporâneo, a Corte. Falhar, aqui, não pode ser visto com a simples asserção de que a judicialização venceu porque é mais estratégica, aparelhada, justificada, *natural*, imanente, etc. O trabalho de Maus representa uma hercúlea reunião de argumentos para negar a corrente judicial sustentando as más interpretações e aplicações políticas de autores que inauguram a tripartição de poderes, apresentando-nos em consequência o que conhecemos, hoje, por Estado de Direito⁴⁸. Sobretudo, ela sublinhou a incompetência do discurso formal jurídico e das questões constitucionais contemporâneas para a compreensão do *locus* do contratualismo oitocentista. Acusou o judiciário de absorver papéis com base em argumentos incompetentes. E, dada a robustez argumentativa desse esforço, por que a supremacia judicial não foi atingida por tais argumentos, mas, em seu lugar, ganhou forças?

Atropelados pela modernidade, MAUS defendeu que vivemos um movimento sem precedentes de derrogação de habilidades políticas ao Judiciário⁴⁹, seguindo-se teorias modernas dentro de um apego à função judicante. A constituição então *também é a fonte*

⁴⁷ “[...] Diese Frage muss im Hinblick auf die seit dem 20 Jahrhundert entwickelten juristischen Interpretationmethoden und den entformalisierenden Einbau unbestimmter Rechtsbegriffe in die Gesetze selbst – Vorgänge, die beide die Inhaltsbestimmung der Gesetze in die Situation der Rechtsanwendung Verlagern – leider veneint werden ” (MAUS, 2011, p. 194).

⁴⁸ “Os autores do século XVIII foram lidos erroneamente por autores do século XX”. Essa proposição basicamente é assim construída: i) Kant é denominado como extremista por não admitir poder de resistência constitucional ou negativas dos súditos e o poder revolucionário destes, bem como pelo aspecto "monológico" de seu Imperativo categórico e ii) Rousseau é visto como concentrador de poder por pensar na segurança das liberdades democráticas não a partir da mera constitucionalização, como feito hoje de modo nacional e transnacional dentro de um apego positivo, mas com base em uma socialização efetiva da dominação real. Ocorre que ambos os autores não estão no caminho oposto de um Estado democrático no sentido moderno, mas apenas atentando-se para que os poderes constituídos estejam compatíveis com a força motriz que capaz de constituí-los à sua época, favorecendo o republicanismo e o poder originário, a ponto de dizer Kant a romântica frase de que "na constituição mesma não há artigos". O liberalismo de tais autores convergia no sentido de intervenção estatal mínima. A palavra, aqui, talvez seja "direito natural" (MAUS, 2015, p. 281), mas apenas uma hipótese, já que em alguns textos, como a metafísica dos costumes, Kant afirma que o direito natural pode ceder ao princípio da Soberania. O ponto de destaque é este alegado direito natural kantiano, mais tarde, ter sido resumido à norma hipotética fundamental de Kelsen (resultando na “juristocracia”). Tudo isso consta em MAUS (2015b, p. 151).

⁴⁹ (MAUS, 2015b, p. 292).

formal de aplicação das normas, fazendo as vezes de *código* e ensejando uma contraditória aplicação no Estado de Direito: a teoria política que sustentou a aplicação das regras jurídicas é fragilizada pela própria aplicação de regras jurídicas constitucionais ao retirar a legitimidade *parlamentar* ou *executiva* dos demais Poderes, ou, em uma palavra: no plano prático da Revisão Judicial do modo como realizado, oportunizamos "a deformação de um sistema", porque o Legislativo que *criou* é reconstituído por uma Corte que o *reforma*. Este sistema de tripartição, construído por conhecidos autores liberais, não poderia resultar nesta sobrecarga de função por apenas um deles (MAUS, 2011, p. 357).

Maus defende que esta expertise constitucional judicializante codificada iniciou com a revolução francesa após Sieyès. Lembra-nos dos dois “trunfos” desde o artigo 16 do texto constitucional de 1791: “uma sociedade que não está protegida pela garantia do Direito ou não organizada pela tripartição de poderes não possui *constituição*”. Com isso, surge a urgente demanda de reorganizar o entendimento da literatura daquela virada de século: garantia do direito somada à separação dos poderes. A constituição material, próxima aos anseios de um todo social, estava em formação. Mas em Hegel⁵⁰, por exemplo, o movimento de tratar a “soberania” da constituição política como jurídica começa a ganhar o conhecido sentido silogístico contemporâneo, pois, para defender a “unidade da soberania/a totalidade do Estado” e não deixar apenas tornar-se uma “massa sem forma”, ainda faltava pensar este levante revolucionário da constitucionalização dos franceses em um sentido suficientemente semântico, ou seja, suficientemente dogmático, científico⁵¹ para o “decidível”, apreendendo aquela complexa realidade revolucionária em um texto ou uma teoria *visível* (uma dialética, nos dizeres da autora e naquele caso), degrau para que os modernos possam chamar, mais tarde, uma constituição de *dogmática* e então (ainda mais tarde) de *normativa*.

É assim que Maus aponta autores como Burke e Hegel dentro dos primeiros impulsos por uma semântica constitucional normativa *universal e jurídica*, onde o impreciso termo "o todo constitucional" seja cada vez mais apreendido e dito pelo Judiciário, expresso e positivado em texto. Se é constituição, sujeita-se a categorias. Hoje, debate-se o mais impulsivo desejo por esta constituição normativa, regrada, global, transnacional ou supranacional, paulatinamente formulada pela facticidade ao lado dos velozes meios de comunicações – em uma palavra: um texto, previsível, normas cogentes, sanções e não *soft*

⁵⁰ “Die Souveränität, zunächst nur der allgemeine Gedanke dieser Idealität, existiert nur als die ihrer selbst gewisse Subjektivität und als die abstrakte, insofern grundlose Selbstbestimmung des Willens, in welcher das Letzte der Entscheidung liegt” (HEGEL, 2010, § 279, p. 445 da edição).

⁵¹ (MAUS, 2015a, p. 132-133).

norms. Enfim, estruturas judicializadas são criadas cada vez mais para que vinculem normas políticas a um âmbito cada vez mais global. Fala-se então em *controle de convencionalidade* e no exercício de internalização constitucional de tratados como “progresso” da cultura judicializante. A sucessiva formalização de regras constitucionais em direção ao século XX (internacionalizante, sobretudo) é contrária ao liberalismo político dos autores clássicos mencionados, os quais pensavam a carta política como uma carta popular, atrelada à Soberania popular, não necessariamente presa a categorias. O exemplo de Constituinte transnacional é interessante pois está atrelado a *um acordo entre homens de Estado, um tratado, uma normatização escalonada*, buscando regras e segurança jurídica, não fidelidade a normas organizacionais políticas, faltando assim um anseio soberano ou popular. Enfim, um *mindset gerencialista, não kantiano*⁵² da política a nível transnacional.

Isso permite pensar também a persistência por ordens transnacionais, já que o conceito *popular* de constituição global se afasta do sentido de razão imanente do desenvolvimento humano, para existir graças à própria facticidade em tempos de velozes comunicações. E essa facticidade torna-se monológica se cortes internacionais fizerem as vezes de um porta-voz da interpretação entre povos, a maior crítica habermasiana ao pensamento kantiano que ecoa às teorias do diálogo institucional aqui.

O ponto de MAUS é: ao nível nacional ou transnacional⁵³, o problema se agrava com o século XX: visualiza-se a destruição progressiva de materialidade política dos movimentos constitucionais com a emergente transformação (jurídica) da Carta política (ou de tratados internacionais), em uma Constituição "mundial" ou não (MAUS, 2015a, p. 134-145). Isso se dá pela concentração monológica ou pouco deliberativa deste poder juridicizado⁵⁴ e pela ameaça a direitos humanos quando Estados menores sofrem interpretações unilaterais do texto "constituído"⁵⁵. Enfim, se não bastasse a judicialização, há algo como a pan-judicialização a nível das relações cada vez mais imbricadas entre si sem a participação de outras instituições. A ciência política não abriu luta diante disso suficientemente desde o iluminismo, como protagonista de uma atividade importante, mas, em seu lugar, está observando o fenômeno judicializante e agora não há mais o que fazer, pois a “endemia” judicializante agora é

⁵² BRUNKHORST, (2014 p. 98).

⁵³ Andrew Glencross (2014) reforça essa tese apontando a falta de "constitucionalismo político", sobretudo pela abstenção de debate e participação popular no processo de constitucionalização da União Europeia, despertando um interesse cada vez maior para o processo político popular transnacional.

⁵⁴ (MAUS, 2015a, p. 137-138).

⁵⁵ (MAUS, 2015a, p. 144).

internacional. Para Maus, a ciência política deveria doutrinariamente contrariar aos movimentos favoráveis à Corte porque são, também, interesses políticos.

Com isso, a nível nacional ou transnacional, a autora está afirmando que o Judiciário monopoliza no século XX uma função vital, graças a expertocracia jurídica dos valores políticos desde uma visão (ofuscada) da separação de poderes. Pior do que isso: com fundamento na soberania popular dos teóricos liberais, chegando a afirmar que a problemática da ubiquidade entre Legislativo e Judiciário torna-se idêntica à do direito positivo e supra positivo, como se a função jurisdicionalizante fosse *melhor ou otimizada*⁵⁶. Então é crucial compreender o conceito, a extensão e a capacidade de resgate de uma soberania popular que não se *resigne* ao Judiciário.

Mas como a filosofia política pôde permitir a troca deste sentido da Soberania Popular para transformar-se em um fenômeno judicializado? Desde o iluminismo, essa pergunta é relevante já que queremos compreender o nosso "atual" na *soberania popular*: se não destruída pela revisão judicial, onde estaria preservada ou "imaculada" a soberania da forma como pensada por Kant, Rousseau, Hegel e defendida por MAUS nesse *mindset* Kantiano? Ou seja, politizada (deliberativa, saudável) e não judicializada (estratégica, manipulada)?

Para Maus, nomes recentes como Hannah Arendt e Jean Lyotard perceberam que a pureza dessa "Soberania" na soberania popular é um problema quando convertida em argumento numérico de maioria, visto como a realização política mais nefasta do século XX. Por tais razões, mencionará a célebre frase de Kant que veio a ecoar: *onde Estado e povo são duas pessoas diversas, há o despotismo*. Mas aprendemos aqui que o perigo seria, também, o *povo* fazendo os dois papéis contingentes descontroladamente: Estado sendo a Soberania e ao mesmo tempo a soma de sujeitos descontrolados. A má apreensão de trechos como estes, para MAUS, fez com que Kant seja visto como autor reacionário ou utópico, e o século XX resultar drasticamente no que resultou (baseado em soberania e tripartição de poderes). Apoiar-se na necessidade das instituições representarem um povo com fidelidade representativa, por mais efervescente que este seja, é o que deveria encantar a política, e nisso Kant era coerente, por mais que proponha a repressão a levantes populares⁵⁷.

⁵⁶ (MAUS, 2015b, p. 148).

⁵⁷ Tudo em (MAUS, 2015, p. 220).

Em autores contemporâneos, ouvimos que essa Soberania latente tornada o “Hitting the bottom”⁵⁸ precisa render-se às regras alocadas constitucionalmente, sobretudo abaixo de normas substanciais. E nada mais óbvio do que as cláusulas pétreas fazendo as vezes deste discurso sobre direitos e garantias fundamentais, por exemplo. Desde Kant há esse contragolpe “procedimentalista” no sentido de fundamentar os direitos à liberdade de modo não material, visando conter apenas que o direito se sobreponha à soberania popular pela via formal de regras e o Poder Legislativo não desloque direitos fundamentais, mas atue com eficiência. Mora aqui o esforço de Ingeborg Maus, o de prestar esse esclarecimento sobre a teoria kantiana, em busca de uma reconstrução da dignidade *pedagógica* do Legislativo.

Se igualdade, liberdade e independência para Kant fundamentam-se como princípios “*a priori*”, em que cada direito positivo irá se sustentar, isso permite um “processo geral decisório”, conceito que viria da observação kantiana de que o tribunal constitucional da revolução francesa seria a “positivação do direito natural”, óbvio paralelo de que juízos são submetidos, também, a um Tribunal chamado *razão* (ainda que aqui, Kant falasse de direito natural). Portanto, esse duplo aspecto, direito positivo e supra positivo, material e imaterial, está ligado a expressões como racionalidade e irracionalidade, previsibilidade e imprevisibilidade. Com a guinada *política e jurídica* para que os direitos fundamentais não sejam apenas negativos (opostos), mas também positivos (demandados, como direitos sociais), um grande elemento suprapositivo entra em cena para confundir o Judiciário como realizador de uma estrutura de *policy*: Soberania Popular e a tormentosa divisão entre *sujeitos, povo e instituições*. Mas é importante entender que esse exercício visa apenas confundir *povo* com *desordem* para fundamentar no discurso jurídico uma razão austera fundada em argumentos supra positivos. A constituição costuma representar tal ferramenta dogmática atual, e, para Maus, Kant já sabia disso.

O grande impasse da legitimidade da Jurisdição Constitucional está aqui, nesta falsa alavanca. Precisamos, segundo MAUS, saber onde inserimos a Soberania Popular e não como domesticá-la. (2015b, p. 300-301): o povo reaparece como a entidade responsável e legitimada. O Legislador é o seu representante. O ideal francês de um Tribunal protetor da razão é infantilizar a Sociedade que o legitimou constitucionalmente. Da forma como encaminhado hoje (a nível transnacional), reforça-se o sentido desta concepção *paternalista* da revisão judicial que cada vez mais imobiliza o “popular”.

⁵⁸ TEUBNER (2010, p. 10-13).

Por isso o problema se agravou com o culto à legalidade dos modernos, ou a "erosão da forma jurídica que ocupa todo o espaço das constituições liberais", cedendo espaço à jurisprudência dos conceitos, cláusulas gerais e institutos jurídicos estimulantes desta vinculatividade do direito aos aparatos estatais. Cada vez mais há uma invasão de "competência" para se tornar "desastrosa" a política no século XXI⁵⁹, em que o Judiciário toma conta da política (para realizar política) graças à má leitura da própria ciência política. Esse grande eixo argumentativo de MAUS tem a perfeita aderência a uma reivindicação da sua disciplina.

Porém, na tentativa de continuar servindo alternativas a esse fenômeno, o que se viu foi um silêncio conformado no século XXI após o constitucionalismo popular. A literatura americana trouxe uma precisa anedota de Roosevelt: "A constituição é um pacto entre leigos, não entre advogados, é um instrumento do povo"⁶⁰. Mas a autora alemã, enfim, percebeu ainda na década de oitenta a responsabilidade do Poder Judiciário em transformar a constituição e os direitos e liberdades fundamentais não apenas em um denso e complexo "contrato jurídico", mas a tratá-la como "ordem objetiva de valores políticos" por meio de um poder interpretativo "ilimitado e inconsequente".

Isso representa um "desenvolvimento jurídico forçado" que se amoldará à ordem objetiva de valores em questão. Então o conceito de soberania popular, líquido, é elemento essencial e fragilizado, mal compreendido e mal aplicado. Cartesianamente colocado, indevidamente catalogado em constituições. Sujeito à temporalidade condicionada por um judiciário crescente e não pela sociedade. Problema, hoje, agravado pela heterogeneidade de uma sociedade multicultural interna ao Estado judicializado, a qual não consegue organizar-se de modo eficiente para barganhá-lo⁶¹. Ocorre que o entendimento de soberania popular sofre também graves deslocamentos no século XX, como vigoroso fenômeno atual: a soberania

⁵⁹ (MAUS, 2015b, p. 305).

⁶⁰ "Like his cousin and predecessor in the White House, FDR made his case by appealing directly to the legacy of popular constitutionalism"; The Constitution of the United States," he insisted, is "a layman's document, not a lawyer's contract." Although Roosevelt's most overt attack on the Court—his Court-packing plan—failed to attract widespread support, its ultimate success was indicated when the justices suddenly reversed courses and upheld the second New Deal in 1937, rendering further pressure unnecessary". (KRAMER, 2004, p. II).

⁶¹ "A Justiça aparece então como uma instituição que, sob a perspectiva de um terceiro neutro, auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa. O infantilismo da crença na Justiça aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal Federal Constitucional alemão (TFC) uma retificação da própria postura em face das questões que envolvem a cidadania. As exigências de justiça social e proteção ambiental aparecem com pouca frequência nos próprios comportamentos eleitorais e muito menos em processos não institucionalizados de formação de consenso, sendo projetada a esperança de distribuição desses bens nas decisões da mais alta corte". (MAUS, 2000, p. 190).

popular advém dos Poderes constituídos para encontrar sua *maioria*, fechando-se com a premissa de uma constituição válida e anterior. A Corte tenta, assim, congelar esta Soberania para preservá-la. Mas era preciso lembrar que a Soberania é imobilizável.

Esta visão estática de Soberania é míope porque não vê o sujeito volátil que é a *multidão*, o conjunto, o povo. Ingeborg Maus não se conforma com isso, pois não é o lugar em que a Soberania deveria estar. Gera uma circularidade sistêmica. O Poder soberano, com essa atitude, se torna público no sentido de espectador e não de partícipe⁶². No século XVII, Coke já fundamentava interpretações sobre a magna carta como "absoluta" em termos de soberania, apenas porque protegida por um sistema de direito. A catarse social será negada como afirmação e desarticulada como movimento se não seguir o desenvolvimento dos resultados jurídicos, como se apenas o *jurídico* apreendesse o fenômeno político da pressão popular e nele se finalizassem⁶³ os manifestos populares⁶⁴. Isso culmina nos espetáculos de movimentos populares pré-orquestrados ou agenciados⁶⁵. De novo, a literatura dos americanos: não há momento constitucional se não resultar em alguma institucionalização desse movimento?

É neste contraste que o controle de constitucionalidade e a jurisdição constitucional tentam ser estabelecidos: eliminando um novo *momento constitucional* por regras. MAUS, 2011, p. 47) está respondendo sutilmente à tese dualista de Ackerman com alguma antecedência⁶⁶. O problema da jurisdição constitucional potencializa-se na busca por fórmulas pré-concebidas tal qual feito no código civil⁶⁷ onde a alteração da constituição pela corte, em um estado que se pretenda democrático, não seria possível. A Corte produz e reproduz norma, responde aos momentos constitucionais por si só, algo que não poderia fazê-lo. E em tempos de mutação constitucional, seria uma requisição de demanda interessante, o de vetar a maleabilidade interpretativa da constituição normativa pela Corte MAUS (2011, p. 50). Mais importante ainda é pensar que, se a soberania popular é una e indivisível, esta não teria como ser transformada em tripartição de poderes, eis que seria indissolúvel, muito menos seria possível o judiciário legitimar-se *a conservá-la*. O Estado de Direito já ruiu a si mesmo se for preciso *conservar* a sua Soberania.

⁶² Apoiada na análise do direito em Luhmann, (MAUS, 2011, p. 23-26). Tudo graças à “expertocracia” dos tribunais.

⁶³ (MAUS, 2011, p. 27).

⁶⁴ (BENVINDO, 2015).

⁶⁵ “Vorkonsentiert” (MAUS, 2011, p. 27).

⁶⁶ (ACKERMAN, p. 06, 1991).

⁶⁷ (MAUS, 2011, p. 48).

Toda essa longa argumentação de MAUS, no sentido de que o projeto de liberdade diante do Estado foi sabotado *teórica e institucionalmente* pela supremacia judicial, resulta na sua conclusão sobre oposição do judiciário ao executivo e às políticas públicas fundamentais MAUS (2011, p.57). Esse é um dos pontos preciosos do seu conceito contemporâneo: o Legislativo nas constituições modernas não está em *harmonia*, mas em *guerra de atribuições* latente com o Judiciário e o Executivo. Um conflito, enfim, que não é dialético, é egoístico.

Esta estrutura judicial inexistia no processo político e jurídico do século XVIII, o de uma substituição tomada pelo Judiciário⁶⁸, por isso, o século XXI não pode comprar suas teorias sem pagar o débito de reconhecer isso. É dizer: com esta modificação, a constituição se tornando um conglomerado supra positivo de direitos utiliza como argumento justificador a literatura daquele século (tripartição em Montesquieu, soberania em Kant e Hegel). Mas o faz equivocadamente (MAUS, 2011, p. 131). Neste sentido, os dois conceitos chaves estão perdidos: a Soberania popular e a tripartição de poderes.

Há um emaranhado de acertos e equívocos diante dessas assertivas pioneiras propostas por Maus e dediquei parte do trabalho nelas por conter argumentos originais e convincentes sobre o fenômeno “Judiciário” e “Judicialização”. Infelizmente, neste anseio de corrigir a ciência política quase pedagogicamente, Maus desviou-se do seu objetivo final: há a excessiva construção de seu pensamento em prol da retomada da legitimidade popular do legislativo (no plano nacional e supranacional), insistindo em como se daria *corretamente* a proteção desta soberania popular, pela devolução aos legítimos representantes populares, a partir da reconstrução teórica das condições de possibilidade das “Ciências Políticas” desde os oitocentistas, preservando o sujeito móvel soberano e a condição social de *povo*. Maus quer recriar uma mentalidade política da constituição a partir da ciência política, a qual se tornou jurídica.

Ocorre que, assim fazendo, não esconde que esse é o papel unívoco do Poder Legislativo (a ser melhorado e aparelhado por regras jurídicas). Argumento que se conclui entre a década de 90 e 2000, sendo republicado algumas vezes e repetindo-se nas obras recentes de 2014, quando, no século XXI acumulamos o levante massivo do

⁶⁸ “Hierzulande ware ein Blick in das Grundgesetz eher irreführend. Was unsere Verfassung ist, finder sich über 100 Entscheidungsbänden des Bundesverfassungsgerichts. Eine “geschriebene Verfassung”, für die die Bürger im 18. Jahrhundert auf die Barrikaden gingen, um an ihren dort niedergelegten Rechten das Handeln der Staatsapparate messen zu können, ist durch die besagten Entscheidungsbände nicht zu ersetzen” (MAUS, 2011, p. 68).

constitucionalismo popular americano negando a literatura judicial pela devolução da *dignidade ao legislativo*. Por isso a originalidade de Maus importa.

Primeiro, o seu deslize se dá por um equívoco metodológico. Assumir que o Poder Judiciário não traz a segurança de uma instância de decisão não decorre das hipóteses de suas obras, nem seria capaz de resolver o problema de litigância entre os poderes⁶⁹. Maus não demonstra *como* a Ciência Política retomaria sua legitimidade, ou como esta *área do saber* (ciência política) poderia vencer uma *instituição* (o Judiciário). Apenas indica sua deslegitimação. Assim, o argumento não fecha, já que a rivalidade entre instituições já é um fenômeno bastante perceptível pela academia nas últimas décadas.

Também há um erro material. O que propulsiona as decisões e a Supremacia judicial não é o “sonho pela garantia das decisões corretas” como ela aduz, já que a possibilidade de assumir erros é admitida pelos esgotantes autores das teorias da “última palavra” e mesmo da “resposta correta”. E é insuficiente combater o Judiciário dizendo que autores liberais foram mal compreendidos, porque isso em nada torna reflexivo o problema da Supremacia judicial.

As teorias do diálogo também insistiram nesse ponto, já que reconheceram não assumir *certeza* de seus resultados, senão a *certeza da possibilidade de uma decisão legítima* – que pode ser otimizada pelo debate interinstitucional. Não estou defendendo a posição favorável ou desfavorável da revisão judicial nem pretendo entrar no improdutivo debate sobre resposta *correta*, mas apontando: dizer que o Judiciário não se garante como instância correta de decisões é espelhar o argumento crítico que se voltou ao legislativo na década de 30. Sendo que, agora, o refém não é mais o Legislativo, (desde Carl Schmitt), mas é o Judiciário. É óbvio que o Judiciário não garante decisões corretas politicamente a todo tempo e sabemos que ele pode errar. E erra. Isso não é suficiente para combatê-lo, apenas reforça que a autora persegue uma teoria de última palavra em direção ao Legislativo. Afinal, este Poder também erra.

A outra inconsistência diz respeito às transposições históricas de condições de aplicação da tradição jurídica pelos autores no século XX na figura central de Kant, como apontei acima. Se o século XX tomou com excessivo rigor as ferramentas jurídico-formais de aplicação normativa, o problema democrático do controle pelo judiciário por nossa autora também se apegava a uma excessiva dependência dessa questão da filosofia política em Kant. Mas isso não se aplica ao problema, aqui, *politológico*. Acho indiferente descobrir *como* se

⁶⁹ (MAUS, 2015b, p. 336).

desenvolveu um “raciocínio” para tomar as vezes do Legislativo por uma doutrina que lê equivocadamente Kant e Hegel, Burke ou Rousseau, embora ache importante entender *por que* o Judiciário não cedeu para seus ferrenhos críticos modernos. MAUS fez o primeiro, estou tentando fazer o último neste capítulo.

Além disso, não podemos negar que a Corte faz parte, pede vez e *constitui* esse todo no corpo político. Afirmar que a tradição política quer ver a política *societal* não reduzida à Corte seria negar que a Corte participa (e muito) também deste lado político “perdido”, segundo Maus. A questão não seria se conformar com isso, porém a autora faria melhor se não reivindicasse que isso seria resolvido por uma *retomada* de outros poderes. Ao explicar o pensamento político *genuíno* em Kant, MAUS insiste em afirmar que a Sociedade se constitui para que o Judiciário não o faça:

Nem a constituição positivada nem o direito positivo fundamentam, em consequência, a forma *societal*, mas o direito e a soberania constitucionalmente fundamentada que se põe defronte. Kant possui a máxima (já muito citada): “A soberania prática de fundamento do direito empodera uma sociedade”, significa sob condições republicanas: “A sociedade se faz por si mesma”. (MAUS, 2015b, p. 246, traduzi).

Portanto, o argumento perdido é: deixar a sociedade se constituir é evitar um Judiciário que a constitua. Kant estava falando isso o tempo todo, diz-nos Maus, nunca em defesa da judicialização excessiva. Mas o Judiciário não vem fazendo parte dessa sociedade, enquanto agente ou ao menos pedaço dela? Não se submete ou não pertence àquele Poder, ao jogo, à barganha e à maleabilidade? Trata-se de uma transferência histórica pensar em uma pureza política kantiana que foi mal lida pela política contemporânea, a qual, por sua vez, foi ofuscada ou minimizada pela expertocracia jurídica – e se o grande perigo era esse, retomar sua legitimidade não otimizará a sua função, já que MAUS (2015b, p. 305) interroga-nos sobre a indeterminabilidade da política, na indecidibilidade, mas esquece que o Tribunal também faz parte desse “todo político” da indecidibilidade, sobretudo a nível transnacional. O que restaria à Corte?

A erosão destas fórmulas jurídicas (institutos que geram, em verdade, imprevisibilidade), é o direito complexificado na sua normatização, o que naturalmente restringe o lugar da *política* no âmbito social. Direito moderno complexo resultando em

excessiva judicialização da constituição. Mas então poderíamos retornar a Maus questionando: antes da virada do Século XX, antes de uma longa doutrina da dogmática constitucional, antes de separação entre regras e princípios e de um devastador Poder Judiciário constitucional, estava tudo bem? Se os exegetas oferecessem matematicamente à napoleão um rígido sistema de controle de constitucionalidade, a questão da falta de legitimidade estaria resolvida porque aquele Poder não *teria como atuar por um direito complexo*, já que o Judiciário não poderia pensar como *Political Scientist*, mas apenas como *Judge*? É impossível, enfim, com o sistema de Revisão Judicial que detemos, alcançar um Judiciário constitucional *contido* que não adentre em questões que envolvam valores fundamentais complexos por doutrinas complexas e, ainda assim, representa muito pouco acreditar que o desenvolvimento das técnicas jurídicas permitiu isso, a um nível cada vez mais transnacional. Talvez com meios rudimentares de decisão também estivéssemos presos à alta discricionariedade dos magistrados.

Claro que com a publicização das disciplinas jurídicas, Maus lembra que autores administrativistas como Otto Mayer já construíram as bases de um legalismo excessivo naquele século que se ampliou para o decisionismo: “a lei tudo pode, e todos os direitos são restringidos pela lei”. Essa onipotência da lei democrática somada ao estrito controle do aparato estatal era muito bem conhecida no século e Maus não negou esse levante. Porém, tratou com muita ênfase os erros do século XX e as injustiças causadas a tais autores a partir da tecnocracia jurídica contemporânea, como os motivos de desembocarmos em uma má teoria política moderna que precisa, em seu lugar, dar mais valor à *Ciência Política*.

É assim que a autora observa que Kant antecipa também o procedimentalismo, talvez antecipando os nossos autores contemporâneos⁷⁰, porque Kant estava defendendo uma República *íntegra*. Mas, novamente, o fundamento inicial do controle jurisdicional como procedimental, não substancial, é outra transferência histórica e repetitiva de contenção: Judiciário como “super” poder precisa ser contido por lastros de procedimentalismo.

Há então, argumentos centrais assim resumidos: o de que a teoria da democracia no final do século XIX para o XX criou a jurisdicionalização e que isso foi um quase retorno ao domínio da exegese, e a de que o Judiciário é a instância sagrada monocular da última palavra pela má leitura de autores clássicos sobre política, necessitando reformular essa leitura⁷¹. A

⁷⁰ MAUS (2015b, p. 298).

⁷¹ (MAUS, 2015b, p. 27).

crítica vai ainda mais longe: a judicialização seria um fenômeno de intrínseco regaste e de "refeudalização" da sociedade⁷² pois privilégios confortam esse Judiciário, já que o universalismo *previsível e seguro* do direito moderno só escancara a capacidade desta corte entrar no jogo político como se agente político *interessado* fosse. A ponderação pelo Judiciário quase como protagonista "*ex officio*"⁷³ é exemplo desta "aberração" jurídica.

Entendo que há um protagonista sem legitimidade, mas com atuação induzida por alguma movimentação prévia. A princípio, Poder Judiciário não se antecipa, mas traça prognósticos. Permite, com isso, que esperemos a sua atuação, mesmo imprevisível, sendo relativamente leviana a crítica *feudal* a esse poder. Também a opinião de Maus de que a indivisibilidade e a unidade da Soberania popular significam hoje nada além do Estado e seu aparato nas mãos de uma instituição constituída judicialmente, reforça que o Judiciário está fazendo essa função, de modo totalmente imprevisível. Mas esse desejo político por uma "previsibilidade" acaba sendo um desejo jurídico. É claro que haverá alguns pontos de desvios, e isso é desejável. O problema redonda sempre na busca por esta "interpretação devida" em que só as Ciências políticas seriam legítimas (2015b, p. 45). Maus insiste que, toda vez que se confere nova interpretação, há uma "emenda constitucional", permitida pela corte. Assim, a soberania popular como princípio sempre esteve conectada com a positividade do direito, mas agora parece ser refém desta (2015b, p. 46). Argumento que nega o elemento dialógico da Corte com outras instituições.

Seus argumentos tornam-se confusos quando afirma ainda que a Soberania Popular significa muito mais do que a interpretação constitucional para justificar a necessidade de reforçar a normatividade ao Legislativo. Por essa razão, Habermas a denominou de contraditória ao atacar a legitimidade democrática do Judiciário, mas por outro lado reforçar uma estrutura jurídica que dê autonomia de funcionamento aos aparatos estatais do legislativo (onde a legitimidade jurídica para aplicação dessas normas continua deficiente de legitimidade)⁷⁴. Maus, com isso, quer conter a judicialização por meio de *regras jurídicas*.

Desde Seyès, eram os "aparatos estatais", "institucionais", ou seja, Poderes formados, os responsáveis pela preservação democrática dessa soberania popular via alterações constitucionais. Mas isso diz muito pouco sobre a soberania "não representada" que

⁷² (2015b, p. 37).

⁷³ (2015b, p. 307).

⁷⁴ (HABERMAS,1994, p. 301).

ela persegue, porque, em alguma medida, o Judiciário tomou conta de cumprir papéis vinculantes e mandamentais como esses.

Enfim: o inconformismo de Maus com a sobrelevação do Judiciário se dá sempre no plano de quem detém a última palavra, onde ela está e como a resgatamos para um lugar legítimo. E o faz de forma contraditória. A última palavra que “sequer existe”, uma elevada conclusão, atingiu Maus. Então a autora que observou o fenômeno com uma amplitude relevante, caiu na armadilha da última palavra.

Estes desacertos locais apontam que o seu argumento se abstém em reconhecer o fator *fugaz* do Poder constituído, mesmo quando relevante papel é conferido às Cortes. Tão contraditório se a autora saiu em defesa da impossibilidade de *paralisar* a Soberania por um Judiciário intervencionista. Ainda, reconhecer que o Judiciário se excede é apenas um pedido de retomada ao Legislativo (presumindo sua legitimidade democrática) a partir de um pomposo discurso teórico. É dizer: dá gênese à circularidade sistêmica que ela criticava na construção da tripartição de poderes, enfim, do problema de uma teoria da última palavra, de uma teoria que não é capaz de transpor o problema diante das antigas situações de massiva postura conservadora de Poderes legislativos. A sua construção teórica, enfim, não se sustenta. E por muito pouco. Fator que deixa a supremacia judicial em um lugar confortável.

Por esses motivos, o diálogo da autora com contemporâneos tornou-se profícuo, embora ela mereça essa antecedência e análise mais detida. Jürgen Habermas, também por isso, é um dos revisores precisos dessa argumentação de Maus nestas obras. Ocorre que Habermas oferece alternativas diversas para chegar ao mesmo lugar, ainda que o faça contrariando os argumentos de Maus⁷⁵ na sofisticação de sua *reconstrução* do Sistema de Direito. Quero focar também em sua produção para encontrar pontos em comum nesses erros, ainda que os autores se oponham.

No capítulo 08 de sua obra *Facticidade e Validade*, Habermas questionou o papel da corte e de sua legitimidade para fortalecer uma concepção *procedimental* da atuação jurisdicional constitucional. Habermas assumiu que, no encaminhamento do problema de legitimidade para a aplicação do Direito moderno, três técnicas, ou “respostas” foram dadas ao *jus naturalismo* — já que reconhece que o *sistema* de direito natural estava corrompido e irritado pelo século XX diante dos desafios sociais de fundamentação aliados à hipercomplexidade no conflito entre a positividade do direito pela dinâmica de sua

⁷⁵ (HABERMAS, 1994, p. 532).

contingência. São eles: i) A hermenêutica jurídica (no exata ótica que será criticada no próximo capítulo, logo, retornarei a esse item com mais vagar adiante); ii) O realismo jurídico nos moldes americanos; iii) O positivismo jurídico, de Hart a Dworkin, de Alexy a Maccormick⁷⁶.

Essa era a literatura padrão a ser citada ao tempo que se escrevia sobre o conflito entre constituição política e direito. Um arcabouço teórico de legitimidade sobre o problema política-direito na jurisdição constitucional (e Habermas precisava demonstrar que conhecia essa literatura). Então, para intensificar o problema do trabalho das cortes, Habermas sedimenta a proposta fazendo uma nova subclassificação em três correntes de críticas à corte, já que aquele volume doutrinal estimulou o protagonismo político de autores diante do problema de legitimidade em "casos difíceis": um mapeamento preciso ao que tinha em suas mãos

Essas três correntes são misturadas pelo autor mas possuem em comum um eixo central de crítica ao Protagonismo das Cortes: i) o problema de tripartição de Poderes; ii) a análise da imprevisibilidade do Direito – o problema da ponderação e dos princípios; e iii) a ameaça democrática institucional, onde os autores americanos surgem com maior ênfase.

O problema de uma lógica jurídica que se "remoralizava" no século XX estava a permitir um cenário político perigoso. Os três movimentos do direito vão se combinar com as três críticas às cortes. De um modo mais simples, Habermas defendia a corte a partir de um simples argumento alinhado com sua teoria: a complexificação comunicacional dos direitos, sobretudo sociais, desde que para *assegurar* participação, sem impor a participação ou a decisão. Se todo possível sujeito potencialmente atingido deverá aceitar a norma que potencialmente o sanciona, a proposta procedimentalista da teoria da democracia de Habermas parecia perfeita se levada aos tribunais constitucionais, contanto que a corte permita que a participação política e o respeito às regras ocorram.

Isso ocorreu porque o trabalho de John Ely impressionou sobremaneira Habermas, já que Ely trocou um controle do papel paternalista da função das cortes por uma "corte formal". A revisão judicial, aqui, também deveria resumir sua função para desbloquear o procedimento democrático indevido, mas, inegavelmente, frustrará o trato com as minorias e suas exigibilidades jurídicas (não por acaso, Dworkin começa a aparecer incansavelmente neste capítulo, para embaralhá-lo entre autores sobre republicanismo cívico como Pocock e

⁷⁶ (HABERMAS, 1994, p. 244).

Skinner). Há então a presunção de que direitos materiais começam a sofrer desproteção. Era preciso reconhecer os méritos substantivos das cortes neste ponto. Mas, para tanto, Habermas precisa confirmar o que entende como um sistema de direitos (antes de propor o que as cortes protegem e como deveriam atuar).

Habermas nos põe em apuros ao perguntar como seria possível a aplicação real de um sistema jurídico e por qual motivo a dualidade *constitucional/inconstitucional* se torna o grande código da vida política contemporânea – lembrando sempre que *validade*, para ele, não está relacionada com normatividade jurídica⁷⁷, sendo que um sistema de direito jamais seria *positivado integralmente* pelo Legislador ou por um Poder Constituinte, já que está amalgamado nas relações humanas, nas constatações empíricas de aplicabilidade. Essa “reconstrução” do sistema jurídico trocou o *jus naturalismo e o jus positivismo* por uma oposição entre *facticidade e validade*, onde a *contingência* é o grande elemento chave, nunca a normatividade legal ou inata.

Assim, em Habermas é incorreto ver na legalidade ou em postulados morais alguma legitimidade, sendo necessária uma proposição *empírica* de aplicabilidade do direito em diversas funções sociais. Modelos jurídicos ajudam a esclarecer a temporalidade de uma sociedade, mas como significam e que alcance têm princípios jurídicos e fundamentos estatais na prática constitucional da sociedade? Esta resposta, nem a Corte, nem os juízes, nem os advogados podem dar. Ela está lá, apenas. Por isso, o capítulo habermasiano aqui é mais sofisticado, já que Ingeborg Maus, em suas obras, tratava com certa velocidade (e com alguma indiferença) o inapreensível fenômeno *jurídico* em si.

Este paradigma social do direito para Habermas buscando a implícita teoria social do sistema jurídico se opõe a um paradigma jurídico de alimentação por si mesmo, em grande parte a crença do direito como uma instituição isolada, e de fundamentações supraleais⁷⁸. Enquanto isso, os conhecidos sistemas de direito já colocados são agora contrapostos pelo direito como sistema de ação. Desde Luhmann, o direito como ramo do sistema social, especializado na estabilização das expectativas de comportamento, é adicionado a este tempero da comunicação social (HABERMAS, 1994, p. 240) – havendo mais instituições na participação política do que as regras jurídicas supõem, e mais fontes de direito do que reconhecemos. Assim, "na positividade do direito, ocorre também a dinâmica de sua

⁷⁷ (HABERMAS, 1994, p. 349-353).

⁷⁸ (HABERMAS, 1999, p. 239, 272).

contingência" (HABERMAS, 1994, p. 243), frase que revela seu maior traço: a instabilidade e a contingência das instituições dialógicas.

Com isso, o que se permite ou não se permite fazer também está determinado pela prática jurisprudencial (HABERMAS, 1994, p. 244), a partir da “justiça” aplicada por suas instituições. Mas isso é a mera estabilização de expectativas para a aplicação prática. Novamente, as alternativas ao jus naturalismo, a que Habermas chamará de "respostas", têm o mérito de se opor ao método convencional do modelo de decisionismo baseado em subsunção do caso à regra, por acreditar que o direito é o que se positiva pelo legislativo, tal qual o sonho unitário aristotélico. Habermas lembra que nenhuma regra seria capaz de governar sua própria aplicação (HABERMAS, 1994, p. 244), afirmando que uma norma captura (*erfasst*) uma complexa situação do mundo da vida, impossível de visualização ou mapeamento, impossível de “congelamento”. A hermenêutica jurídica desenha este modelo sustentando que norma e realidade fabricam uma relação prévia e cruzam horizontes para relações incontáveis. Para ele, o costume ou tradição, por exemplo, é a relação entre normas e fatos à luz de princípios históricos (HABERMAS, 1994, p. 195).

Aqui, Habermas parece um pouco mais maduro ao perceber a instabilidade e a fragilidade decisional do judiciário e o abismo com o qual trabalha (referentes), e ao não apelar para a mera retirada de incumbências do judiciário sem compreender a complexidade de seu exercício. Dá sinais de que não cairá na tentação de teorias da última palavra. Em seu lugar, Habermas reconhece sua participação, seu poder de barganha, sua instabilidade e sua inserção na política. Por isso parece estar desprendido dos erros da “transferência institucional” cometidos por Maus.

Fiz tal regresso já que, compreendendo esses conceitos, fica mais claro porque Habermas reage expondo os três elementos que discutem o problema da legitimação da corte em seu protagonismo político: 1) a tripartição crítica clássica; 2) os princípios e a ponderação (a incerteza comunicacional) e 3) a ameaça democrática, aqui onde se pega carona com as críticas americanas. As páginas são preciosas enquanto curta sistematização de boa parte do que se escreveu de importante contra o protagonismo judicial das cortes, na facticidade das relações intersubjetivas. Perceba-se o ciclo lógico e histórico nas páginas de Habermas: uma explicação breve sobre a discussão entre Schmitt e Kelsen⁷⁹, uma observação da questão da imprevisibilidade do direito combatida por Maus⁸⁰, a lógica jurídica se "remoralizando" e o

⁷⁹ (HABERMAS, 1994, p. 296-97).

⁸⁰ (HABERMAS, 1994, p. 298-301).

fechamento com a dogmática constitucional em Denninger, para um debate sobre o problema da escolha dos valores em autores como Robert Alexy (HABERMAS, 1994, p. 303).

Neste desenvolvimento, Habermas argumenta que o Poder Judiciário protege um horizonte de valores e não apenas conjuntos de normas, havendo sutil transposição “mascarada” de direitos fundamentais para valores fundamentais, o que abrirá a tensão para se encontrar a *validade jurídica* desses valores⁸¹. Assim, é inegável o constrangimento para que qualquer matéria de interesse tão geral e abstrato, tão pragmático e sensível estaria sob as mãos de um discurso jurídico. Interesses jurídicos e valorativos altamente sensíveis (1994, p. 343-344).

Porém, as teorias *deliberativas* assumem uma ética discursiva do processo político que não sabe ser intersubjetiva, portanto, não sabe ser propriamente deliberativa. Sua inclusão se restringe a grupos de interesses e instituições, sobretudo quando o tribunal constitucional toma as vezes de grande *tutor* nesse processo comunicativo. Habermas reconhece que os discursos, afetos a fundamentos morais, éticos, políticos ou pragmáticos vão naturalmente surgir na razão judicial e na razão política. (HABERMAS, 1994, p. 323-333, 345), eis que o discurso político também se vale de razões *normativas e jurídicas*. O ponto é que as instituições não substituam integralmente a função de um pelo outro.

Então nesse argumento restará dividido um conceito *liberal* e outro *republicano* de prática constitucional (misturados tanto no âmbito político quanto jurídico). Essa distinção não se relaciona de modo algum com a forma que pensamos liberais e republicanos, ou nas expressões usadas como em “democratas e republicanos”. O polo liberal tem como vetor a oposição de direitos (ainda que egoístas) em contraposição ao Estado, ao coletivo, valorizando o *individual*. Enquanto isso, o vetor republicano pensa no sistema em fórmulas solidárias, protecionistas, intervencionistas, afetado por prejuízos e harmonização de interesses coletivos. Esses dois grandes eixos que rondam a jurisdição constitucional fazem valer argumentos de barganha – plenamente aceitos como “contra majoritários” por uma posição liberal, e argumentos de comunicação pública, consenso, vantagem argumentativa, no caso de uma idealização republicana (HABERMAS, 1994, p. 332). A primeira costuma ser vista como excessivamente realista e pragmática quando extremada, a segunda de pateticamente utópica, supostamente “solidária”. Essa divisão, enfatizando *Michelman* entre republicana e *Sunstein* entre liberais temperados, abre finalmente as cortinas para a posição de Habermas: a procedimental-discursiva (HABERMAS, 1994, p. 346).

⁸¹ (HABERMAS, 1994, p. 312-313).

É dizer: a corte, neste criticismo político, reiteradamente toma a cena aqui em um sentido deferente (liberal) ou intervencionista (republicano), para controlar a fragilidade da agitação política (HABERMAS, 1994, p. 334). Porém, o paradigma do direito é a tensão de sua aplicabilidade, onde a palavra *empírica* vai aparecer inúmeras vezes próxima da expressão *sociedade* e de suas reivindicações, pois a corte ora se mostra deferente, ora proativa. Fugacidade do Estado do Direito. “Dogmático” ainda, nas palavras de Habermas, apenas será compreendido no Direito se visto como inofensivo, isto é, como não limitador. A intersubjetividade permitirá esta constituição interpretada e moldada, um fenômeno sociocultural, linguístico e formador de identidade, contingente e assujeitador das formas de vida (HABERMAS, 1994, p. 537).

Porém, se essa tensão comunicativa advém de uma delegação confusa do legislativo ao judiciário, caberia perguntar-se, antes, como solucionar essa velha (mas tão atual) tensão. E aqui pouco importa se somos liberais, republicanos, democráticos, extremistas. Chegamos a um impasse decorrente dessa complexificação. É preciso reconhecer a deslegitimação de acreditar-se o constante porta-voz, o agenciador, o tutor de toda a Ação comunicativa do direito. Porém, para frustração do leitor, Habermas também recaiu aqui, depois desse longo caminho reconhecendo a complexidade do fenômeno “direito”, em um encanto institucional pelo legislativo: sugere uma composição de juristas internos àquele Poder para a revisão judicial (algo idêntico ao funcionamento da Corte britânica *antes* do Constitutional Reform Act que criou uma suprema corte autônoma ao Legislativo):

[...] a concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode se agravar no âmbito do controle abstrato de normas. É sempre útil considerar se o reexame desta decisão parlamentar também poderia dar-se na forma de um controle interno do legislador, organizado em forma de Tribunal, e institucionalizado, por exemplo, numa comissão parlamentar que inclui juristas especializados. (...) nesta linha, se a diferenciação institucional auto-referencial de um processo de controle de normas fosse da competência do parlamento, talvez pudesse contribuir para o incremento da racionalidade do processo de legislação (HABERMAS, 1994, p. 295, traduzi).

O argumento, portanto, segue o ritmo de uma *deferência* sucessiva, já que a política parte de uma confiabilidade do legislativo em direção ao judiciário, no sentido de que, quando chamada para atuar, a estrutura de uma corte faria melhor as funções de *assegurar* a participação política, muito semelhante ao procedimentalismo de John Ely, e não propriamente o trabalho de adentrar nas questões substanciais:

A constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão da democracia, encontra-se um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de Direito: o Tribunal Constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. [...] tal *compreensão procedimentalista* da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição. (HABERMAS, 1994, p. 326).

O apego por um modelo de corte interna ao Legislativo (com juristas especializados) também é fundamento de *retomada* de uma legitimação retirada (ou conquistada, para falar a língua da defesa da Supremacia judicial), em direção ao controle abstrato das normas. O procedimentalismo habermasiano complementa este ciclo. Não há virada teórico-democrática alguma da jurisdição constitucional aqui como sugerido por Habermas e esta posição continua, assim, sendo uma teoria da última palavra que apenas insiste em arrancá-la do judiciário: uma missão frustrada.

Habermas chegou a este ponto e escorregou neste aspecto porque estava profundamente influenciado pela doutrina que ele denominou de crítica institucional e social da “esquerda alemã” (HABERMAS, 1994, p. 299), autores que buscaram se opor à ideia de constituição como reduzida à “ordem jurídica” ou “norma jurídica”, sendo os pioneiros, ao lado de Ingeborg Maus, a compreender a constituição como “ordem político-jurídica” no lugar de “ordem judicializada”, a qual se volta para a dialética entre Estado e sociedade na concessão de direitos políticos públicas, e não propriamente ao instrumento de processualização jurídica.

O jurista e historiador Ernst-Wolfgang Böckenförde, por exemplo, mesmo como membro da corte constitucional de 1983, nega qualquer redução jurídica do que é a constituição⁸²; em trabalhos mais recentes, Dieter Grimm (apesar de também membro do TCF

⁸² Uma interessante entrevista concedida ao professor espanhol Benito Alaez, para o periódico “História constitucional” da universidade de Oviedo, é o melhor demonstrativo disso. Questionado sobre as pesquisas em história constitucional, relacionada com o aspecto normativo e institucional, e das relações com o *texto jurídico-constitucional*, Böckenförde respondeu: “Meu interesse se dá tanto pelo aspecto normativo quanto pelo aspecto institucional. Mas este é sempre o envolvimento que resulta no que a construção política e social de um tempo poderá denominar. Neste aspecto eu sempre parto de um conceito *amplo* de constituição, o qual envolve o desenvolvimento intelectual, político e social. Eu não acredito que quando se pretende definir a constituição de uma comunidade ou de um Estado-nação, se possa apenas olhar para suas constituições. Mas isso também envolve: como a administração é organizada, ou como é desenhado o modo de vida dos cidadãos? Lembremos

até 1999) argumenta que “remédios como emendas” são legítimos para conter o poder da corte já que sua função seria apenas interpretar o *direito existente*⁸³; e insiste no argumento de “falta de controle dos juízes” que dificultaria o consenso e o diálogo⁸⁴. Denninger, enfim, em estudo comparativo entre a Suprema Corte norte americana e o Tribunal Constitucional Federal alemão, embora reconheça o papel importante do judiciário, insistia na assunção desnecessária de riscos à tripartição de poderes quando a corte alemã se tornava uma instância de quase escrutínio político (alegando, inclusive, que o risco já era maior no caso alemão do que no americano quando escrevia em 1985)⁸⁵.

Dito isso, se extrairmos o que há de melhor da grande influência gerada por estes diversos autores sustentados por um mesmo eixo comum, muito pouco se aproveita para a questão da retomada de legitimidade na constituição política, sobretudo se olharmos para o cenário atual das constituições e do papel desempenhado pelas cortes ao redor do mundo. Nesta conexão entre ciência política e direito, um sistema jurídico em Habermas se vê atrelado à facticidade, ao referencial da comunicação e ao procedimentalismo – onde parecia urgente conter a força do tribunal. Foi longe o suficiente ao pensar na solução do problema com uma corte *interna ao legislativo*, algo que, curiosamente, era a realidade britânica da Câmara dos Lordes desde 1876, até ser tolhida em 2003 pelo Constitutional Reform Act (criador de uma Suprema Corte autônoma). A realidade se choca, e com algum atraso, à crítica oferecida.

que no século XIX, quando havia alterações sociais de grande alcance, a sociedade civil burguesa se construía, enquanto eram repelidas relações feudais e assim por diante ... isso é pertencente à *constituição* [popular] (*Verfassung*) do século XIX, e não apenas olhando para o suporte constitucional normativo (*Konstitution*)” (BÖCKENFÖRDE, 2005, trad. livre).

⁸³ “[...] constitutional adjudication is inevitable political in the sense that the object and the effect of constitutional court decisions are political [...] Excluding political issues from judicial scrutiny would be the end of constitutional review. The task therefore is distinguishing between legal and non-legal arguments, be they political, economic or religious. [...] By doing so, methodology attempts to eliminate subjective influences from the interpretation of the law as far as possible [...] A more promising tool to limit the expansion of judicial power is the amending power. Courts are bound by the text of law. Changing the text belongs to political power. The political powers can re-program the judiciary when they disapprove their jurisprudence. (GRIMM, 2011, p. 21-23, 28).

⁸⁴ “[...] Judges generally do not owe their position to general elections and are not subject to re-election, or, mostly, re-appointment. Thus immunized, their autonomy protects them against sanctions in response to unpopular decisions [...] all of this makes them far less dependent on consent than politicians” (GRIMM, 1999, p. 215).

⁸⁵ The role of the Federal Constitutional Court in developing a stable republic based on law and justice is important. The court's present function with respect to judicial review is positive. Nevertheless, some risks remain. The most serious of these is that an autocratic administration of justice might dangerously narrow the concept of pluralism to a monistic view of civic values. Such a constricted perception of values, if practiced by the Constitutional Court and other high courts, might suffocate the still delicate flowering of democracy, of freedom of speech, and of active citizenship, which in Germany needs more intense care than in the robust grassroots democracy of the United States. (DENNINGER, 1985, p. 1031).

Por sua vez, nas obras de Ingeborg Maus, “saber o que é nossa constituição é olhar nossos precedentes jurisprudenciais? ”, é a frase indignada da autora que ecoou em muitos outros contextos sob diversos trajes⁸⁶. Afinal, o velho jargão “O que a constituição é? *O que o Tribunal diz que ela é*” não é necessariamente uma sequência incorreta, se pensarmos em como as nossas instituições funcionam. É, em verdade, *uma pergunta formulada muito equivocadamente*, porque a constituição *não é alguma (uma) coisa*, ela é *constituída* por muitos fatores. Se os autores pensaram em solucionar este problema, sempre propondo como solução macro a incumbência de devolver as funções originais ao Legislativo, este foi o erro, porque isso representa muito pouco.

Este ponto indica que o grande conjunto argumentativo alemãopositor à figura do judiciário no controle de constitucionalidade representa a incessante busca na década de 90 em diante pela alteração do *locus* da última palavra sobre a constituição. Razão pela qual não atinge o discurso judicial com eficiência. Relatam-se argumentos já construídos pela literatura política e jurídica para provocar o inconformismo diante da revisão judicial.

Com isso, à história constitucional americana (e para a crítica politológica) restou buscar raízes do entendimento de constituição como campo distante da juridicização destes conceitos, sobretudo de 1998 em diante. Enfim, um substrato *politológico* da constituição é o que está contido nos americanos, catálogo dado por Habermas⁸⁷. Acho importante também descobrir os problemas locais nestes teóricos históricos e institucionais americanos a partir de então. Passamos a denominá-los, de modo confuso, de “constitucionalismo popular”. Passo a tratar deste debate.

⁸⁶ No conhecido discurso do governador Charles Evans Hughes para a grande maioria das obras de direito constitucional hoje: “We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, and the judiciary is the safeguard of our liberty and of our property under the Constitution” (HUGHES, 1908).

⁸⁷ (HABERMAS, 1994, p. 324).

I.2. O esforço do movimento do constitucionalismo popular e a crítica “politologizada”

Em uma coluna de opinião lamentando o falecimento de Antonin Scalia, o constitucionalista Jamal Greene escreveu: “Some of us promoted something called popular constitutionalism. (What’s that, you say?) Others settled on “minimalism”. Others simply gave up and have tried to argue that originalism actually supports progressive outcomes. Trying to coopt Justice Scalia’s message is the highest compliment we have paid him”⁸⁸.

O desabafo lateral em um artigo de opinião traduz essencialmente a que ponto nebuloso se encontra o que se denominou de “constitucionalismo popular”, com o toque da discussão entre republicanos e democratas, progressistas e conservadores. Como “alguma coisa chamada de constitucionalismo popular” tentou, dentre outros objetivos, derrubar as bases do judicial review, permitidas, dentre outros fatores, por elementos sólidos como o federalismo americano, a soberania nacional independente e uma constituição positivada? Enfim: a derrubada da revisão judicial não seria uma medida tipicamente conservadora?

De fato, é inviável resumir o que o constitucionalismo popular é ou quais as múltiplas correntes que constituem o seu desenvolvimento. Mas há um eixo central e valioso no movimento, referente à tentativa de destituir a Corte de sua função *jurídica* sobre a constituição. Melhor dizendo, interessa a desconfiança que o constitucionalismo popular desenvolveu com a apreensão jurídica sobre a maneira contemporânea de conduzir a política: circulando cartazes em manifestações diante das cortes e de advogados.

O objetivo de desenvolver este raciocínio “anti judicializante” levou, contudo, a projetos que se perderam entre variadas metodologias. Por isso, prefiro apresentar o constitucionalismo popular a partir do que ele *não é* na missão programática que adotou, o que me permite mostrar como também o movimento *não funcionou* enquanto teoria de oposição à revisão judicial ou o quanto se perdeu dentro de uma *utopia* política: é preciso demonstrar que a força do constitucionalismo popular não é (apenas) combate à revisão

⁸⁸ (GREENE, 2016). Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2016/02/15/opinion/what-liberals-learned-from-antonin-scalia.html>> Acesso em jul. 2016.

judicial, ou seja, não poder ser reduzido apenas a este argumento. Mas o problema inicial aqui é o de *por onde começar*.

Trabalhos nacionais como o de Gabriela Lima (2014, p. 16-18) oferecem, em ordem “crescente de abstrativização”, uma sistematização do andamento do constitucionalismo popular e as propostas oferecidas pelos seus principais autores: o desenvolvimento *histórico* de Larry Kramer, uma proposta *politizada* de demonstração de tensão entre “democracia” e “revisão judicial” por Mark Tushnet; e, por fim, uma postura agressiva e institucional de Jeremy Waldron, no sentido de *negar* a capacidade de *racionalidade* otimizada pelo Poder Judiciário para decidir, desde que atentemos para requisitos políticos cruciais, como *um governo não corrompido*. Essas diferentes matizes encontram-se em um eixo comum: o de encontrar o lugar *político* para o direito constitucional, no mesmo rumo dos autores que analisei no capítulo anterior.

A mais importante conclusão extraída de uma divisão metodológica como essa é a de que o constitucionalismo popular não é, apenas, crítica à revisão judicial (LIMA, 2014, p. 134). Parece representar tudo o que me interessa neste capítulo. Mais do que isso, atesta que o constitucionalismo popular possui como fim comum demonstrar que a teoria constitucional está, cada vez mais, enclausurada dentro de fundamentos jurídicos e técnicos, não havendo sentido uma carta política prestar-se a esse tipo de redução judicializada. Neste ponto, torna-se possível encontrar as razões que fizeram do constitucionalismo popular um movimento que perdeu rumos: reduzindo-o à crítica ao controle judicial de constitucionalidade.

Marco Goldoni, por sua vez, em busca do lugar político da constituição, aponta “três ondas” que denominará de “constitucionalismo político”, para aproximar o seu diálogo da bibliografia de autores relevantes também do sistema de *commonwealth*, como Loughlin e Griffith, sugerindo que apenas a segunda fase ou “onda” do movimento teria como proposta uma radical destituição do judicial review de seu “lugar sagrado”.

Há, com isso, o reconhecimento de que o eixo crítico do constitucionalismo popular não se esgota em combater a revisão judicial propriamente. Esta vertente representa apenas uma das propostas do movimento. Acima de tudo, Goldoni chama a atenção para a importância de uma linguagem jurídica da constituição política, ou uma “gramática do direito público”, o que, em sua falta, tem gerado deficiências para se discutir política e realidade constitucional, sobretudo impulsionado pela revisão judicial. Semelhante ao argumento geral discutido no início da autora Ingeborg Maus.

Disso decorre que o impacto gerado pelos procedimentalistas precisa ser reciclado e visto como apenas uma das etapas do argumento da constituição política. Há muito tempo, em Michelman e John Ely também ficaram estampados os argumentos de desconfiança judicial e a importância de resgatar uma constituição política não substancializada pela Corte, o que deixou Habermas deslumbrado. Ainda assim, os procedimentalistas foram apenas um pontapé inicial para o complexo problema da visão jurídica sobre a constituição no ambiente norte americano, e normalmente calado por um sentido institucional, e ainda de detenção da última palavra, contrabalanceando o argumento como se fossem conservadores racionais. O ponto é, como disse Jamal Greene na abertura, passamos a ver que até mesmo os originalistas poderiam oferecer propostas progressivas. Ou seja, todo remendo político se tornou possível para diferentes vertentes. E para ambos os lados.

Por tudo isso, debater alguns dos principais teóricos do constitucionalismo popular é compreender também *o que não deu certo* na crítica à supremacia judicial.

Mark Tushnet também colocou ressalvas à própria opinião inicial da obra *Taking constitution away from Courts*, amenizando o seu posicionamento rigoroso do constitucionalismo fora das cortes para a sua obra mais recente, *Weak Courts, Strong rights*. Mas talvez fosse tarde demais para “temperar” o constitucionalismo popular. Tushnet entende em sua produção recente que seria utópico reconhecer o fim da revisão judicial depois de escrever uma obra dedicada à retirada da constituição das cortes em 2002. Um argumento impactante que parece fazer ruir o objetivo central do constitucionalismo popular na revisão judicial, dado por seu próprio pioneiro.

Como exemplo disso, enquanto falamos em “superação legislativa da jurisprudência”, por exemplo, Tushnet sustenta a importância de um projeto controlador da corte em seu projeto inicial, dada a nossa tradição judicializante. Um levante fiscalizador de sua atividade, reconhecendo a possibilidade de se desafiar o Tribunal por outros poderes. Porém de forma avessa, isto é, por outra instituição que não seja a corte:

As Governor Faibus’s actions did, disregarding precedents may provoke a constitutional crisis as the public sees a legislative or executive official “defying” the Supreme Court. Senator Daniel Patrick Moynihan suggested a more moderate version of this approach. He thought that Congress could pass a law inconsistent with a Supreme Court decision to alert the Court to the deep disagreement its decision provoked. **There is nothing wrong in principle with constitutional disagreements, or even with constitutional crisis as such.** Or, to adapt Lincoln’s

phrase, a constitutional crisis may be a good thing when “vital questions affecting the whole people” are involved. (TUSHNET, 1999, p. 23, grifei).

A preocupação é destacada sobretudo pelo receio de descontrole dos precedentes judiciais, legitimando o Legislativo e o Executivo a fazê-lo, sendo sua preocupação institucional evidente (TUSHNET, 1999, p. 22). Mas a forma como desnuda a defesa da supremacia judicial, enfim, se dá reforçando a injustificabilidade do senso comum da supremacia judicial, normalmente conectada a um interesse egoísta da própria instituição que o defende – o judiciário, ou o legislativo. Não há como negar que as instituições deixam transmitir o interesse próprio quando pretendam tomar conta desse cenário:

Law professor Larry Alexander and Frederick Schauer have offered the most sophisticated recent defense of judicial supremacy, but they fail to recognize that the problem is one of choice between self-interested institutions [...] Decisions regularly modify or undermine precedents in ways that open up new vistas for constitutional transformation. This weakens the claims that Supreme Court is a uniquely stable source of authoritative decisions. [...] As Jeremy Waldron has put it, what reason could we have to think that a rule requiring deference to the judgements of five people, who are replaced at random intervals, produces more stability than a rule requiring deference to the judgement of a majority of the House of Representatives and the Senate, ordinarily concurred in by the President? (TUSHNET, 1999, p. 26-29).

Entretanto, a proposta de Tushnet ainda é uma solução intermediária que possa preservar as instituições. Ao opor as propostas de Bruce Ackerman e Akhil Amar, por exemplo, os quais propuseram diferentes processos de emenda constitucional quando violado algum regramento próprio, Tushnet defende o modelo originário e positivado existente: “ In my view, such formalisms are unnecessary because the complex decision procedures that pervade our political system are an adequate substitute” (TUSHNET, 1999, p. 202). A questão é se opor à força judicial nesta atuação.

Também por essas razões, Tushnet ofereceu uma proposta de leitura da constituição em uma classificação binária. A constituição *Thin*, algo como fina ou delgada, diante da constituição grossa ou espessa (*Thick*) que vem se formulando na história constitucional recente. A constituição popular então deveria dar conta de resolver seus conflitos políticos de interesse ainda quando composta apenas da Declaração de independência e de seu preâmbulo, e não pela inclusão das diversas expressões, emendas e declarações (naturalmente convertidas

por meio de discursos e procedimentos possibilitados dentro de um discurso jurídico) visando a aplicação de sentidos pela Corte e a atribuição *judicial* de sentidos.

Ainda assim, embora reconheça que uma proposta como esta possa não surtir efeito algum (TUSHNET, 1999, p. 187), uma vez que representa a simples proposta de rearguir instrumentos de leitura e aplicação das mãos da corte para entregá-la ao povo, a proposta visa retomar a forma de reproduzir política e o modelo atual de democracia detido pelo empoderamento do Judiciário: “Popular constitutionalist law takes these observations seriously. It treats constitutional law not as something in the hands of lawyers and judges but in the hands of the people themselves. Constitutional law creates the people of the United States *as a people* by providing a narrative that connects us to everyone who preceded us” (TUSHNET, 1999, p. 182). Ofereceu então alternativas e bases sólidas para que o *constitucionalismo* pudesse voltar a ser *popular*.

Tushnet, enfim, embora represente um ferrenho crítico da judicialização nesta produção inicial datada desta obra de 1999, dentro da proposta de afastamento do discurso jurídico e da sugestão de uma Constituição dita *final*, irá mais tarde revisar seu posicionamento e aderir a um argumento mais intermediário a partir de 2008. Ao separar um conceito de revisão judicial *forte* e outro *fraco*, na obra *Weak Courts, Strong rights*, Mark Tushnet volta atrás em seu argumento e se recoloca como um autor *temperado*.

A sua defesa final, por um modelo fraco, está embasada na capacidade de se conceder ao cidadão e ao povo mecanismos estratégicos para opor ou resistir diante de decisão judicial da corte que se acredite razoavelmente estar incorreta, de modo mais ligeiro e eficiente do que pelo *overruling* da corte ou por emendas constitucionais formais, já que as decisões oferecidas pela Suprema Corte não podem pacificar o problema apenas ao colocar o *fim expertocrático* à discussão. Embora pareça uma opção de controle e retenção do judiciário, Tushnet demonstra que o objetivo é dialógico, e não de polarização. No constitucionalismo popular ainda está claro o objetivo desjudicializante, mas que não se conforma com o mero ataque ao controle judicial de constitucionalidade:

Weak-form systems of judicial review hold out the promise of reducing the tension between judicial review and democratic self-governance, while acknowledging that constitutionalism requires that there be some limits on self-governance. The basic idea behind weak-form review is simple: weak-form judicial review provides mechanisms for the people to respond to decisions that they reasonably believe

mistaken that can be deployed more rapidly than the constitutional amendment or judicial appointment processes. (TUSHNET, 2008, p. 23).

Mas que mecanismos são esses? A resposta na obra para essa conclusão, agora voltada para a metodologia de direito comparado, faz paralelos, dentre outros, entre as Cortes argentina, sul africana, canadense, alemã, israelense e americana. Algumas das variantes que Tushnet salienta como mecanismos das “formas fracas da revisão” realmente interessam para um projeto reformador do que ainda buscamos. Tushnet exemplifica com alguns recentes modelos jurisdicionais.

Alguns exemplos são: o “mandato interpretativo” neo-zelandês, representa uma legislação que demanda algo semelhante ao que vemos na interpretação conforme, com limites técnicos, para que seja aplicada a interpretação mais favorável ao Bill of rights de 1900 daquele país, impedindo que a corte evoque argumentos substanciais para prevalecer outra legislação sobre ele⁸⁹.

Embora questionável, Tushnet entende que a estratégia limita, assim, as possibilidades de a corte inovar ou criar novos entendimentos para direitos relevantes de primeira geração como no referido Bill of Rights, de alguma forma limitando o julgador àquele tipo de Revisão judicial e àquele catálogo de direitos, tornando o Judiciário mais deferente e reduzido em atribuições.

O Human Rights Act britânico de 1998 (HRA) também possibilita tais ferramentas, demandando que Cortes interpretem legislações de acordo ou desacordo com direitos fundamentais catalogados, mas sem afastar sua validade, algo que teria *possibilitado* um modelo de revisão judicial britânico, como discutirei adiante. Uma vez que não invalida a legislação e não afeta *erga omnes* os direitos de terceiros extraíveis daquela Lei, representaria uma fórmula de controle incidental intermediária, a qual atrai Tushnet.

Por fim, Tushnet lembra que a proposta “dialógica” de revisão canadense possibilita que, diante da declaração de inconstitucionalidade de um estatuto pela Corte, o legislativo seja chamado para discutir elementos substanciais de aplicabilidade e legitimidade constitucional da legislação (e inclusive suspenda a decisão). O Poder Legislativo poderia, portanto,

⁸⁹ “Rather, the act is an interpretive mandate. Its key provision is this: “Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning” (TUSHNET, 2008, p. 25).

“contestar” os argumentos oferecidos pela corte e permitir com isso uma revisão de posicionamento pela deliberação entre instituições. Daqui decorreriam diversas possibilidades nesse poder de barganha⁹⁰.

Enfim, dessas soluções intermediárias e recentes que o atraem (tornando-se menos radical em sua oposição à revisão judicial), Tushnet não nega a capacidade de defesa de direitos pela via judicial, mas quer evitar a sua soberania *incontestável*. É o constitucionalismo popular não reduzido a atacar a revisão judicial (conformando-se a ela):

Every variant of strong-form judicial review raises basic questions about democratic self-governance, because every variant allows the courts to displace the present-day judgments of contemporary majorities in the service of judgments the courts attribute to the constitution’s adopters. Of course, constitutionalism is all about limiting contemporary majorities. The problem with strong-form judicial review is that the courts’ determinations of what the constitution means are frequently simultaneously reasonable ones and ones with which other reasonable people could disagree. This is especially true when the courts interpret the relatively abstract statements of principle contained in bills of rights. Take the issue of affirmative action as an example [...] (TUSHNET, 2008, p. X).

Embora mais restrito em seu argumento, portanto, Tushnet ainda parece cético com o potencial racional e assertivo da corte, o que o leva à necessidade de repensar a teoria da democracia pelo constitucionalismo popular. Por isso sua defesa por uma revisão judicial do tipo fraco, e não pela eliminação da revisão judicial, como vinha sendo divulgada em sua produção teórica anteriormente⁹¹.

⁹⁰ “Consider a regulation of commercial expression—for example, a regulation of advertising for sweetened cereals, whose target audiences are children. Suppose the Supreme Court finds the regulation unconstitutional. The Court says that the goal of promoting health by diminishing children’s consumption of sweetened cereals is a permissible one, but concludes that the regulation as enacted sweeps within its coverage too much expression that need not be regulated in order to accomplish a significant reduction in consumption. How can the legislature respond? The Section 1 response is this: Bolster the record supporting the legislation so that it provides a better—a more “demonstrable”—justification for the statute’s scope. For example, the legislature might compile evidence, if it can, showing that narrowing the statute’s scope would make it much more difficult to administer effectively, by requiring regulatory agencies to draw lines that they are not competent to draw, or that any wording that would narrow the statute’s scope to accommodate the Court’s concerns would actually leave advertisements on the market that contribute significantly to the demands children make on their parents. Note, though, that the Section 1 response takes the Court’s interpretation of the charter to be correct, and disagrees only with that interpretation’s application to the statute” (TUSHNET, 2008, p. 32).

⁹¹ “Indeed, the emergence of weak-form judicial review in systems previously committed to parliamentary supremacy suggests that a fixed point in modern constitutionalism is that first-generation rights must be enforced in the courts. Another fixed point, as we have seen, is that modern constitutions must contain guarantees of social and economic rights” (TUSHNET, 2008, p. 251).

Embora se assemelhe a uma opinião que possa ser considerada rebelde diante do papel do tribunal, as formas fracas de revisão contêm uma preocupação institucional severa e “conciliadora”. A modificação pessoal do seu raciocínio permite concluirmos que o constitucionalismo popular combatente e opositor frontal à revisão judicial é uma proposta fadada ao insucesso, novamente enquanto teoria da última palavra, sendo as propostas dialógicas (de um modelo de revisão fraco), enquanto sugestão de deliberação interinstitucional, as saídas viáveis para Tushnet. Em resumo, na arrematadora frase de Albert: “I insist on making the observation that contemporary critics of judicial review are fighting a losing battle” (ALBERT, 2008, p. 1057).

Outros constitucionalistas preocuparam-se ainda com a origem e a estruturação da revisão judicial apta a dismantlar o constitucionalismo popular no desenvolvimento histórico americano. Larry Kramer, voltando-se ao estudo histórico sobre a constituição, aplicabilidade e efetividade do rol de direitos fundamentais, aponta quatro grandes ingredientes propulsionados pela revolução americana capazes de dar azo a esta observação, na forma de elementos que permitem o desenvolvimento de um sistema acolhedor da revisão judicial: i) A emancipação política dos EUA em busca de sua independência da metrópole britânica; ii) A redação positivada de um texto constitucional, portanto uma constituição *dogmática*; iii) A natural complexificação das interações sociais trazendo novos e inimagináveis conflitos políticos para solução em desafio aos interesses de incontáveis classes; iv) A noção de soberania popular, inculcada no seio de uma nação independente⁹².

Perceba-se que ferramentas de tal natureza também aparentariam relacionar a revisão judicial com uma “evolução emancipatória política”, sugerindo a seguinte proporção: quanto maior a independência e a racionalidade de um sistema político, mais próximo se está de um modelo complexo de controle de constitucionalidade (e de apreensão jurídica sobre a constituição). Parece que encaramos com essa redundância o controle de constitucionalidade ainda hoje e o papel protagonista da corte do mesmo modo, impressão que Kramer deseja causar para contrariá-la. A missão do constitucionalismo popular então ainda é ruir essa associação, e não apenas a de se opor à revisão judicial.

Portanto, a obra de Larry Kramer é preciosa por constitui um relevante exemplo de exceção ao reducionismo do argumento da última palavra (enquanto preocupação institucional de não permitir a corte de conferi-la), o qual pareceu tão recorrente nos autores

⁹² (KRAMER, 2004, p. 50-54).

da seção precedente. Kramer consegue demonstrar que a missão do constitucionalismo popular dentro de uma visão histórica não se reduz à transferência institucional para o legislativo, e que, por isso mesmo, uma constituição política demandará esforços em outras competências, como o papel do parlamento, a organização das instituições e a proteção das alterações sociais:

We need to be clear on this argument, which is critical if we are to understand the setting in which judicial review eventually emerged. In suggesting that the constitutionality of legislation was not a matter for judicial cognizance, **no one was saying that the authoritative interpreter of the constitution was the legislature rather than the judiciary. That would have been inconsistent with the whole framework of popular constitutionalism** because it would have assumed that the final interpretive authority rested **with one or another of these public agencies.** (KRAMER, 2004, p. 58, grifei).

Deste trecho se extrai que Larry Kramer possui o mérito de conseguir destacar-se dessa onda viciosa do constitucionalismo popular em busca de um Legislativo preciso (contrário à revisão judicial pelo judiciário), ou de retornar incumbências ao Legislativo, reduzindo-as a elas. Em uma postura de quase neutralidade, ele mostra com isso que o constitucionalismo popular é uma teoria tão pouco atraente e tão fadada ao insucesso como todas as demais doutrinas constitucionais, sobretudo a supremacia judicial. O seu estudo histórico demanda apenas o afastamento por preocupações institucionais e processuais da judicialização da revisão judicial. Não à toa, o texto foi recebido como um rompante com o que se tinha sobre constitucionalismo político para voltar a agradar seus seguidores, já que o ar “já estava cheio” das obras “We the people” e “High politics”, tão combatidas pelos opositores do constitucionalismo popular (ALEXANDER; SOLUM, 2005, p. 1640).

Larry Kramer já reconhecia, portanto, o perigo de redundar o constitucionalismo popular em uma teoria da última palavra e talvez precisamente neste ponto tenha anunciado o seu fracasso com um complexo estudo histórico que demonstra a constituição como instrumento popular no desenvolvimento americano, não jurídico. Com isso, alertou que não poderíamos confundir o constitucionalismo popular com o mero combate à revisão judicial ou acreditar na solução simplista do problema da ilegitimidade da revisão judicial apenas pela dignidade do poder legislativo. Seria injusto colocá-lo dentro da lista de autores que procuram retornar ao Legislativo as atuações do Judiciário, de acordo com a missão de última palavra.

O mesmo projeto também pareceu coeso para Goldoni ao dividir as correntes que fundamentam o constitucionalismo popular, lembrando que apenas uma delas se voltou à revisão judicial como problemas institucionais. E, assim, estaríamos em um posterior momento à terceira onda, “reflexiva e de abertura” do constitucionalismo “político”, para Goldoni. Este necessário “olhar para o futuro” que argumenta Goldoni é o ponto preciso pelo qual o constitucionalismo popular da terceira onda ou geração se encontra:

Beyond the narrow-minded obsession on the expansion of judicial power, much else needs to be thematised by political constitutionalists. From the study of referendums to the analysis of new forms of constituent power [...] a renewed political take on constitutionalism ought to focus on the juristic nexus between law and politics as the core of reflexive knowledge without building unnecessary on even obstructive oppositions (GOLDONI, 2016).

Aqui estou reforçando que, do incontável material que detemos sobre o que foi escrito sobre constitucionalismo popular, o desejo de reduzi-lo ao combate à autoridade das cortes na revisão judicial resulta em um caminho perdido. O procedimentalismo da corte enquanto postura deferente ou a devolução necessária ao Poder Legislativo apenas reproduz ainda uma preocupação institucional que a academia leu com dificuldades de associação, embora Waldron represente o autor mais preocupado em tecer esclarecimentos sobre o fenômeno.

Portanto, o constitucionalismo popular não pode ser reduzido, como já foi feito de modo indevido⁹³, ao mero combate à revisão judicial, ou ter como fundamento esta missão. Repito: a constituição política, e a devolução da constituição ao povo não é uma missão de rivalidade à revisão judicial, embora seu núcleo programático seja traçar limites à corte, e por conta disso tenha sido feita tal associação. Esse reducionismo teórico fez do constitucionalismo popular algo pouco compreensível, difícil de causar empatia teórica⁹⁴, e, de certa forma, abandonado, observado como se passado utópico fosse.

⁹³ “Nesta questão, o meu pensamento se aproxima de uma corrente que é conhecida nos Estados Unidos como *constitucionalismo democrático* – que não se confunde com o *constitucionalismo popular*, de autores como Mark Tushnet, Larry Kramer e Jeremy Waldron, refratários controle jurisdicional de constitucionalidade. Seus principais expositores são, na minha opinião, os professores Jack Balkin, Robert Post, Reva Siegel, Sanford Levinson e Barry Friedman.” (SARMENTO, 2014). Disponível em : <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-e-o-centro-do-constitucionalismo> Acesso em jul. 2016.

⁹⁴ Alec Sweet, por exemplo, chamará a ideologia da Supremacia judicial de “status atual de religião cívica”: “In today’s world, the ideology of rights has, arguably, achieved the status of a civic religion. A precept of the new constitutionalism is that regimes are not democratically legitimate if they do not constrain majority rule through

Portanto, reduzi-lo a tais preconceitos fez do movimento do constitucionalismo popular um ente isolado que dificulta sua compreensão (gramatical, para Goldoni) de sua complexidade na relação entre direito constitucional e política. A leitura do constitucionalismo popular de tal modo, somente como ataque à revisão judicial, fornece travas à associação da ideia de constituição política.

Uma observação, enfim, é a valiosa no movimento: a de que o constitucionalismo não é, em nenhuma hipótese, *direito* constitucional. É constitucionalismo, não direito. Assemelha-se à proposição teórica de Ingeborg Maus, propondo um retorno acadêmico da constituição à ciência política, que agora está reduzida ao direito. Constitucionalismo não é direito constitucional porque constitucionalismo não é somente direito. E esse argumento também está esparso em outros teóricos mais contemporâneos (KNOWLES, TOIA, 2014)⁹⁵.

Assim sendo, seja pela via das teorias do diálogo ou pelo caminho da última palavra, confundir o constitucionalismo popular com um anseio “anti-cortes” faz do projeto um sonho irrealizável, agravado por um reducionismo injusto. Talvez aqui esteja a falha do projeto. Não seria possível extinguir cortes, quem dirá a revisão judicial, atrelada aos quatro elementos tão caros, na visão de Kramer, componentes do próprio expediente de uma *nação independente e soberana*. Também o próprio Tushnet reconsiderou sua fórmula de *Thin constitution* para defender um modelo de revisão judicial, porém agora “fraco”. Então a missão de politizar a constituição fora de um discurso jurídico é uma estratégia muito mais complexa do que por meio da simplória destituição da Revisão Judicial ao Judiciário. Quando tenta-se combater a Corte, o movimento torna-se algo desconhecido. E esse é um dado interessante. No que o constitucionalismo popular falhou?

Desde o procedimentalismo de Ely e dos originalistas, até as propostas mais recentes de Tushnet, o constitucionalismo popular fez as vezes de reciclar seu projeto dentro de uma versão mais sofisticada da Ciência Política. Porém, ao fazê-lo, pecou por transparecer um

rights and review. It should not shock that Scheppele and others are able to claim that constitutional courts can be more democratic than elected officials” (SWEET, 2012, p. 14).

⁹⁵ “Will nobody defend judicial supremacy anymore?” This is the provocative question that Michael Stokes Paulsen posed in a Georgetown Law Journal article two decades ago. There seems little doubt that Mark Tushnet and Larry Kramer, the intellectual leaders of the modern “popular constitutionalism” movement, would answer this question with a resounding, “we sincerely hope so. **However, the traditional anti-judicial supremacy understanding of this concept appears to have gotten lost in the law journal shuffle. In 2005, Larry Alexander and Lawrence Solum said of Larry Kramer’s *The People Themselves* that it “reinforces the sense that popular sovereignty is the theory du jour.” As our data show, today any reader of the law journal literature can be forgiven for thinking that “popular constitutionalism” is nothing more than the legal literary label du jour.**” (KNOWLES; TOIA, 2014, p. 32, grifei).

projeto impossível, sobretudo focado na dicção de Jeremy Waldron na obra *The core of the case on judicial review*, sugerindo a famigerada emenda de revisão. E então a academia leu, em grande parte, muito mal o movimento, por entender, enfim, que constitucionalismo popular se reduza, hoje, a “alguma coisa desconhecida” contra a revisão judicial e contra as cortes para que todos questionem: como seria possível democracia sem a função contra majoritária das cortes? (A despeito de todo o esforço teórico de Waldron, contra o argumento da contramajoritariedade, a revisão da opinião de Tushnet e o argumento não institucionalista de Kramer). Então portas são abertas para que uma disciplina hermenêutica nos assegure que, se à corte cumpre mesmo o papel de ditar regras do jogo, se ela *vence* a batalha contra a revisão judicial mesmo que de modo contido, urge a necessidade de leitura previsível de suas decisões.

A falha do projeto do constitucionalismo popular parece ainda agravada pelo que ocorreu no cenário político de alguns Estados de Direito nos últimos anos, forçando ainda mais o argumento de que pareceria ilógico derrubar a revisão judicial, o último “empurrão” em favor das cortes, já que o constitucionalismo popular seria o “retrocesso injustificado” e a “negação do presente”. A tímida instituição de sistemas de revisão judicial na França e na Inglaterra são as duas mais gritantes novidades sobre supremacia judicial nos últimos dez anos.

No caso dos britânicos, com a criação de uma corte constitucional autônoma, torna-se mais controverso falar em revisão judicial, porém foi *hermeneuticamente* colocado como tal para alguns autores (modelo fraco, para Tushnet, e “Advisory” model para Albert). O que importa é que, para ambos os países, englobando os dois grandes sistemas de direito que ainda tentamos distinguir, parece encontrar-se o último passo para o grande túmulo dos críticos da revisão judicial, algo que venho apontando ao longo deste capítulo. O ponto de interesse aqui é: ao mesmo tempo que o constitucionalismo popular estava em seu auge teórico, sistemas jurídicos influentes como estes judicializavam cada vez mais a sua constituição, seja criando uma Suprema Corte com tais atribuições (e permitindo as *declarations of incompatibility*), quanto possibilitando métodos cada vez mais judicializados de análise constitucional dentro do próprio controle de constitucionalidade (caso do QPC francês).

Quero narrar estes dois acontecimentos brevemente e a recepção da academia local, como fechamento desta relação entre constitucionalismo popular, crítica às cortes e limites à

revisão judicial, o que aponta o *tempo e o pano de fundo* em que o constitucionalismo não judicializado perde forças para criticar a revisão judicial. Enfim, demonstra-se também o constitucionalismo popular, quando reduzido a criticar a revisão judicial, como uma *missão inviável*.

I.3. Estudo comparado: o modelo francês e britânico

Reforcei que desde a década de oitenta autores analisaram criticamente a revisão judicial com argumentos esparsos que se conectam. Porém, estes argumentos falham ou voltam atrás deixando de lado o projeto central do constitucionalismo político, perdendo-se entre teorias da última palavra ou restando reduzidos a um movimento mal lido que, por isso mesmo, perde o controle de seu rumo. Em grande parte dos autores, há um excessivo apego por uma teoria da última palavra, e que, no específico caso de alguns, veem o constitucionalismo popular em uma missão mais ampla, *política* e não *jurídica* do sistema constitucional, a qual não poderia se perder dentre as mãos do legislativo nem tampouco representar apenas a crítica à revisão judicial, como é o caso de Tushnet e Kramer.

Assim, grande parte desta postura acadêmica de combate se perde por conta da defesa de uma teoria da última palavra, e poucos autores visualizaram o problema de que o próprio movimento era mal interpretado se apenas buscasse opor-se ao processo judicial constitucional (como o fez Kramer, ainda em 2004). Enfim, a revisão judicial pareceu sair ainda mais forte.

Dois estudos de caso apontam como é evidente que alguns episódios constitucionais colaboram demasiadamente com esse fracasso da crítica a nível global. Chamo atenção e seleciono esses exemplos por razões óbvias; França e Inglaterra são tradicionalmente conhecidas por reiterar o seu compromisso de preservar a vontade popular, não permitindo que uma corte faça as vezes de soberania popular, tampouco judicializante da função política. Os britânicos sequer constituição dogmática rígida possuem, o que supostamente impossibilitaria o parâmetro de controle. Supostamente. Os franceses, então, determinaram a novidade de admitir uma nova técnica de controle pelo conselho constitucional francês, em uma verdadeira revolução constitucional no país: a QPC, ou “question prioritaire de constitutionnalité”.

Penso que repetir os constantes estudos de caso, como o são a corte alemã, americana ou mesmo a brasileira, é mera reposição de sistemas historicamente desenvolvidos para contemplar a revisão judicial, de modo que ofuscam ou induzem algumas conclusões. Meu

objetivo é trabalhar com cortes fora dessa realidade historicamente afável à revisão judicial. O ponto interessante é em ambos os sistemas ter ocorrido hermeneuticamente (e internamente), esta assunção de poderes “auto concessiva” pelos próprios tribunais judiciais.

*

Até a vigência do “Constitutional Reform Act” em 2009, uma característica era convergente e uniforme para os ingleses: a *House of Lords* (Câmara alta) era integrada por um Comitê de Apelação (*Appellate Committee of the House of Lords*) o qual representava a última instância do Judiciário britânico, para todo o Reino Unido nos casos cíveis e para a Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte em casos criminais.

Os membros eram os Lordes da câmara alta, que, em número de onze, ao mesmo tempo em que estavam autorizados a legislar, teriam suspensa esta função por um período específico para exercer a função de magistrados nos julgamentos de última instância em solo britânico⁹⁶, demonstrando uma dupla postura em relação ao sistema de *checks and balances*. Assim, a corte de última instância pertencia ao Legislativo.

Por quase um século a sociedade anglicana patrocinou um conjunto de atos históricos para combater este desenho institucional pela movimentação política que intentava, desde os relatos do século XIII, à definitiva autonomia da *independência Judiciária frente ao arbítrio político da Corte interna ao Legislativo*⁹⁷.

O *Constitutional Reform Act* foi o primeiro documento legal que expressamente definiu este conceito com a criação de uma Suprema Corte autônoma. Desde então, o órgão máximo da jurisdição estava submetido ao disposto na *Appellation Jurisdiction Act* de 1876⁹⁸.

⁹⁶ Contudo, a alteração não foi uma ruptura imediata. Desde o ano de 2000, por exemplo, em virtude das Comissões Reais de Reforma da Casa dos Lordes, aos *Law Lords* (ao mesmo tempo parlamentares da câmara alta e ministros da corte máxima, o Comitê de Apelação) já havia sido vedada a votação em uma eleição geral da casa, restringindo suas atividades ao julgamento ou à aprovação de leis.

⁹⁷ Conforme a imprensa oficial do Judiciário: “For the first time in almost 900 years, judicial independence is now officially enshrined in law.” Link disponível: http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/introduction-to-justice-system/constitutional-reform.htm?wbc_purpose=Basic&WBCMODE=PresentationUnpublished.rss Acesso em: dez 2012.

⁹⁸ Dispondo sobre as atribuições dos Lordes, quórum para admissibilidade da demanda, casos passíveis de apelação, procedimentos para julgamento e demais ritos padrões. Nenhum apontamento de que os costumes procedimentais admitidos nos julgamentos foram alterados desde então. As mudanças políticas mais intensas na Câmara, contudo, se deram com o *The Parliament Act* 1911, *The Parliament Act* 1949 e o *The House of Lords Act* 1999. O regulamento processual da *Appellate Jurisdiction* está disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1876/59/pdfs/ukpga_18760059_en.pdf > Acesso em mai 2015.

Agora, transmitem-se todos os julgamentos de última instância, visando eliminar todo e qualquer decisionismo arraigado por “influências políticas externas”, dado até então pelo acesso especial aos Juízes em questão da Câmara. Agora, não são mais os "Lordships" encarregados de julgar, mas "Justices of the Supreme Court". Um site institucional supostamente mais transparente foi criado e as sessões de julgamento passam a ser televisionadas: um discurso mais "racional" é esperado com essa transparência. Além disso, a reforma ratificou a abolição da jurisdição apelativa da câmara dos Lordes (House of Lords), e a criação de uma Corte Suprema em novo prédio autônomo da Câmara (defronte a ela). Há ainda a alteração das competências do Lorde Chanceler (Lord Chancellor) pela nova figura do *Lord Chief Justice*, a alteração das atribuições jurisdicionais do Conselho privado e das respectivas funções do presidente desta, bem como algumas das questões administrativas, denominadas “de disciplina” no referido texto Constitucional alterador, como, por exemplo, a criação de um corregedor (*Ombudsmann*) responsável por recomendação e investigação dos procedimentos judiciais e de uma Comissão Jurídica, visando abertura e transparência da administração da justiça.

Enfim, buscou-se formulação de um sistema que permita *decisões supostamente mais argumentativas*. Os sítios virtuais do Parlamento vangloriam que, pela primeira vez em 900 anos, a independência judicial é definitivamente consagrada pelo Direito⁹⁹. Mas a corte exerce revisão judicial?

O ponto crucial para inserir na Inglaterra o controle jurisdicional aos moldes do que conhecemos se deu com o Direito comunitário da União Europeia. Desde a Convenção de Direitos Humanos (sigla ECHR no idioma), a Casa dos Lordes (mais tarde tornada a Suprema Corte) já havia tomado decisões que invalidavam atos do Parlamento: *R v Secretary of State of Transport, ex parte Factortame Limited (1991) AC 603* e *R v Secretary of State for Employment, ex parte Equal opportunities Commission (1995)*. Conforme IP (2011, p. 222), autor que oferece todos estes exemplos, nestes casos a Câmara dos Lordes "desaplicou" sua

⁹⁹ Disponível em <https://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/constitutional-reform> Acesso mai. 2015. Há longas "manchetes" oficiais sobre a proposta, associando democracia com independência judicial, sem, entretanto, ofender a soberania do Parlamento: We are committed to completing House of Lords reform, including removal of the remaining hereditary peers, *to make it more representative and democratic, while maintaining the House of Commons' traditional primacy*. We have given our support to the report and conclusions of the Wakeham Commission, and we will seek to implement them in the most effective way possible. Labour supports modernisation of the House of Lords procedures to improve its effectiveness. We will put the independent Appointments Commission on a statutory footing." (House of Lords, 2001).

legislação interna frente aos limites traçados pelo direito da União Europeia, ampliando o conceito de Constituição britânica (VICK, 2002).

Ocorre que tais casos não passavam da confirmação da Supremacia do Direito da União Europeia (em sua integração comunitária) frente ao direito nacional, ou doméstico inglês (pelo menos quando ainda pertencente a Inglaterra à União Europeia). Em uma palavra, na primeira metade da década de 1990, era fácil defender que tais casos não versavam sobre nenhum tipo de judicial review propriamente, porque não se estava invalidando normas inglesas valendo-se da constituição não rígida inglesa, dos seus costumes ou princípios fundamentais. O que estava sendo feito era ratificar a hierarquia entre o direito da União Europeia e o Direito doméstico inglês.

Pois bem, este argumento (o de que não havia controle de constitucionalidade porque se tratava apenas de um sistema de Direito Comunitário) tornou-se dificilmente defensável com a aprovação do Human Rights Act, em 1998, dispositivo que trouxe um rol extenso de direitos fundamentais como não alienáveis por qualquer outro estatuto. Embora o ato "não autorize *expressamente* as cortes à invalidação da legislação ordinária, lhes conferiu expresso mandato para desafiar preferências parlamentares na aplicação das leis". Tanto o argumento quanto o trecho citado são de autoria de IP (2011, p. 222). Pelas mesmas razões, mostrei no capítulo anterior que Tushnet chama este modelo de "mandato interpretativo", como um exemplo de controle "fraco" de constitucionalidade.

Daqui, surge o que passou a se denominar "declaração de incompatibilidade" (DOI), e uma espécie de "interpretação conforme" a partir do qual o judiciário inicia um lento reconhecimento de incompatibilidade entre estatutos, porém não afirma expressamente a prevalência de um ou outro, nem tampouco o invalida. Ou seja, um espaço fértil para interpretação, mas com o rigor de se pensar que contra uma Lei o julgador nada pode. Contra o Parlamento, nada prevalece. O *statute* não se invalida, não se anula, não se torna sem efeito, mas pode *deixar de ser aplicado*¹⁰⁰.

O texto do *Human Rights Act* confere ao magistrado poderes típicos do controle jurisdicional: a Seção 03 fala em necessidade de ler e dar interpretação a toda a legislação

¹⁰⁰ Na experiência brasileira, também é possível esconder judicialmente o controle de constitucionalidade afastando a incidência, em todo ou em parte, de lei ou ato normativo do Poder Público. Vide a Súmula Vinculante de número 10: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".

com a máxima compatibilidade possível com esta Convenção de direitos, da forma mais expansiva possível, ou, nos termos próprios, "*In so far as it is possible to do so*" e a Seção 04 autoriza a Corte a efetuar a referida "declaração de incompatibilidade com o ato "DOI", quando esta for incompatível com o *Human Reform Act*. Isso devolve a matéria para o Parlamento, o qual tem poderes de veto. Porém, na quase totalidade das incidências, em sua reforma, o legislativo ratifica a incompatibilidade vista pelo Judiciário, e revoga a legislação incompatível (em IP, 2011, constam os diversos exemplos em que o legislativo vetou as legislações declaradas inconstitucionais pela Corte).

Isso levou autores a afirmar que à aplicação do *Human Reform Act* apenas faltava nomeá-la de controle de constitucionalidade, afinal, o Judiciário faz agora as vezes de consulta obrigatória das revogações pelo legislativo¹⁰¹.

Portanto, fica claro que no sistema inglês não há hierarquia entre o *Human Reform Act* e outras legislações, simplesmente porque na teoria constitucional inglesa, "importantes leis parlamentares como o Habeas Corpus Act ou o Bill of rights sempre podem ser revogadas, sem quórum qualificado, de forma tão simples quanto o Animal Welfare Act 2006". (IP, 2011, p. 226, traduzi). Ainda, não há o poder mandamental do magistrado da declaração de inconstitucionalidade, e subsiste o Poder de veto do Legislativo (superção do que a Corte decidiu).

Porém, a aplicação e interpretação do *Human Reform Act* é decisiva na operacionalização de outras leis (*statutes*) e isso torna o problema evidente. A polêmica "declaração de incompatibilidade" passa a ser autorizada pela Seção 04 por todos os Tribunais "*seniores*" do país: a Suprema Corte, a Corte de Apelação e outras instâncias recursais elevadas do Reino Unido. Tanto o HRA (chamado como parâmetro para incompatibilizar) quanto a Convenção Europeia de Direitos Humanos (usado para invalidar) mostram que a plena soberania do Parlamento foi mitigada, ao mesmo tempo que a Suprema Corte se torna protagonista no discurso constitucional do país.

O grande ponto para IP (2011, p. 222), é que todas estas penetrações do judicial review na Inglaterra representaram um contínuo processo de "concessões" do Legislativo ao

¹⁰¹“What is more, Parliament’s consistent voluntary compliance with non-binding declarations of incompatibility (DOIs) issued by the courts over the past 10 years has been said to imply that the HRA has endowed the judiciary with power to strike down Acts of Parliament in all but name (Wintemute 2006; Kavanagh 2009; Vermeule 2011).” (IP, 2011, p. 222).

Judiciário inglês, tratando-se de uma "escolha pública": permitir ao Judiciário a participação das definições em casos difíceis com o discurso de direitos fundamentais. Primeiro, de modo tímido com a Convenção Européia, depois de modo explícito com a legislação sobre direitos humanos.

É claro que esta admissibilidade à DOI está ligada à aderência popular ao controle jurisdicional, mas *sempre deixa o Parlamento com o poder de veto, não o Judiciário*. É incauto, de qualquer forma, dizer que a constituição não escrita inglesa não exerce controle de constitucionalidade, talvez ela não exerça apenas um modelo idêntico ao que conhecemos nas demais Cortes.

Este duplo desenrolar político e histórico inglês evidencia os seguintes elementos: causa rejeição o Parlamento e seus membros fazendo as vezes da função recursal jurídica (o que demandou uma reforma que criou uma suprema corte) e, sobre legitimidade, o controle de constitucionalidade pode surgir de outras fontes, contornando o apego que se têm ao modelo dogmático de controle. Acima de tudo, o caso mostra que a aderência ao exercício do controle de constitucionalidade ou ao menos à *legal reasoning* no país foi concomitante à necessidade de criação de uma corte Suprema¹⁰².

Em sistemas de países continentais europeus, ou mesmo na América Latina, não se observa um freio institucional evidente desta tendência jurisdicionalizante do exercício de controle, tão internalizada pelos modelos atuais no século XX. Parece que as Supremas Cortes já estavam dadas e incólumes na função da revisão judicial, inerentes a nossa condição, pré-concebidas, enquanto a Inglaterra deixa sua Suprema Corte para 2008. E isso após a década de 90, rica na produção constitucional do país com uma internalização tímida do "judicial review" e de discursos sobre direitos fundamentais, como vista acima, culminando em uma reforma constitucional que lhes entrega uma suprema corte. Não muito longe disso em tempo e espaço, o constitucionalismo popular criticava a função monológica das cortes.

Assim como o controle de constitucionalidade vai se tornando mais visível, a necessidade de criação de uma Corte Suprema surge como um processo consequente. Tudo

¹⁰² KANAVAGH (2010, p. 02), menciona o discurso oficial do governo: "**The considerable growth of judicial review in recent years has inevitably brought the judges more into the political eye.** It is essential that our systems are clear to all so that they can minimise the danger that judges' decisions could be perceived to be politically motivated. The Human Rights Act 1998, itself the product of a changing climate of opinion, has made people more sensitive to the issues and more aware of the anomaly of the position whereby the highest court of appeal is situated within one of the chambers of parliament" e ainda: "**The reason why the HUMAN REFORM ACT undoubtedly led to a change in judicial reasoning is that it gave the courts new jurisdiction to review primary legislation for compliance with a codified set of rights.** This jurisdiction, combined with the new interpretive powers which accompanied them, gave judges a sense of legitimacy in their new reviewing role, especially as it was Parliament which gave them their new powers". (2010, p. 10, grifei).

isso sem deixar de reafirmar a "supremacia" do parlamento, que sempre carrega o poder de veto (CLARK, 2011, p. 470). É necessária a "Corte" como a conhecemos para a revisão judicial se estabelecer *hermeneuticamente*, o que este estudo de caso ensina. Não encontrei trabalhos que façam esta conexão específica, apenas aponta-se as relevâncias da reforma, e as sutilezas daquele sistema¹⁰³. Com exceção de LE SEUR¹⁰⁴, não se observou a obviedade de que a busca por autonomia do Judiciário com uma Suprema Corte foi contemporânea ao desenvolvimento interpretativo do controle de constitucionalidade e do conflito entre Poderes, tão evidente nos desdobramentos da introdução da declaração de incompatibilidade. Isto não significa que analisar a reforma de tal modo seja *novidade*, apenas que a crítica ao controle de constitucionalidade se entrelaça com a reforma aqui discutida de modo sutil, talvez um laço contraditório, por demandar uma corte quando o controle de constitucionalidade vem à tona, para retirar, de imediato, o poder cabível ao parlamento. E o legislativo, enfim, segue quase necessariamente a orientação prévia do Judiciário, sempre versando sobre matérias sensíveis à comunidade política.

Alguns exemplos ajudam nesta visualização. Conforme IP (2011, p. 239), o caso *Bellinger v Bellinger*, processado três anos após o advento do Human Reform Act, declarou a Seção 11(c) do Matrimonial Causes Act incompatível com os artigos 8 (direito fundamental à privacidade) e 12 (direito fundamental ao casamento) da Convenção Europeia de Direitos humanos, determinando possível que um recém-operado transexual pudesse contrair matrimônio com outro homem, o que a legislação de 1973 vedava. Logo em seguida, o legislativo respondia com o *Gender Recognition Act 2004*, ratificando o direito à União matrimonial formada por gêneros diversos¹⁰⁵.

Também no caso *F. and Thompson vs Secretary of State for the Home Department*, com sua estrutura atual, a Suprema Corte definiu incompatível a Seção 82 do Sexual Offences

¹⁰³ Para o autor os magistrados continuam sendo as mesmas pessoas e fazendo o mesmo trabalho, e crucialmente, tendo as mesmas restrições, chamando as mudanças de cosméticas ou apenas comportamentais, o que não as torna irrelevantes: "These seemingly cosmetic changes have important symbolic and constitutional implications" (KAVANAGH, 2010, p. 04-07).

¹⁰⁴ Ver SUEUR, sobre a articulação política da reforma, ensaiada desde a década de 90 como sendo "apenas uma mudança de prédio" para se tornar a criação de uma corte suprema. De forma interessante, SUEUR vê a reforma como a gota d'água de um conflito executivo-parlamento-judiciário envolvendo os atores desse processo, lembrando que, desde 1995, o controle de constitucionalidade assumiu um papel mais incisivo no país: "David Blunkett, the Home Secretary, told one interviewer: 'Frankly I am fed up with having to deal with a situation where Parliament debates issues and the judges overturn them.' Judges criticised the Home Office in particular on sentencing guidelines, on immigration and asylum judgments, and in early 2004, on a proposal in the Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc) Bill which would have ousted the jurisdiction of the courts to supervise the legality of certain asylum decisions" (SEUER, 2010, p. 07-08).

¹⁰⁵ Estes casos são úteis porque facilitam visualizar a "força" da Corte Suprema relacionada à intervenção do Judiciário em elementos políticos (e sua antecessora, a Câmara dos Lordes) já se depararam. Isso significa que a Câmara dos Lordes também soube dar respostas envolvendo a técnica do judicial review.

Act de 2003 com o artigo 8 da Convenção Europeia (direito fundamental à privacidade). No caso, a legislação determinava a necessidade de todo condenado por crimes sexuais à pena de reclusão maior do que 30 meses, a um dever vitalício de informar e atualizar a polícia de seu paradeiro por um período não superior a 03 dias em caso de qualquer mudança. Estes casos ainda mantinham o funcionamento da Câmara dos Lordes.

Na jurisprudência da Suprema Corte recém-criada, ainda que com poucos anos de existência, já foram decididos diversos casos politicamente sensíveis. No primeiro ano de trabalhos de 2009, em “R v Horncastle and others (Appellants)”, a Corte admitiu a legitimidade processual de declaração de testemunhas não presentes, não interrogadas sob juramento ou impossibilitadas de declarações, por representarem práticas de longa data “nos costumes jurídicos fundamentais britânicos”. A decisão, contudo, foi reformada pela Corte da União Europeia. Em 2013, em “Prest (Appellant) v Petrodel Resources Limited and others (Respondents)”, a corte relativizou a autonomia (desconsiderou a personalidade) diante do véu corporativo de sete empresas de petróleo para repartir bens de mais de 22 milhões de libras esterlinas, em divórcio entre um nigeriano e uma britânica, valendo-se de “princípios jurídicos extraídos do sistema”. Em 2014, em “R (on the application of Nicklinson and another) (AP) (Appellants) v Ministry of Justice (Respondent)”, por sete votos a dois, a Corte proibiu, em um dos julgamentos mais polêmicos, um homem paralítico de dirigir-se a uma clínica de suicídios suíça para praticar eutanásia, usando a técnica do DOI (declaração de incompatibilidade). A Corte entendeu ainda que o “julgamento moral” consequente caberia ao parlamento. Em julho de 2011, particulares requeriam indenização alegando o apoio dos sistemas de segurança ingleses às prisões e maus-tratos sofridas em Guantánamo por americanos, porém sem oferecer provas ou documentação contra o Estado (pedindo a comprovação sob espécie de presunção). Em “Al Rawi and others (Respondents) v The Security Service and others (Appellants)”, a corte entendeu que tal indenização seria impossível sem elementos probatórios legítimos, por ferir “princípios mais fundamentais de um julgamento justo e do contraditório: cada lado ouve e vê todas as provas e argumentos perante o juiz”.

Em 2014, no caso “Greater Glasgow Health Board (Appellant) v Doogan and another (Respondents) (Scotland)”, a corte deu interpretações conformes ao Abortion Act de 1967 a partir Convenção Europeia de Direitos Humanos e ao Human Rights Act para traçar os limites em que o aborto é permitido, restringido o ato a hipóteses pontuais, normalmente quando do risco de vida da gestante ou do nascituro. De forma interessante, a técnica de declaração de incompatibilidade se espalhou para outros tribunais: a Corte de apelação (que não é a

Suprema Corte), declarou incompatível a lei “Terrorism Act” de 2000 com a convenção europeia dos direitos humanos, em virtude da prisão do jornalista brasileiro David Miranda, custodiado durante nove horas em aeroporto sem direito ao silêncio nem à representação de advogado, em razão da proteção da segurança nacional prevista na lei de terrorismo¹⁰⁶.

Estes e tantos outros julgamentos foram essenciais para o corpo político no país e exerceram, sem constituição dogmática, técnicas típicas da revisão judicial. Há então controle de constitucionalidade, mas sutil, no uso do HRA, aliado ao debate deliberativo clássico esperado de uma corte constitucional. Em entrevista, o Presidente da Corte afirmou ainda que, diferente do antigo órgão, o tribunal agora é mais “colaborativo” e “dialógico” na discussão de casos difíceis¹⁰⁷.

Portanto, é incorreto apontar que a HRA e outras fontes britânicas não representam ao menos um traço da constituição política britânica como o disse BELLANNY (2011, p. 102-111), sob o argumento central de que até mesmo na interpretação do texto do HRA prevalecem a soberania do Parlamento e a constituição histórica britânica. O que a reforma ensina é que todos estes elementos podem conviver conjuntamente: uma revisão judicial fraca, um estatuto e “princípios” fazendo as vezes de parâmetro de revisão judicial por invalidar outras leis, a tradicional soberania do Parlamento inglês, e a interação Suprema Corte-Parlamento. Não fosse isso, Richard Albert não classificaria a declaração de incompatibilidade britânica como um “advisory model of judicial review”¹⁰⁸.

Estes exemplos apontam que aquilo que a Corte define como “incompatibilidade” não deixa de representar, ao menos simbolicamente, um exercício do controle de constitucionalidade, porém não vinculante e mero “orientador” do parlamento. Tem sido imediato o ajuste do entendimento lançado pelas cortes de acordo com a Convenção Europeia frente ao Parlamento após a decisão, sanando o conflito, suspendendo-se a legislação declarada incompatível, e “cumprindo” (o verbo é *compiled*) a declaração de

¹⁰⁶ O brasileiro possuía arquivos sigilosos atribuídos a Edward Joseph Snowden, analista de sistemas refugiado e ex-administrador de sistemas da CIA: “David Miranda Vs Secretary of State for the Home Department, [2016] EWCA Civ 6”.

¹⁰⁷ “The current justices – none of whom wear gowns or wigs while sitting – are more “informal” and “relaxed”, he said. In the House of Lords, the tradition was you never discussed a case ahead of the hearing. Now we do. I think we’re also more ready to discuss things afterwards and work collaboratively.”. Disponível em <http://www.independent.co.uk/news/people/lord-neuberger-on-the-supreme-court-five-key-cases-from-its-first-five-years-9789269.html> Acesso em jul. 2016.

¹⁰⁸ “Constitutional forms of advisory review also exist in western democracies, including pre-promulgation review on the French Constitutional Council and declarations of incompatibility under the U.K. Human Rights Act” (ALBERT, 2008, p. 1062). O modelo “consultivo” proposto por Albert é uma tentativa de salvar a cláusula “notwithstanding” canadense, a qual permite ao legislativo suspender uma decisão judicial no judicial review canadense, por até cinco anos. O modelo “advisory” é um modelo consultivo, meramente recomendativo pelo judiciário, de alerta ao legislativo. Albert defende que apenas nos casos de unanimidade do julgamento seria possível a revisão judicial vinculante. Retornarei a este texto e argumentos no último capítulo.

incompatibilidade, o que sugere uma intercomunicação muito saudável na relação Parlamento-Judiciário. Tentamos algo parecido, com falhas e em evidente desuso, no artigo 52, X da constituição brasileira.

Não menos do que isso, a reforma britânica é a contraposição da prática de nosso sistema: aquilo que o Judiciário define não admitiria vetos. Rompe com o paradigma de que só seria possível controle de constitucionalidade em constituições dogmáticas e oferece um novo modelo dialógico. Os parâmetros são diversos textos e *princípios* fundamentais britânicos, não necessariamente um código, ampliação interessante para estudo dos brasileiros, em tempos de “estado de coisas inconstitucional”. Aos britânicos parece não mais caber o mito da *última palavra* no caso britânico, a repensar a forma de funcionamento de uma corte. Mas foi a construção judicial e interpretativa, por si mesma, quem *se encarregou* de conceder este mandato interpretativo para conquistar, aos poucos, reformas legislativas que os confirmam.

*

Por sua vez, os franceses atravessaram a reforma institucional e jurídica em prol da absorção da revisão judicial de forma semelhante, de modo que tanto modificações legislativas quanto técnicas decisórias se aliaram *criando* modelos de revisão judicial no país. Até o ano de 2008, considerava-se impossível sob o texto constitucional francês (ditado pela quinta República, adotado desde 1958) contestar a constitucionalidade de uma legislação promulgada diante de cortes do país ou obter um pronunciamento judicial a respeito. A reforma vindoura¹⁰⁹, efetivada e tornada vigente em março de 2010, possibilitou que o judiciário francês afastasse a aplicabilidade da lei inconstitucional diante de um litígio em andamento desde que assim seja decidido pelo conselho constitucional francês.

Desde 1989, teóricos e constitucionalistas estrangeiros olhavam com alguma admiração esta abstenção indiferente dos franceses por um modelo de revisão judicial repressivo. Martin Shapiro, por exemplo, escreveu: “I believe the French have the opportunity to greatly alleviate the democratic deficit problem of judicial review by emphasizing rather than de-emphasizing the party dimension of constitutional law” (SHAPIRO, 1989, p. 548),

¹⁰⁹ Loi constitutionnelle n° 2008-724, 2008, assim dispendo: « Art. 61-1.-Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

tratando com alguma ironia o trabalho realizado pelo Conselho constitucional até então, já que o Conselho se ocultava do inegável papel de corte constitucional que *já* desempenhava desde então¹¹⁰.

Contudo, não há se falar em qualquer modelo de revisão judicial como o que é conhecido pelos americanos, já que o sistema estava limitado a atos administrativos, uma vez que o modelo de freios e contrapesos no modelo francês é limitado e diametralmente oposto ao conhecido pelos americanos e influente no Brasil: não se admite uma corte judicial como limitadora da soberania dos atos legislativos.

Com a reforma, contudo, o Conselho Constitucional francês (*Conseil Constitutionnel*) pode decidir de forma vinculante acerca da constitucionalidade de uma lei quando demandada em casos incidentais¹¹¹. Até então, o órgão criado em 1958 detinha a mera função consultiva para eventuais indagações do chefe do poder executivo e poderia prevenir a promulgação de leis inconstitucionais. O artigo da constituição de 1958, por exemplo, permitia ao Conselho algumas hipóteses restritas de intervenção, como a revisão de lei inconstitucional, porém sempre efetuada de forma consultiva e *antes de sua promulgação*.

Ao longo do tempo, porém, o Conselho foi adquirindo a composição e característica de corte judicial, declinando cada vez mais razões, argumentos e análises dogmáticas sobre a constituição, embora o sistema francês permaneça ainda hoje firme na posição de não lhe conceder a função jurisdicional. Antes da reforma, aliás, teóricos afirmavam que era praticamente inviável fulminar a validade de uma legislação aprovada pelo Legislativo¹¹².

¹¹⁰ “I do not know whether I am for or against such a committee, but I am prepared to argue that it is more useful to see the CC as “like” such a committee than “like” the Supreme Court. Unlike the SC and like such a committee, the CC does look at legislation before rather than after its promulgation.3’ Like the Committee, its negative vote results in the statute not being promulgated and instead returned to the legislature to be rewritten. Like both such a committee, and the Supreme Court, the CC’s constitutional judgments are based on the subtle mixture of political, policy and legal considerations that are the bases of all constitutional judgments. And now comes the crucial point. Given the real nature of all constitutional judgment, the CC runs a large constitutional deficit like the SC if it is like the SC and a much smaller one if it is like the proposed committee. So why not think of it as like the proposed committee?” (SHAPIRO, 1989, p. 542).

¹¹¹ Loi constitutionnelle n° 2008-724, 2008: « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application » e « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

¹¹² “As a result, provided there was sufficient consensus amongst the Legislative and Executive branches, an unconstitutional law could be passed and no recourse was available within the French judicial system. The only recourse available was before the European Court of Justice for violation of European law (which to a certain extent provides similar guarantees) and this was only available if all judicial recourse in France was first exhausted. In short, it was, where possible, costly and time consuming to challenge a law for violation of basic rights guaranteed by the French constitution.” (CREELMAN, 2010, p. 02).

Portanto, a recente reforma foi reconhecida como um “big bang” jurisdicional por acadêmicos e constitucionalistas no sistema francês, e ainda aplaudida pelo líder dos representantes da advocacia parisiense, entendida como uma “revolução democrática” no país (CREELMAN, 2010, p. 02). A partir do procedimento do QPC (Question prioritaire de constitutionnalité), criou-se uma prejudicial incidental do mérito, argúvel por qualquer parte, peticionada ao juiz da causa, para que se exercesse a revisão judicial.

Se o magistrado entender relevante a arguição, submeterá o pedido à corte jurisdicional superior competente (Cour de Cassation em casos civis e criminais, ou Conseil d’Etat em matérias de direito público e administrativo), a qual poderá decidir se admite ou não a QPC dentro de alguns requisitos processuais que examinam a sua pertinência e relevância. Realizada tal filtragem, há duas possibilidades: se admitida a petição, suspende-se a causa de origem para análise do mérito pelo Conselho constitucional (o qual, repise-se: não integra a estrutura jurisdicional), porém, caso seja inadmitido o pedido, devolve-se a matéria para o magistrado julgar de acordo com a legislação vigente. Segundo PARIS, sobre a atuação do Conselho a partir de então: “It has now all the attributes of a constitutional court and some of a supreme court” (2014, p. 37).

O Conselho, caso demandado, limitará sua análise aos atos normativos internos franceses quando provocado, ou seja, não permite que sejam levantados questionamentos acerca de Tratados internacionais, direito comunitário da União Europeia e sua Corte supranacional¹¹³. Tem sido admitido, até hoje, questionamentos da Lei diante de fontes normativas como a Declaração dos Direitos do Homem e cidadãos de 1789; o Preâmbulo da Constituição de 1946; os direitos fundamentais reconhecidos pelas “Leis da República Francesa” (a que se refere o preâmbulo de 1946 Constituição), e o texto integral da Carta Ambiental de 2004.

Perceba-se a complexidade do sistema: O judiciário, propriamente dito, continua não enfrentando a matéria de inconstitucionalidade, mas, caso perceba que seus requisitos estão presentes e assim seja provocado, determinará a *remessa* do QPC ao Conselho administrativo competente. É uma interessante proposta dialógica e deliberativa *extra institucional*, eis que restrita a um órgão administrativo, uma vez que o Conselho é composto de forma mais

¹¹³ “The Court did not accept the interpretation that the QPC procedure could be implemented in parallel with the courts applying EU law. It maintained that under the QPC procedure, the judge a quo could not rule on the conformity of national law with EU law before dealing with the question of constitutionality” (RICHARDS, 2012, p. 04-05).

política do que jurídica¹¹⁴. Contudo, a fonte dos casos é oriunda de um processo judicial, um litígio de interessados, e seu julgamento com caracteres tipicamente jurídicos.

Há inúmeros argumentos que se levantaram depois de alguns anos e análises de alguns casos pelo Conselho em sua nova composição a partir destas novas funções, já que matérias sensíveis envolvendo casos difíceis foram entregues à análise para o Conselho¹¹⁵, como o caso da matéria de constitucionalidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, decidida em 2013 (Décision 2013-669 DC). Mas é preciso chamar a atenção para um elemento simples e evidente após a reforma: a grande maioria dos analistas que comentaram sobre a mudança tratam as novidades como baluartes cívicos, vendo com admiração e entusiasmo a introdução da revisão judicial na forma como realizada: “The French system of rights-based constitutional review is heading towards completeness and convergence with the dominant European model of constitutional review addressing the requirements of modern democracy” (PARIS, 2014, p. 04), ou ainda “En définitive, la QPC est un indéniable succès [...] Désormais, grâce à la QPC, un travail de nettoyage de l’ordre juridique peut être réalisé en permanence à l’initiative des justiciables” (LE BOT, 2015, p. 11).

A visão romantizada e ainda deslumbrada pelos modelos de revisão judicial *a posteriori* reflete o *status quo* tão contemporâneo da noção destes países acerca da supremacia judicial após recentes reformas constitucionais em alguns Estados de Direito. França e Inglaterra sugerem os ultimatums institucionais no sentido de que pareceria impossível ainda levantar bandeiras para combater a força da revisão judicial e dos papéis desempenhados pelas Cortes em democracias modernas. Em ambos os casos, os Estados viram o seu Judiciário conceder-se interpretativamente atribuições de revisão judicial que, com o tempo, o legislativo teve de aderir e conformar ao ordenamento jurídico.

¹¹⁴ A reforma estabelece que os julgamentos seguem o modelo parlamentar, isto é, um processo de votação nominal e com desempate incumbido ao Presidente do Conselho. É interessante o modo como seus membros são escolhidos: O Conselho é composto por ex-presidentes da República que optem por participar do conselho (contanto que não se envolvam diretamente na política), e outros nove membros com mandato não renovável de nove anos, um terço dos quais são designados a cada três anos. As três vagas são indicadas respectivamente pelo presidente da República, pelo presidente da Assembleia Nacional, e pelo presidente do Senado, cada um oferecendo um nome. O presidente do Conselho é escolhido pelo presidente da República. Não há imposição de notável saber jurídico ou formação em Direito, embora a reforma demanda que os membros não possam acumular o cargo de parlamentar ou ministro de Estado na função (artigo 56 da Constituição francesa).

¹¹⁵ “Significant rulings have enhanced the protection of rights and provoked changes in the legislation on, for examples, police custody, involuntary confinement and sexual harassment. The introduction of ex post review has profoundly modified the tenets of constitutional review. It represents a landmark in further development of constitutionalisation and in the achievement of constitutionalism in France” (PARIS, 2014, p. 03).

Contudo, no lugar de pacificar a questão, as novidades podem nos encaminhar a tantas preocupações quantos os avanços constitucionais que daqui decorrem. Em ambos os casos, a supremacia judicial vai tomando formas que parecem indestrutíveis.

CONCLUSÃO DO CAPÍTULO: O enfraquecimento da crítica e a abertura à hermenêutica

Os teóricos mencionados ao longo deste capítulo inicial reforçaram a importância de não aceitarmos passivamente a judicialização do controle de constitucionalidade das leis e das funções políticas inauguradas por um poder soberano e popular, o qual estaria indevidamente adormecido devido à processualização exageradamente burocrática da expertocracia judicial. A ciência política chamou o fenômeno de “senso comum teórico”, o constitucionalismo popular de “negação histórica” da constituição nas mãos do *povo*.

Então algumas propostas surgiram: juridicizar (sem entretanto judicializar) o legislativo, dentro da sugestão de Habermas por um *corpo especializado de juristas* interno ao legislativo, como consultores prévios da aprovação da lei; a proposta de Ingeborg Maus de releitura de autores clássicos para atacar frontalmente o papel da judicialização do controle de constitucionalidade e retomar a dignidade das “Ciências Políticas”; a chamada "esquerda alemã" de Grimm, Böckenford e Genninger, dialogando com o formalismo jurídico para afastar o substancialismo jurídico apelativo da supremacia judicial e, enfim, o profundo estudo de uma história constitucional em comparação com o papel contemporâneo da corte, para alcançar o constitucionalismo popular entre diversas correntes, que, hoje, são desdenhadas como “something called popular constitutionalism”.

Busquei o que deveríamos ter aprendido com estes autores em trinta anos de produção incansável para romper com os lugares-comuns da defesa da supremacia judicial, algo que se ressoou demonstrado mais tarde, em parte, também por alguns recentes trabalhos de campo nacionais sobre as mesmas premissas no século XXI: "a corte então não cumpre a função majoritária; e não defende direitos fundamentais a 90% do tempo de sua atuação, mas em seu lugar interesses corporativos" (BENVINDO; COSTA, 2014); a corte pode ser compelida por outros poderes em um jogo deliberativo", (MENDES, 2011) “a corte nega a história de uma constituição que serve como carta política” (GARGARELLA, 2014), ou, ainda, o conformismo: “em democracias ainda frágeis, direitos fundamentais precisam ser defendidos em oposição ao autoritarismo sobretudo em matéria eleitoral, e embora a corte não seja o ambiente ideal para tais debates, é a melhor instituição que ainda detemos para tanto, em ambientes com alternativas limitadas” (ISSACHAROFF, 2015).

Neste debate circular sobre legitimidade, fica claro que o controle de constitucionalidade é exercido com problemas republicanos e democráticos, mas que prevalece a reivindicação de que, “sem cortes”, ficaríamos desprotegidos. As respostas, basicamente repetidas, foram cíclicas nesses movimentos: *procedimentalismo*, atentando para uma postura deferente do Tribunal para com o legislativo, *reforço do Poder Legislativo* em detrimento dos mecanismos judiciais, a destituição de um lugar vangloriado da *expertocracia* judicial devolvendo legitimidade ao papel legiferante, a "reforma de revisão" que retiraria da incumbência judicial o controle ou o arrastaria para análises meramente formais da aplicação, ou ainda uma gramática de direito público que se preocupe com as decisões e *acusações* de que o judiciário não é a instância suprema da razão pública, atacando-se as decisões e as estratégias argumentativas da Corte.

Entretanto, esta produção não é suficiente para superar a supremacia judicial e ainda reside na contramão de alterações recentes em cortes conhecidas historicamente pela soberania parlamentar (surpreendendo-nos a instituição da revisão judicial na França e a criação da corte suprema na Inglaterra, como apontado acima, com atuação idêntica à técnica da revisão judicial, ambas interpretativamente colocadas). A crítica não abate o alvo.

Há ainda o problema de que, no caso do constitucionalismo popular, a crítica ainda foi feita longe de um aprofundamento necessário de estudos sobre o Poder Legislativo, de onde excepcionalmente trabalhos como o de Louis Fisher (1988), por conta de sua trajetória e preocupação com o funcionamento parlamentar e seu pioneirismo em demonstrar que *princípios* constitucionais surgem de um emaranhado de relações entre os três poderes. Uma emenda constitucional de revisão, retirando o controle de constitucionalidade, já foi chamada de utopia, e Mark Tushnet admite isso ao defender a revisão judicial do tipo fraco. Uma comissão de juristas especializados no legislativo, ou um Legislativo imponente, são todos desejos institucionais fugazes, o que demandaria também a emenda de revisão, sobre um sistema que parece incapaz de ruir.

Se pensarmos nas cortes ao redor do mundo e nos teóricos que a criticam, portanto, há um dado gritante: o fortalecimento lento de imposição interpretativa da corte, e uma falha dos teóricos em dirigir críticas que não desemboquem em teorias da última palavra. Então tudo aquilo que se fez contra a supremacia judicial resulta em um nostálgico esquecimento atualmente, ou o *label du jour*, como dito por Larry Alexander e Lawrence Solum (2005).

Afinal, a despolitização em direção ao judiciário ocorre enquanto toda a literatura acima nos alertava de muitos riscos no campo político. Nesta delegação de funções distraída, não faz sentido enfraquecer a ciência política diante da sua produção teórica, o grande recado de Ingeborg Maus que continua pendente. Por isso, propus que o fortalecimento da supremacia judicial ocorreu porque o oposicionismo político e jurídico às suas bases não é capaz de fazer frente ao objeto atacado, redundando em uma leitura de teorias da última palavra ou de um projeto “irrealizável”, algo em parte já observado por propostas deliberativas. Tudo conspira, enfim, para o fortalecimento da revisão judicial.

Por isso, quero seguir um rumo diverso a partir daqui na medida em que entendo que tais acontecimentos, a este tempo, abriram portas para que a *hermenêutica jurídica* como disciplina e a *teoria da decisão judicial* como solução sejam reforçadas, já que há no século XX encantamento por seu alcance dentro de um discurso filosófico do giro linguístico, da hermenêutica e da facticidade, como a *grande saída* diante do que estava a ocorrer neste cenário amplo: o desejo universal por cortes racionais que avaliem precisamente a legitimidade constitucional das normas em um procedimento adequado (porém *expertocrático*), e, infelizmente, bastante monológico. Porém, não vou analisar a relação entre hermenêutica e direito, isto já está feito. Pretendo analisar autores da filosofia *contrários* à hermenêutica.

Em suma, se todas as teorias acima não venceram a judicialização, se a supremacia judicial ainda encontrou subsídios para se fortalecer em países tradicionalmente conhecidos pela soberania parlamentar, o controle de constitucionalidade precisa ser *justificável, confiável, legitimado*. Há um ciclo de excessiva confiança desde a introdução de um imbricado sistema de controle judicial e fiscalização abstrata na década de noventa, dado o deslumbramento com a corte alemã e suas técnicas decisórias, partido sobretudo no Brasil por autores incumbidos da redação de manuais, como Gilmar Mendes, Paulo Bonavides, José Canotilho e Inocêncio Coelho. Esse mesmo ciclo se fortificou com o enfraquecimento de toda a crítica que apontei nesse capítulo. E é a “virada linguística e o giro hermenêutico” os elementos responsáveis por motorizar este ciclo cegamente.

No capítulo seguinte, portanto, mostrarei como o paradigma da linguagem e do giro-linguístico fazem parte do fortalecimento da sustentação deste imaginário metafísico construído para e pela doutrina com um propósito justificacionista da supremacia judicial em si, quando visualizado (um pouco apressadamente) que a constituição judicializada *venceu* em

um balanço de perdas e ganhos, sob o argumento conformista de autores como ISSACHAROFF (2015). A crítica que pretendo realizar à hermenêutica e à filosofia da linguagem, no campo da filosofia, é iniciada por autores como Deleuze, Derrida e Rorty sobre o paradigma da linguagem e da hermenêutica, que são autores frontalmente críticos à hermenêutica e céticos quanto à filosofia da linguagem. Pretendo simplesmente levar o argumento deles adiante para o direito, mostrando uma intensa relação entre os fenômenos por ambas as observações.

PARTE 2 FILOSOFIA E DIREITO CONSTITUCIONAL: HERMENÊUTICA

" A linguagem é, pois, o centro do ser humano. Realmente o homem é o ser que possui linguagem, segundo a afirmação de Aristóteles. [...] Tudo que é humano deve poder ser dito entre nós"

Hans-Georg Gadamer, Verdade e Método II, p. 182

“De modo bem simplificado, a história da filosofia teórica na segunda metade do nosso século pode ser caracterizada por duas correntes principais. De um lado, ocorre uma sinopse dos dois heróis, Wittgenstein e Heidegger [...] De outro, a análise empírica da linguagem” “A ausência de uma análise convincente da função representativa da linguagem, e, portanto, das condições de referência e verdade nos enunciados, permanecem sendo o calcanhar de Aquiles de toda a tradição hermenêutica”

Jürgen Habermas, Filosofia hermenêutica e filosofia analítica: duas versões complementares da virada lingüística p. 74/83

CAPITULO II. Prevalecendo a revisão judicial, o apressado discurso filosófico sobre a virada hermenêutica e sua legitimidade – e como oferece riscos

A sentença repetida desde o século XX ainda é: *ser-no-mundo-uns-com-os-outros*. Por e pela linguagem. Desde Nietzsche, Gadamer, Heidegger e Wittgenstein, a filosofia vê na linguagem o grande fenômeno teórico, o atributo do *ser no mundo* para fugir das explicações analíticas até então oferecidas para velhos problemas: a ética, a estética, a moral, a epistemologia. Mais de dois séculos antes, autores como John Locke já traçava relações entre linguagem, *ideia*, significado, sons e palavras¹¹⁶. Então no século XX desembocamos nesta onda inegável¹¹⁷ como o ponto de partida para se começar a fazer “filosofias da linguagem” desde então. Aliás, a crítica hermenêutica gadameriana faz demasiadas promessas partindo destas hipóteses¹¹⁸.

A partir destes conceitos, há a persistência em atribuir essa relação imbrincada entre filosofia da linguagem/nova hermenêutica/superação do sujeito solipsista. As máximas, basicamente, são: o ser é linguagem, sendo necessário o *desvelamento* do ser, a linguagem é o elemento constitutivo da condição humana, e a linguagem não está à disposição arbitrária do

¹¹⁶ “As palavras, na sua imediata significação, são sinais sensíveis de suas ideias, para quem as usa [...] sendo as palavras sinais voluntários, não podem ter sinais voluntariamente impostos por ele acerca de coisas que não conhece. Isso os tornaria sinais de nada, sons sem significado[...] Segunda porque os homens não pensariam em falar simplesmente com base em sua própria imaginação, mas das coisas como realmente são, portanto eles frequentemente supõem que *as palavras significam também a realidade das coisas*. [...] a menos que as palavras de uma pessoa **estimulem as mesmas ideias em quem as escuta**, tornando-as significativas no discurso, não fala inteligivelmente” (LOCKE, 1988, p. 90-93, grifei).

¹¹⁷ “Independentemente do que se pense sob esta rubrica, não há dúvida de que o problema da linguagem nunca foi apenas um problema entre outros. Mas nunca, tanto como hoje, invadira como tal o horizonte mundial das mais diversas pesquisas e dos discursos mais heterogêneos em intenção, método e ideologia [...] Indica, como que a contragosto, que uma época histórico-metafísica deve determinar, enfim, como linguagem a totalidade de seu horizonte problemático” (DERRIDA, 1973, p. 07).

¹¹⁸ “[...] justamente aqui que se encontra a função da teoria hermenêutica, a saber, inaugurar uma disposição geral capaz de bloquear a disposição especial de hábitos e preconceitos arraigados. A crítica da ideologia constitui uma forma especial de reflexão hermenêutica que busca desfazer criticamente certo tipo de preconceitos. Mas a reflexão hermenêutica tem alcance universal [...] a crítica hermenêutica só adquire sua verdadeira eficácia quando produz auto-reflexão, ou seja, quando consegue refletir sobre seu próprio esforço crítico, sobre suas próprias condições e dependências. Uma reflexão hermenêutica capaz de realizar essa auto-reflexão parece-me estar muito próxima de um verdadeiro ideal de conhecimento, porque torna consciente a ilusão da própria reflexão[...] Em todo caso, ao refletir sobre si própria, a consciência hermenêutica iluminista parece-me fazer valer uma verdade superior. Sua verdade é a verdade da “tradução”. A sua superioridade consiste em apropriar-se do estranho, não simplesmente dissolvendo-o criticamente ou reproduzindo-o acriticamente, mas conferindo-lhe nova validade a partir do momento em que o interpreta no horizonte dos seus próprios conceitos. A tradução permite que o estranho e o próprio se conjuguem numa nova configuração [...] ”. (GADAMER, 2001, p. 215).

sujeito (forte no elemento tradição), tornando-se a hermenêutica algo inescapável da condição humana na relação de conhecimento (antes de alcançar o nível apofântico).

Aqui se busca uma explicação filosófica (entretanto, analiso-a como um movimento comportamental para a teoria do direito recente) dentro do problema institucional da supremacia do judiciário. Decisão judicial voltada a um novo posicionamento que, em alguma medida, não deixa de ser discricionária caso atenda ao “novo paradigma linguístico-hermenêutico”. Isso porque alguns marcos teóricos recentes colocam dúvidas sobre a capacidade epistêmica do fenômeno linguístico e da hermenêutica.

Com isso, fica apontada a tensão entre o capítulo anterior e o presente. Não vejo sentido na troca institucional e política de um argumento pelo outro, sob a rubrica: hermenêutica-filosófica. A crítica à judicialização da constituição se deu ao mesmo tempo da crítica interpretativa pela filosofia da linguagem, sobressaindo-se esta última. E os caminhos se sobrepõem com isso: a nova hermenêutica levada ao direito não contém discricionariedades. Permite-os.

O que afirma um sistema jurídico com integridade é a possibilidade abstrata de uma resposta, a consciência filosófica da importância da linguagem ou da comunicação nesse processo decisório por parte de seus juízes? Seja valendo-se de princípios para reconhecer a virada do "giro-ontológico-linguístico", seja usando as ferramentas dos antigos: cânones, cláusulas gerais, etc., a prisão metafísica é a mesma.

Ainda não há a realização do sonho por um poder judiciário que cumpra “os paradigmas renovados da nova linguística”. Tudo isso ainda é silogismo normativo, apenas se valendo de argumentos mais sofisticados e praticados pelo próprio tribunal. Afetará, enfim, cada vez com maior gravidade a crença cega na supremacia judicial.

É à análise deste movimento e nesta linha argumentativa que quero dedicar este capítulo para a filosofia da linguagem visando alcançar a hermenêutica. O problema é que a linguagem e a hermenêutica partem de alguns pressupostos impossíveis de negação¹¹⁹. Pergunto: o giro linguístico revoluciona a filosofia, a hermenêutica, para dizer que revolucionou também a aplicação das normas? Ou ele apenas se casa com o projeto

¹¹⁹ Por exemplo, nas premissas: “O que constitui a vida da linguagem é o fato de jamais podermos nos afastar completamente das convenções da linguagem”. Ou ainda a transposição da semântica pela hermenêutica: “A hermenêutica toma por fundamento o fato de que a linguagem nos remete tanto para além dela mesmo como para além da expressividade que ela representa. Não se esgota no que diz [nível semântico] isto é, no que nela vem à fala”. (GADAMER, 2001, p. 207-209).

judicializante da constituição pelas cortes, enquanto a crítica à revisão judicial se enfraquecia? Para isso, apresento a análise dos autores que se voltaram *contra* o paradigma da linguagem e da hermenêutica na filosofia e então, conclusivamente, os puxarei novamente ao direito para os problemas surgidos a partir das mesmas premissas: “o *ser* é linguagem, a linguagem é constitutiva da condição humana, e a linguagem não está à disposição arbitrária do sujeito”. Os autores abaixo parecem negar quase totalmente essas premissas.

1. Deleuze contra Wittgenstein desde o abecedário de Claire Parnet;

É difícil compreender o que Deleuze pensava sobre a linguagem e a hermenêutica. Deleuze não escreveu sobre o que representa a sua negação a Wittgenstein, na verdade, nem mesmo falou de modo exaustivo a respeito da hermenêutica. Sabemos o que Deleuze pensava acerca do que é fazer filosofia, no sentido de *criar* conceitos, e sabemos também dos conceitos de *linguagem e rostidade* contidos em *Lógica do Sentido*, que não raro aproximavam-se de Wittgenstein no lugar de criticá-lo, mesmo reconhecendo-se em Deleuze uma “antivirada linguística”¹²⁰.

Para Deleuze parecia simples: Wittgenstein era inútil para a filosofia. O discurso acadêmico wittgensteiniano da época propunha uma novidade fracassada, ao se comprometer a criar algo novo e grandioso destruindo o critério básico para fazer filosofia: a atividade inventiva de criar conceitos, como visto na *mônada* de Leibniz. No *abecedário* encabeçado por Claire Parnet, as suas palavras são bastante enfáticas a ponto de Deleuze falar em catástrofe filosófica:

Parnet: Wittgenstein, sei que não é nada para você.

Deleuze: não quero falar sobre isso. Para mim é uma catástrofe filosófica, é a escola de regressão em massa de toda a filosofia, uma regressão massiva da filosofia. O caso de Wittgenstein é muito triste, sim, montou um sistema de terror, **sob o pretexto de fazer alguma coisa nova**, instauram a pobreza em toda sua grandeza, enfim, não há palavras para descrever esse perigo. É um perigo que se repete, não é a primeira vez que se repete, mas é grave. Sobretudo porque os *wittgensteinianos* são maus, eles quebram tudo! Se eles vencerem, haverá um assassinato da filosofia. São assassinos da filosofia.

Parnet: É grave então?

Deleuze: Sim, é preciso ter muito cuidado. (risos). (DELEUZE, PARNET, 1996, 2h40m, grifei).

¹²⁰ “Deleuze não está, portanto, tão distante das teses de Wittgenstein, o que nos possibilitou aproximá-los quando o assunto for estritamente linguagem. Mas a questão é que, para Deleuze, o assunto nunca está restrito à linguagem ou ao sujeito da linguagem ou aos jogos de linguagem. Interessou-lhe mais analisar o campo transcendental sem sujeito como é a noção de *acontecimento*. O sentido como acontecimento é produzido entre as palavras e as coisas; uma parte volta-se para a linguagem e outra parte sobrevoa as coisas e se constitui num problema a ser investigado”. (MOSTAFA, 2015, p. 42).

No mesmo trabalho, ao falar sobre comunicação, há outra crítica ao perigo universalizante da filosofia referente à comunicação tratando do tema da epistemologia, dando mais algumas pistas:

Há erros que não podem ser cometidos. A filosofia não cuida do universal, e ela possui os universais, o da contemplação, o da reflexão e o da comunicação. **Habermas é um exemplo desse último universal [...] quanto à comunicação nem se fala! A ideia de que a filosofia seja um consenso para se comunicar a partir dos universais da comunicação, achar que a filosofia busca universais da comunicação é a ideia mais divertida que eu já vi, a Filosofia não tem nada a ver com comunicação.** A comunicação se basta, é uma questão de opinião e consenso de opinião, é a arte da interrogação. A filosofia não se relaciona com isso. Como já disse, a filosofia cria conceitos. Não se comunica. A arte não é comunicativa, não é reflexiva, nem a Ciência, nem a Filosofia. Não é contemplativo, nem reflexivo nem comunicativo. É criativo, nada mais. (DELEUZE, PARNET, 1996, 2h20min, grifei).

A rejeição de Deleuze à Wittgenstein, portanto, não estava restrita à rejeição pessoal dos wittgensteinianos, mas também à comunicação como universal. Deleuze rejeita a ideia universalizante que se pretende com a comunicação, seja acreditando nela como condição da filosofia, seja dando a ela mais espaço do que representa. Deleuze entende que essas afirmações levam em conta o *convencionalismo* existente na linguagem da forma que Wittgenstein defendia.

A finalidade da linguagem é a comunicação, a facticidade, e o conflito da linguagem com o transcendental, isto é, com a atribuição *inata* de sentidos a signos. Como observou Agamben¹²¹. Mas Deleuze se questiona, por exemplo, como seria possível o *abstrato* ser interpretado, seja na arte ou na poesia não linear moderna, se não há nenhuma pré-compreensão de seus signos? Como seria viável o entendimento no plano abstrato se não fosse por alguma mimese dos corpos? O transcendental da comunicação permanecerá intacto. Como representar o sentido nestes campos, se ausente o sentido, dado o sentido como o convencionalismo da linguagem?

Desde a linguística, Deleuze verificou que há uma ausência de atenção a esses pontos, aqui, já que o estudo dos signos pressupõe um jogo minimamente *lógico* de sentidos

¹²¹ "[...] uma das tarefas mais urgentes do pensamento contemporâneo é certamente a redefinição do conceito de transcendental em função de suas relações com a linguagem [...] 'transcendental' deve aqui indicar, alternativamente, uma experiência que se sustente somente na linguagem, um *experimentum linguae* no sentido próprio do termo, em que aquilo que se tem experiência é a própria língua (AGAMBEN, 2008, p. 11)".

analíticos. Adiante, debatarei que alguns autores defenderão que Heidegger preveniu-se de tais problemas com a separação entre “modo apofântico” e “modo hermenêutico”. Mas, antes, a crítica de Deleuze vai mais longe. Onde estaria este choque, por exemplo, com os jogos de linguagem em Wittgenstein?

O primeiro conflito reside na essência do *primeiro* Wittgenstein para a linguagem, como a linguagem representando e encerrando o mundo, e “*nada mais*”. Este desejo universalizante, portanto, encontra a maior rejeição de Deleuze, que julga frustrante tal projeto. O segundo Wittgenstein, mais sofisticado nas investigações filosóficas, torna o exercício mais difícil, e abre o espaço para contrapor a filosofia hermenêutica de Heidegger como acolhida pelo Direito.

Autores da filosofia como DUE (2011, p. 359) pressupõem três razões para a contrariedade de Deleuze com o pensamento maduro de Wittgenstein: primeiro, porque o Wittgenstein das Investigações Filosóficas se perde numa duplicidade entre pragmatismo e fundacionalismo, na forma de racionalismo científico, em que a lógica seria o seu grande instrumento de trabalho. O programa filosófico de acusar toda a filosofia até então produzida de uma tentativa vã de buscar falsos problemas prévios (que não a linguagem) e, em seu lugar, buscar significação prática do uso das palavras pela lógica, não seriam exercícios aceitos para a filosofia em Deleuze (verificada como ato criativo e fazendo da própria língua o entender-se o incompreensível, a língua estrangeira dentro da própria língua). De novo, se ausente a atividade inventiva, há repetição do fracasso universalizante de reduzir a filosofia à comunicação.

Em segundo lugar, para Wittgenstein, o racionalismo metafísico clássico praticado por toda a filosofia até então está baseado em uma interpretação errada do que a linguagem significa ou poderia significar, pois perde a oportunidade de compreender o fenômeno linguagem. A tentativa de construir *conceitos* sem fundar-se no significado das palavras usadas no campo pragmático é um projeto falho, pois somente a prática linguística nos fornece significados e nos permite acessar o conhecimento. Para Deleuze, isso é absurdo. Esta limitação pragmática das capacidades dos pensamentos é falha porque a linguagem nunca está em um *catálogo*, ela se dinamiza e se reproduz, renovando a crítica à comunicação “universalizante”.

Este é um ponto central de discordância e repetimento: Deleuze traz como exemplo o abstrato, na arte, compreensível e sem pré-cometimento de signos. Não há significantes

catalogados nem jogos de linguagem, mas é possível significados. Está, novamente, recuperando-se a crítica do primeiro Wittgenstein que descrevi acima, eis que, por exemplo, Deleuze não entende como movimentos revolucionários abstratos na poesia surrealista e outros acessos artísticos ofereceram *insights* à filosofia que a linguagem ou a experiência humana não são capazes de atingir por seu "representacionismo" clássico, termo este tão técnico e complexo para Deleuze (DUE, 2011, p. 358).

Em uma palavra: há a potencialidade de razão nos signos que a linguagem não é capaz de acessar oferecendo significados. Mas o sujeito não deixa de compreendê-los. Como?

A linguagem poética, por exemplo, oferece um pensamento que ultrapassa a representação, sem necessariamente ser mística, e os juristas sabem bem disso desde Antígona. É simplesmente pensável, porém não representável pela linguagem como Wittgenstein gostaria em sua teoria dos jogos. Wittgenstein estaria em um eterno caminho errado ao pensar o campo reduzido da linguagem pelo convencionalismo e pelos jogos. Pela lógica. O projeto de "impossibilidade de qualquer sistematização da filosofia" impulsionado por Wittgenstein é a "estrutura de terror" avaliada por Deleuze.

Esse problema deságua na terceira razão de negação a Wittgenstein: a busca pela *essência das coisas na filosofia, e saber se a linguagem faz parte desse projeto*. Heidegger pensou a hermenêutica como capaz de destruir a metafísica pela diferença ontológica, já que o problema não é como a essência, o ser, pode ser interpretado, já que o ser precisa ser descoberto, desvelado (se até então insistíamos no ente). A questão em seu lugar é "como a compreensão é o próprio ser" (MILOVIC, 2007, p. 02). Enfim, o ponto central é que, para Deleuze, o caráter de ser contemporâneo pela linguagem reside em um contexto metafísico especulativo, não fugiu dele, e serve, como visto no abecedário, para indagar, interrogar, comunicar, nada mais.

A metafísica permanecerá então conosco, já está dada pela filosofia na forma de *conceitos*, assim como os dados sensíveis ou a razão matemática já estão dadas para o empirismo, mas a filosofia da linguagem ainda insiste em buscar sua filosofia da imanência (DUE, 2011, p. 361). Deleuze não pensa na linguagem como condição para fazer filosofia, não pensa na compreensão como o próprio ser. Linguagem para Deleuze é campo de "circulação da diferença", é "acontecimento", não estando aprisionada por "sentidos" da forma logocêntrica que se insiste em tentar conferi-la. Todos os conceitos permitem a construção de sistemas para permitir a comunicação, isso é óbvio, mas teorias da linguagem

ou teorias dos jogos não são autorreguladas. Desde Wittgenstein, é o oposto. Conceitos são palavras usadas fora e para além do espaço de seu contexto, dentro de um consenso prático linguístico pré-existente, sendo que a linguagem, a matemática e o pensamento se *autorregulam* automaticamente¹²². Aqui o argumento da tradição desde a obra *Ser e Tempo*, é muito relevante. Se a filosofia buscar a essência dos conceitos nas coisas ou nas condições para conhecer, pela investigação que faz, perde-se (novamente) na metafísica. Deleuze jamais aceitaria essas assertivas, porque, para ele, linguagem neste sentido de “atribuir sentido” não representa o processo *criativo* essencial à filosofia.

Por isso é necessário, aqui, aprofundar sua negação de Wittgenstein para compreender *o que é a linguagem* no todo da obra Deleuziana. Qual a função da linguagem, então, para Deleuze?

Deleuze esclarece que a premissa para compreender a linguagem é o elemento *rostidade*. O seu conceito para “rostos” não é antropomórfico, e também não se prende apenas à subjetividade. É mais do que isso. Mas bastaria para dizer que o elemento “rostidade” é o primeiro passo para Deleuze não reduzir a linguagem aos significantes, como o faz a pedagogia em sua acepção clássica. O conceito de rostidade¹²³, aliás, é muito mais profundo, mas o ponto central de conexão com a linguagem é essencial aqui: a capacidade que os signos detêm em produzir significados na linguagem continua conectada ao mundo da vida e ao emitente original. Todos os elementos (e não só as *pessoas*) são compostos de rostos, os fenômenos nos mostram seus rostos e cruzam seus horizontes com o observador. Deleuze não nega, portanto, a facticidade como elemento da linguagem para o agente comunicador, isso que conhecemos como o grande trunfo da subjetividade da filosofia da linguagem moderna, mas acha interessante trocar esta conexão husserliana mal explicada por um elemento conceitual, pelo *rostos*, pela *rostidade*:

¹²² Uma situação, uma forma de vida ou jogo de linguagem definirá esse sentido, conforme " when language games change, then there is a change in concepts, and with the concepts the meaning of words change" (WITTGENSTEIN, 1979, §65).

¹²³ “A questão, contudo, permanece: quando é que a máquina abstrata de rostidade entra em jogo? Quando é desencadeada? Tomemos exemplos simples: o poder maternal que passa pelo rosto durante o próprio aleitamento; o poder passional que passa pelo rosto do amado, mesmo nas carícias; o poder político que passa pelo rosto do chefe, bandeirolas, ícones e fotos, e mesmo nas ações da massa; o poder do cinema que passa pelo rosto da estrela e o close, o poder da televisão... O rosto não age aqui como individual, é a individuação que resulta da necessidade de que haja rosto. O que conta não é a individualidade do rosto, mas a eficácia da cifração que ele permite operar, e em quais casos. Não é questão de ideologia, mas de economia e de organização de poder. Não dizemos certamente que o rosto, a potência do rosto, engendra o poder e o explica. Em contrapartida, determinados agenciamentos de poder têm necessidade de produção de rosto, outros não” (DELEUZE; GUATARRI, 1996, p. 38).

A forma do significante na linguagem, suas próprias unidades continuariam indeterminadas se o eventual ouvinte não guiasse suas escolhas pelo rosto daquele que fala ("veja, ele parece irritado...", "ele não poderia ter dito isso...", "você vê meu rosto quando eu converso com você...", "olhe bem para mim..."). Uma criança, uma mulher, uma mãe de família, um homem, um pai, um chefe, um professor primário, um policial, não falam uma língua em geral, mas uma língua cujos traços significantes são indexados nos traços de *rostidade* específicos. (DELEUZE; GUATARRI, 1996, p. 29).

Mais do que tudo isso, o sistema de “língua da rostidade” permitirá alguma sistematização, criará seu sistema, sua unidade de aceitação-rejeição. Em alguma medida, os mesmos códigos binários (mais tarde tão apressadamente estudados pelo Direito) que apontara Luhmann também abrem vez pela rostidade. E é aqui que está, para Deleuze, o perigo do declínio da linguagem, quando se presta apenas para significar, dentro de padrões de aceitabilidade (sim-não, certo-errado, atendendo ou não à tradição):

De acordo com o outro aspecto, a máquina abstrata de rostidade assume um papel de resposta seletiva ou de escolha: dado um rosto concreto, a máquina julga se ele passa ou não passa, se vai ou não vai, segundo as unidades de rostos elementares. A correlação binária dessa vez é do tipo "sim-não" (DELEUZE; GUATARRI, 1996, p. 40).

Ou seja, a linguagem é o grande portão de entradas e saídas do conhecimento na relação com o outro. A comunicação permite tais acontecimentos, em uma intrínseca relação com o *eu* falante. Mas já na *Lógica do Sentido*, não se nega a possibilidade de a linguagem deixar-se escapar, permitindo tantas arbitrariedades em um *fora de sentido*:

Mas se existe uma outra ordem em que as significações valem e se desenvolvem por si mesmas, então elas são primeiras, nesta ordem, e fundamentam a manifestação. Esta ordem é precisamente a da língua: uma proposição não pode aparecer aí a não ser como premissa ou conclusão e como significante dos conceitos antes de manifestar um sujeito ou mesmo de designar um estado de coisas. E deste ponto de vista que conceitos significados, tais como Deus ou o mundo, são sempre primeiros relativamente ao Eu como pessoa manifestada e as coisas como objetos designados. **Em termos mais gerais, Benveniste mostrou que a relação da palavra (ou antes, de sua própria imagem acústica) com o conceito era a única necessária, não arbitrária.** Somente a relação da palavra com o conceito goza de uma necessidade que as outras relações não possuem, uma vez que permanecem no arbitrário enquanto as consideramos diretamente e que só saem dele na medida em que as referimos a esta primeira relação (DELEUZE, 1974, p. 13-15, grifei).

Aqui há a primeira conexão com o fio do problema da forma como foi arremessado para o direito. Deleuze acredita, com Wittgenstein, em uma relação não arbitrária da palavra com o conceito. Mas há uma infinidade de outras relações que extrapolam essa “idoneidade” conceitual, algo que pareceu tão entusiasmante para fundamentar as Teorias da decisão judicial (no sentido de que, se a linguagem não é arbitrária, forte no argumento de “tradição” heideggeriana, a decisão judicial também não pode sê-la). Mas esta observação da linguagem não pode ser transferida para o direito da forma tão apressada como tem sido feita. Ou com qualquer outra área do conhecimento que não seja a alimentação da língua em si mesma. É uma falsidade crer que subsiste uma capacidade autônoma da linguagem *ortopedicamente* consertar a indecidibilidade dos campos do saber. Assim como a relação lógica não permite uma teoria dos jogos tão aceitável na linguagem. De novo, pela “teoria dos jogos” e pela apreensão de tudo pela linguagem, a pintura, o abstrato, se tornariam ilegíveis:

Assim, a possibilidade de fazer variar as imagens particulares associadas à palavra, de substituir uma imagem por outra sob a forma de "não é isto, é isto", não se explica a não ser pela constância do conceito significado. Da mesma forma, os desejos não formariam uma ordem de exigências ou mesmo de deveres, distinta de uma simples urgência das necessidades, e as crenças não formariam uma ordem de interferências distinta das simples opiniões, se as palavras nas quais se manifestam não remetessem primeiramente a conceitos e implicações de conceitos que tomam significativos estes desejos e estas crenças. (DELEUZE, 1974, p. 17)

Portanto, há uma autonomia de significado *prévio* nas palavras, algo em parte já conhecido desde a tradição heideggeriana, o que irá permitir que construamos sentidos. Esse argumento filosófico nos faz crer que essa mesma *permissão* lógica de sentido seja transferível, com naturalidade, para a associação de silogística de transmissão de ideias (constitucional, por exemplo) na aplicação jurídica. Mas como fazer a transferência desse raciocínio para a complexidade deste movimento com tanta segurança (se sempre naturalmente argumentativo, não raro político?): “a lei A é inconstitucional”, “o ato B não é recepcionado pela constituição”, ou, em casos ainda mais delicados: “violar a lei orçamentária representa crime de responsabilidade”? Onde reside a pré-compreensão linguística, aqui, a permitir uma *resposta prévia*?

Recorrer à linguagem desse modo, nos passos de uma previsibilidade quase *dworkiniana*, não passa de uma nova vertente do direito natural ramificada na complexidade linguística dos signos: acreditar numa essência jurídica graças ao fenômeno da linguagem. Tal *essência* está, infelizmente, ainda ausente, e nenhuma das tradições jurídicas anteriores a que hoje nos colocamos estaria a deter *menos* apreensão jurídica do que após os avisos dos paradigmas deste elemento “autônomo” da tradição da linguagem. O que Deleuze nos sugere é que, na filosofia, não há esse empoderamento do elemento linguagem para construir sentidos. Então como haveria no direito?

Há ainda outros importantes problemas que coloca Deleuze na dúvida a respeito da própria essência *proposicional* da tradição *lógica* da linguagem. O problema da lógica das asserções, como no simbólico paradoxo oferecido no conto de Lewis Carrol “o que a tartaruga disse a Aquiles” e nas muitas figuras de linguagem resgatadas pelo próprio Deleuze no conjunto da obra *carroliana*. A breve narrativa assemelha-se muito ao paradoxo que encontramos na demonstração de proposições jurídicas: uma aceitação subsequente que é imposta quanto aos sentidos, no decorrer do tempo – no *ser aí* do sujeito (a história mostra os dois personagens correndo pelos séculos), agravada por um sentimento de *justiça* esfumado, mas sempre presente. Então a filosofia da *linguagem* e a previsibilidade não arbitrária permitem que a democracia e os direitos fundamentais subsistam? A ética e a política se debruçam sobre este acontecimento, mas este ainda não é agraciado pela previsibilidade da linguagem, pela *ontologia do ser* que teria como morada uma coesa e confortável linguagem.

Em uma precisa simplificação de Deleuze sobre o episódio de Lewis Carrol: “Em suma: de um lado, destacamos a conclusão das premissas, mas com a condição de que, de outro lado, acrescentemos sempre outras premissas das quais a conclusão não é destacável. É o mesmo que dizer que a significação não é nunca homogênea; ou que os dois signos “implica” e “logo” são completamente heterogêneos” (DELEUZE, 1974, p. 14). De novo o problema da abstração trata do problema da relação dos signos com as coisas. Há sempre arbitrariedade na linguagem, há sempre o “arbitrio das designações”:

Mais diretamente ainda, Lewis Carroll pergunta: como os nomes teriam um “correspondente”? E que significa para alguma coisa “responder” a seu nome? E se as coisas não respondem a seu nome, que é que as impede de perder seu nome? O que é que sobraria então, salvo o arbítrio das designações às quais nada responde e o vazio dos indicadores ou dos designantes formais do tipo “isto” tanto uns como os outros destituídos de sentido? É certo que toda designação supõe o sentido e que nos instalamos de antemão no sentido para operar toda designação. [...] **Concluir-se-á**

que o sentido reside nas crenças (ou desejos) daquele que se exprime. "Quando emprego uma palavra, diz também Humpty Dumpty, ela significa o que eu quero que ela signifique, nem mais nem menos. .. A questão é saber quem é senhor e isso é tudo". [...] Eis por que o último recurso parece ser o de identificar o sentido com a significação. (DELEUZE, 1974, p.19, grifei).

Mas isso faz de Deleuze um cético absoluto da linguagem apenas pelo desejo? Não. A arbitrariedade presente na linguagem não significa que a linguagem será abandonada, muito menos que o direito conviverá com o total desprendimento entre norma e texto, entre significante e significado. Mas o alerta nos ajuda a compreender a complexidade do fenômeno linguístico como *inapta* a jogos lógicos, e a insuficiência do exercício da previsibilidade jurídica na importação desse argumento filosófico. Mais adiante Deleuze oferecerá à linguagem um papel relacional, e não propriamente essencial para a compreensão:

O atributo não é um ser e não qualifica um ser; é um extra-ser. Verde designa uma qualidade, uma mistura de coisas, uma mistura de árvore e de ar em que uma clorofila coexiste com todas as partes da folha. Verdejar, ao contrário, não é uma qualidade na coisa, mas um atributo que se diz da coisa e que não existe fora da proposição que exprime designando a coisa. [...], mas aqui não se trata de um círculo. [...] é, exatamente, a fronteira entre as proposições e as coisas[...] o acontecimento pertence essencialmente à linguagem [...] Ele mantém uma relação essencial com a linguagem; mas a linguagem é o que se diz das coisas. (DELEUZE, 1974, p. 18).

A linguagem, assim, não substitui os fenômenos nem se reproduz automaticamente pelas coisas, é um predicado delas. Os jogos não se reproduzem em uma teoria dos jogos alimentada pela linguagem e a linguagem não é a morada do ser nem o universal da filosofia. A linguagem apenas é, ou, melhor do que isso, a linguagem apenas está presente, é o que se diz das coisas. Nada mais. A linguagem não constitui, não é prevalecte. Não cabe reduzi-la a um universal da filosofia para apreender o todo da epistemologia, ou fundamentar as proposições na capacidade da comunicação. A linguagem, enfim, é *apenas* um dos planos que se fez reconhecer pela *insistência*, eis que o ser está fora da linguagem (ou ao menos não se reduz a ela), e não se identifica como a sua morada, tal qual a tradição heideggeriana¹²⁴.

¹²⁴ "A univocidade significa a identidade do atributo noemático e do expresso linguístico: acontecimento e sentido. Assim ela não deixa o ser subsistir no vago estado que tinha nas perspectivas da analogia [...] ela o arranca aos existentes para referi-lo a eles em uma vez, abatê-lo sobre eles para todas as vezes. Puro dizer e puro acontecimento a univocidade põe em contato a superfície interior da linguagem (insistência) com a superfície

Na vigésima sexta série dedicada à linguagem Deleuze oferecerá na *Lógica do Sentido* também o substrato de seu pensamento em oposição ao paradigma do fenômeno linguístico. E chamará a linguagem de “acontecimento”: “o acontecimento que resulta dos corpos, de suas misturas, de suas ações e paixões”¹²⁵. A linguagem implica assim em exprimir acontecimentos, mas está constantemente fora do ser: “Ele [o verbo infinitivo] põe a interioridade da linguagem em contato com a exterioridade do ser. Assim, herda da comunicação dos acontecimentos entre si; e a univocidade se transmite do ser na linguagem, da exterioridade do ser na interioridade da linguagem”¹²⁶. O corpo, o acontecimento, é linguagem.

Também na análise da obra de Foucault, fica ainda mais evidente o quanto Deleuze (2005) preocupa-se em encontrar as rupturas, desde a *Ordem do discurso*, com autores como Nietzsche e Heidegger, por meio dos últimos trabalhos de pesquisa foucaultianos. Eis que, para Foucault, toda forma é um “composto de relações de forças”, e a linguagem seria um dos elementos de composição de força humana (na estrutura linguagem, vida e trabalho), permitidos pelos eixos “Luz” e “Linguagem”. Isso levou Deleuze a encontrar em Foucault uma distância entre *luz* e *linguagem* permitida pela fenomenologia. Luz, como o que “cria forma”, é o que permite perspectivas propriamente imanentes, como o fenômeno, aquilo que se mostra, enquanto a “linguagem” reproduz a arte da fala:

Nem a linguagem nem a luz serão consideradas nas direções que as relacionam uma com a outra (designação, significação, significância) da linguagem; meio físico, mundo sensível ou inteligível, mas na irredutível dimensão que cada uma lhes dá, cada uma *suficiente e separada* uma da outra, o “há” da luz e o “há” da linguagem. Toda a intencionalidade desaba na abertura entre as duas mônadas, ou na “não-relação” entre ver [luz] e falar [linguagem]. Pois ver e falar é saber, mas nós não vemos aquilo de que falamos, e não falamos daquilo que vemos, e, quando vemos um cachimbo, não deixamos de dizer (de várias maneiras) “isso não é um cachimbo...” como se a intencionalidade se negasse a si própria, desabasse sozinha. Tudo é saber, e esta é a primeira razão pela qual não há experiência selvagem [primitiva]: não há nada antes do saber, nem embaixo dele. Mas o saber é irredutivelmente duplo, falar e ver [...] E em Heidegger, depois em Merleau-Ponty, o ultrapassar da intencionalidade se fazia em direção ao Ser, à dobra do Ser. Da intencionalidade à dobra, do ente ao ser, da fenomenologia à ontologia. Os discípulos de Heidegger nos ensinaram a que ponto a ontologia era inseparável da dobra, visto que o Ser era essencialmente a prega que ele fazia com o ente (DELEUZE, 2005, p. 116-117).

exterior do ser (extra-ser). O ser unívoco insiste na linguagem e sobrevém às coisas; ele mede a relação interior da linguagem com a **relação exterior do ser**” (DELEUZE, 2005, p. 100, grifei).

¹²⁵ (DELEUZE, 1974, p. 101).

¹²⁶ (DELEUZE, 1974, p. 102).

Desta importante abertura para a dobradiça do Ser: composta da “prega” entre *ser* e *ente*, a conclusão de Deleuze é que não há a autonomia de uma Filosofia hermenêutica no processo de conhecimento, pois a linguagem é apenas um dos seus episódios, não propriamente o fundacional.

Sumarizando Deleuze acima: não há nada antes do saber nem embaixo dele (a linguagem não permite essa precedência) e a fenomenologia husserliana lembrou-nos disso. A “Luz e a Linguagem” (uma substituição interessante para o problema do racionalismo e empirismo), para Deleuze, a partir das lições de Foucault, representam os dois grandes eixos onde o saber do mundo se reproduzem e se disseminam, mas nem um nem outro são a possibilidade, muito menos a pré-condição do saber. Claro que a linguagem limita o entendimento, mas ela não censura nem traz fronteiras ao conhecimento (ou os neologismos seriam inviáveis). Assim Deleuze derruba outra grande premissa da filosofia da linguagem, enquanto elemento que “constitui” o mundo:

[...] os estratos são atravessados por uma fissura central, que reparte de um lado os quadros visuais, de outro, as curvas sonoras: o enunciável e o visível em cada estrato, as duas formas irreduzíveis do saber, Luz e linguagem, dois vastos meios de exterioridade onde se depositam, respectivamente, as visibilidades e os enunciados”. Estamos então presos a um duplo movimento [...] se não, como as duas metades do arquivo poderiam se comunicar, e enunciados aparecerem sob quadros, e quadros ilustrarem os enunciados? (DELEUZE, 2005, p. 128).

Deleuze apreendeu com isso que não há a autonomia *fidel* entre palavras, frases e proposições. Há enunciados¹²⁷.

Com isso, há a reunião dos corpos. Os gestos mímicos dos corpos. Deleuze falará que o “corpo é um silogismo disjuntivo”, a linguagem como ovo em vias de diferenciação (devir), ou seja, aponta uma relação intrínseca dos corpos com a linguagem, tal qual o fez com o elemento *rostitude*. Autores como Marquês de Sade aparecem aqui por representar um dos marcos teóricos que combatia os dois grandes movimentos de pensamento prevaletentes na França: a teologia e o racionalismo; ao tempo em que a história descobria a importância da

¹²⁷ “As palavras, frases e proposições retidas no corpus devem ser escolhidas em torno de focos difusos de poder (e de resistência) acionados por esse ou aquele problema [...] Então uma vez constituído o corpus, pode-se determinar a maneira pela qual a linguagem se agrega a esse corpus, cai sobre ele, é o ser da linguagem de que falavam As palavras e as coisas” (DELEUZE, 2008, p. 28).

perversão dos corpos, já que “há um legado de Sade. Procurávamos antes a estrutura” (DELEUZE, 1974, p. 289), onde se indica ainda o erotismo das obras de Klossowski e Gombrowicz:

A presença de tais descrições assume então uma função linguística: não se trata de fala dos corpos tais como são antes da linguagem ou fora da linguagem, mas ao contrário, de formar com as palavras um corpo glorioso para os puros espíritos. [...] de uma outra maneira, nossa época descobre a teologia. Não temos mais necessidade de acreditar em Deus [...] Realiza-se a predição de Nietzsche sobre o laço entre Deus e a gramática; mas desta vez o laço é reconhecido, querido, atuado, mimetizado, “hesitado”, desenvolvido em todos os sentidos da disjunção, posta a serviço do anticristo, Dionísio crucificado [...] (DELEUZE, 1974, p. 289).

Para estas correntes não havia o obsceno em si, dado o movimento literário de autores resistentes ao envergonhamento linguístico na narrativa. É que o ato da linguagem fabrica um corpo para o espírito, “e é esta a sua maneira de superar a metafísica: a argumentação mímica e pantomima silogística, o dilema do corpo e a disjunção no silogismo”¹²⁸. Deleuze quer afirmar que “tudo começa com esse brasão”, esta reflexão entre corpo e linguagem (rostidade). Aqui, chega-se enfim a conclusão do que é a linguagem para Deleuze, retornando ao abecedário: linguagem é corpo. Mas não em uma identidade *lógica*, $a=b$ como *linguagem=corpo*. Assim seria no mínimo contraditória a sua negação a Wittgenstein. O que Deleuze propõe é uma figura de crosta, de hospedeiro, de ligação inseparável e indissolúvel entre corpo e linguagem:

Se os gestos falam e primeiro porque as palavras mimetizam os gestos: "O poema Épico de Virgílio é, com efeito, um teatro em que são as palavras que mimetizam os gestos e o estado de alma dos personagens. São as palavras que tomam uma atitude, não os corpos; que se tecem, não as vestimentas; que cintilam, não as armaduras ..." E haveria muito a dizer sobre a sintaxe de Klossowski, feita ela própria de cascatas e de suspensões, de flexões refletidas. Na flexão há esta dupla "transgressão" de que fala Klossowski: da linguagem pela carne e da carne pela Linguagem Ele soube tirar daí um estilo, uma mimética, ao mesmo tempo uma língua e um corpo particulares. [...]É na linguagem, no selo da Linguagem, que o espírito apreende o corpo os gestos do corpo, como o objeto de uma repetição fundamental. É a diferença que dá a ver e que multiplica os corpos; mas é a repetição que dá a falar e que autentifica o múltiplo, que dele faz acontecimento espiritual (DELEUZE, 1974, p. 296- 298).

¹²⁸ (DELEUZE, 1974, p. 290).

A linguagem perde assim a sua função designativa (seu elemento integridade) para assumir um papel *criador* (o elemento é subversão). Mas esse papel sempre existiu. Deleuze usa Klossowski quando falará em valor “emocional” da linguagem, valor expressivo da linguagem, não valor *lógico* da linguagem como quis Wittgenstein ou valor *constitutivo* como quiseram Heidegger e Gadamer. Deleuze não dá à linguagem um papel tão mágico e acabado. Em determinado momento dos diálogos com Parnet, falará que “conseguir gaguejar em sua própria língua, isso é um estilo [...]”. Deleuze não quer fazer colagem do ser com a linguagem, nem encontrar algo de homogêneo ou métrico na linguagem para sobrepor a metafísica, ele quer, parafraseando Proust, que sejamos bilíngues em uma mesma língua, já que “Os belos livros são escritos em uma espécie de língua estrangeira [...] Sob cada palavra cada um coloca seu sentido ou, ao menos, sua imagem que, no mais das vezes, é um contrassenso” (DELEUZE, 1996).

A linguagem então detém esse aspecto lúdico, artístico. A linguagem não é a morada do ser, talvez seja o brinquedo do ser¹²⁹. Por isso a persistência nos corpos, na superfície, e nos autores que traçam os paradoxos na literatura.

Para concluir, alguns pontos precisam ser delimitados. Ao negar a filosofia da linguagem, Deleuze não reconstitui o lugar cartesiano do racionalismo nem dar novo lugar à metafísica. Em determinado momento, condenará, inclusive, o solipsismo: “O céu solipsista não tem profundidade: estranho preconceito que valoriza cegamente a profundidade em detrimento da superfície e que pretende que superficial significa não de vasta dimensão, mas pouca profundidade”. (DELEUZE, 1974, p. 324), já que o conceito de superfície, e de contato entre corpos, é algo caro para Deleuze. Para uma relação linguagem-rostos, a linguagem é autoridade, não liderança:

Se a própria linguística procede por dicotomias (cf. as árvores de Chomsky onde uma máquina binária trabalha o interior da linguagem), se a informática procede por sucessão de escolhas duais, não é tão inocente quanto se poderia crer. Talvez seja porque a informação é um mito e a linguagem não é essencialmente informativa. Antes de tudo, há uma relação linguagem-rostos, e, como diz Félix, a linguagem é sempre indexada sobre traços de rostos, traços de “rostidade”: olhe para mim quando falo com você... ou então, abaixe os olhos... O quê? O que foi que você disse, por que você está com essa cara? O que os lingüistas chamam de “traços distintivos” não seriam sequer discerníveis sem os traços de rostidade. E é ainda mais evidente pelo

¹²⁹ “[...] nos belos livros, porém, todos os contra-sensos são belos. É a boa maneira de ler: todos os contra-sensos são bons, com a condição, todavia, de não consistirem em interpretações, mas concernirem ao uso do livro, de multiplicarem seu uso, de criarem ainda uma língua no interior de sua língua”. (DELEUZE, 1998, p. 04).

fato de a linguagem não ser neutra, não ser informativa. A linguagem não é feita para que se acredite nela, mas para ser obedecida. (DELEUZE, 1998, p. 06).

Portanto, Deleuze rejeita o universal da linguagem em sua obra. Seja no conceito de rostidade, no combate ao projeto wittgensteniano e, por fim, à compreensão das propostas foucaultianas sobre o ser da linguagem¹³⁰. A linguagem em Deleuze ainda está conectada à formulação de códigos binários coesos, mas na dura conexão linguística e linguagem não haverá uma resposta coesa para o problema dos signos e dos significantes, muito menos para o desvelamento do *ser*.

A linguística só encontra na linguagem o que já está nela: o sistema arborescente da hierarquia e do comando. O Eu, o Tu, o Ele são profundamente linguagem. É preciso falar como todo mundo, é preciso passar por dualismos, 1-2, ou até mesmo 1-2-3. Não se deve dizer que a linguagem deforma uma realidade preexistente ou de outra natureza. A linguagem tem a primazia, ela inventou o dualismo. **Mas o culto da linguagem, a ereção da linguagem, a própria linguística é pior do que a velha ontologia, cujo lugar ela tomou.** Devemos passar por dualismos, porque eles estão na linguagem, não tem jeito, mas é preciso lutar contra a linguagem, inventar a gagueira, não para alcançar uma pseudo-realidade prélingüística, e sim para traçar uma linha vocal ou escrita que fará a linguagem passar entre esses dualismos, e que definirá um uso menor da língua, uma variação, como diz Labov (DELEUZE, 1998, p. 29, grifei).

Ou seja, a ontologia tomada pela “ereção” linguagem foi o movimento de passagem do século XIX para o XX. E esses são alguns exemplos das tentativas já oferecidas para compreender a distância entre Deleuze e a filosofia da linguagem, e aquilo que encontrei de mais eficiente para explicar o embate, um embate quase silencioso nas obras escritas de Deleuze. Talvez seja uma descrição razoável a culminar no trecho curto e agressivo de Deleuze para Wittgenstein e o que “escola” wittgensteiniana representa.

Por fim, há um caminho a ser traçado quanto ao problema dos *signos* no embate de Deleuze. E esse é um último ponto para compreender sua negação a Wittgenstein,

¹³⁰“Há, portanto, várias línguas em uma língua, ao mesmo tempo que todo tipo de fluxos nos conteúdos emitidos, conjugados, continuados. A questão não é “bilíngüe”, “multilíngüe”, a questão é que toda língua é tão bilíngüe em si mesma, multilíngüe em si mesma, que se pode gaguejar em sua própria língua, ser estrangeiro em sua própria língua, ou seja, levar sempre mais longe as pontas de desterritorialização dos agenciamentos. Uma língua é atravessada por linhas de fuga que conduzem seu vocabulário e sua sintaxe. E a abundância do vocabulário, a riqueza da sintaxe são apenas meios a serviço de uma linha que se julga, ao contrário, por sua sobriedade, sua concisão, sua abstração: uma linha involutiva não apoiada que determina os meandros de uma frase ou de um texto, que atravessa todas as redundâncias e rompe as figuras de estilo. É a linha pragmática, de gravidade ou de celeridade, cuja pobreza ideal comanda a riqueza das outras. Não há funções de linguagem, e sim regimes de signos que conjugam, a um só tempo, fluxos de expressão e fluxos de conteúdo” (DELEUZE, 1998, p. 94).

contribuindo para a rejeição dessa *nova maneira de fazer filosofia*. Como visto em sua obra *lógica do sentido*, Deleuze analisou a linguagem como um atributo do ser, pensando no problema de que as proposições exigem novas proposições. Nunca se alcança um sentido absoluto, portanto, pela linguagem. Há apenas a possibilidade de sentido. Ato-potência. Mas isso exige também uma falta de sentido, porque há uma cadeia infinita de sentido a partir das proposições, onde o sentido pode estar e não estar presente ao mesmo tempo.

A possibilidade de obter sentido com signos, portanto, não significa que a comunicação nos trouxe essa possibilidade absoluta em uma regra do jogo, a mundialidade ou vivência que já é dada, tal como aprendemos com as contradições irônicas de Wittgenstein. Podemos compreender um sentido totalmente diverso do que a comunicação convencional nos oferece, e ainda assim, "fazer o sentido". Aquele mágico momento husserliano de "horizontes que se cruzam", também seria possível onde o convencional não existe.

Deleuze se aproximou de Bergson neste ponto, no sentido de que o problema da multiplicidade dos significantes é maior do que um problema lógico. Não há espaço aqui para falar em Bergson, mas resulta no problema de que uma proposição *a*, que terá um sentido *a'*, precisará de outra proposição *b* para ser compreendida. Assim o sujeito que fala só se refere a algo, caso presumir uma compreensão em uma escala infinita¹³¹. Por isso a literatura de Lewis Carroll está tão presente na obra deleuziana, e a imagem do conto de Aquiles e a tartaruga é tão precisa. Não há uma identidade absoluta entre proposição e sentido como oferece a lógica e o diálogo infinito entre Aquiles e a tartaruga (e assim por diante entre texto e norma, significante e significado), se, para explicar o significado de um nome eu sempre precisarei de outro nome, ou outros nomes. Aliás, se houvesse uma correspondência absoluta nas significações (proposição-sentido), o "abstrato", a poesia, a literatura, ficariam todas comprometidas, incompreensíveis, e, como bem sumariza SALES (2006) os dicionários seriam absolutos¹³². Seria terrível ainda não poder trabalhar na literatura com a *ausência*

¹³¹ "Paradoxo da regressão ou da proliferação indefinida. Quando designo alguma coisa, suponho sempre que o sentido é compreendido e já está presente. Como diz Bergson, não vamos dos sons às imagens e das imagens ao sentido: instalamo-nos logo "de saída" em pleno sentido. O sentido é como a esfera em que estou instalado para operar as designações possíveis e mesmo para pensar suas condições. Sentido está sempre pressuposto desde que o eu começo a falar; eu não poderia começar sem esta pressuposição. Por outras palavras: nunca digo o sentido daquilo que digo. Mas, em compensação, posso sempre tomar o sentido do que digo como objeto de uma outra proposição, da qual, por sua vez, não digo o sentido. Entro então em uma regressão infinita do pressuposto". (DELEUZE, 1974, p. 31).

¹³² "De fato, se tivéssemos uma função absoluta, uma inequívoca correspondência entre proposição e sentido, **os dicionários seriam obras perfeitas e acabadas, a linguagem perderia todo o seu dinamismo e, pior, perderia seus poetas. [...] proposições que designam objetos contraditórios não deixam de ter um sentido.** A designação de uma tal proposição não existe, pois o sentido não tem como se efetuar em um estado de coisas.

presente de seus personagens, suas subliminares referências, o escondido na literatura, a transferência ou transposição nas metáforas¹³³.

Quero apenas enfatizar nesse ponto que a argumentação de Deleuze, a da falta de sentido fora da linguagem, fora dos jogos, como apta a fazer todo o sentido¹³⁴, descalça o argumento (seguido pela tradição hermenêutica e filosófica) das pré-condições linguísticas e da linguagem como *tradição* pelo sentido *logocêntrico*, mesmo que essas manifestações sejam particulares, e nada mais é do que rejeitar a importância da facticidade e da comunicação na filosofia, algo que, por outro lado, o século XX idolatrará. O *Dasein* em Heidegger é apropriado exatamente neste ponto, já que adveio carregado desse empuxo filosófico.

Parece claro que, aqui, Deleuze admite um argumento em comum com o que Wittgenstein tratou nas investigações filosóficas: o de que os jogos se alimentam. Mas a distância ainda é evidente. Deleuze não apenas rejeitava, mas expressou ter pavor do exercício acadêmico wittgensteiniano, o de reduzir a filosofia à comunicação ou à linguagem como vimos no abecedário, simplesmente porque a filosofia não é composta deste "universal" da linguagem. Esse projeto, portanto, refere-se ao que Deleuze carregava no discurso quanto à tentativa de "fazer algo grandioso, instaurando a pobreza em toda a sua grandeza".

Ficou claro também o quanto Deleuze é um dos poucos resistentes, no século XX, ao "referencial" da linguagem e da comunicação para a epistemologia dentro de diversos conceitos produzidos em sua forma de fazer filosofia. Alguns autores nesse século, entre eles

Do mesmo modo, não há significação, que estaria encarregada de estabelecer conceitualmente, formalmente, a possibilidade lógica de alguma efetuação. **Mas há sentido.** Os exemplos apresentados ("quadrado redondo", "matéria inextensa", "montanha sem vale" (idem, p.38) mostram bem o que são tais objetos inefetuáveis, mas que não deixam de requerer um sentido extra-existente, extra-proposicional" (SALES, 2006, p. 227, 230-231, grifei).

¹³³ Mais tarde, a crítica hermenêutica gadameriana reconhecerá estas deficiências do projeto inicial da linguagem. Mas nega que a hermenêutica não possa transpô-la, pois estes eram problemas da semântica. A questão da "poética, da literatura e da metáfora" são reconhecidas pela crítica hermenêutica na capacidade de "dizer o que permanece não dito (exemplo da mentira, e das narrativas)" e "o que no dizer se encobre (tácito emprego de preconceitos)". Pois a "reflexão hermenêutica exerce assim uma autocrítica da consciência pensante que retraduz todas as suas abstrações, inclusive os conhecimentos das ciências, para o conjunto da experiência do mundo". (GADAMER, 2001, p. 210-215). Derrida e Rorty (e também Habermas relendo Humboldt) combaterão também este argumento gadameriano adiante.

¹³⁴ Em alguma medida, isso foi percebido também por John Austin ao falar dos "performativos", ou "atos da fala", como sentenças que não declaram nem descrevem nada do mundo, e, ainda assim, "fazem algo", isto é "não consistem obviamente em uma falta de sentido", pois representam simplesmente um "fazer": "Nenhum dos proferimentos citados [performativos] é verdadeiro ou falso, considero isso tão óbvio que sequer pretendo justificar. De fato, não é necessário justificar, assim como não é necessário justificar que "Poxa!" não é verdadeiro nem falso. Pode ser que estes proferimentos "sirvam para informar", mas isso é muito diferente. Batizar um navio é dizer nas circunstâncias apropriadas "Batizo" etc. Quando digo, diante do juiz ou do altar, etc. "aceito", não estou relatando um casamento, estou me casando" (AUSTIN, 1990, p. 24).

Vattimo, foram capazes de perceber a sutileza dessa relação ao afirmar que a hermenêutica não é uma saída alternativa, muito menos uma revolução grandiosa. É um movimento do século da técnica. Tão contraditório se pensarmos em Heidegger:

[...] a hermenêutica não é uma teoria que oponha uma autenticidade da existência, fundada no privilégio das ciências do espírito, à alienação da sociedade racionalizada, é, ao contrário, uma teoria que procura colher o sentido da *transformação do ser que se produziu em consequência da racionalização técnico-científica de nosso mundo*. (VATTIMO, 1999, p. 152).

Este ponto (a *nova* hermenêutica como projeto político pela *virada* linguística) parece crucial para a importação que entendo equivocada da filosofia da linguagem para o Direito: acreditar na *nova* hermenêutica como uma teoria da autenticidade da existência, privilegiada nas ciências do espírito, emancipatória (e, infelizmente, capaz de justificar a decisão judicial na jurisdição constitucional mais tarde). O discurso jurídico, a partir desse mesmo cenário, está carregando esta *viragem linguística*, hoje, como um grande trunfo, em que movimentos parecidos se impõem como revolucionários para a compreensão e a aplicação do direito¹³⁵. Resumindo todos estes dados teóricos deleuzianos, eles gritam: a filosofia da linguagem não superou a metafísica, a hermenêutica não foi um *turn*. Deleuze dizia isso na filosofia, e precisaríamos ter coragem de dizê-lo no direito. Se reconhecermos isso, haverá um novo *vazio* para o problema da supremacia judicial, eis que as técnicas decisórias dos tribunais partem destas evoluções no campo filosófico para reconhecer os inúmeros mecanismos tão protagonistas na jurisdição constitucional. Ainda que um ministro ou juiz sequer saiba quem era Heidegger, Gadamer, ou o que representa o círculo hermenêutico ou a virada linguística, ele aplica a mutação constitucional e seus desdobramentos, por exemplo, diferenciando texto e norma como se fosse um exercício plenamente autorizado e inato de sua função jurisdicional. Mas este ato ainda é político, não jurídico-filosófico. É preciso insistir nessa observação. A partir daqui, Derrida pela *escritura* e

¹³⁵ A melhor reivindicação zangada desse projeto é possível ler em entrevistas como: "É ontologicamente impossível querer mais analítica e menos hermenêutica" Por Rafael Tomaz de Oliveira e Streck: www.conjur.com.br/2015-set-19/diario-classe-ontologicamente-impossivel-querer-analitica-hermeneutica#_ftnref1.

Rorty pelo *pragmatismo* parecem os autores seguintes que pegaram esse bastão na filosofia, levando-o adiante. Tratarei de suas obras adiante para complementar esta leitura.

2. *A indecidibilidade* de Derrida, gramatologia e a crítica de Rorty; (a anti-hermenêutica)

Derrida é autor de provocações. Na gramatologia, inicia observando o etnocentrismo velado sobre o problema da linguagem, como a epígrafe da obra. Lembrou que Rousseau cogitava a possibilidade de distinguir evolucionismo das espécies pela sua capacidade de produzir linguagem, quando, no *ensaio da origem das línguas*, Rousseau reproduziu algo como: “A pintura dos objetos convém aos povos selvagens; os signos das palavras e das orações, aos povos bárbaros; e o alfabeto, aos povos policiados” (DERRIDA, 1973, p.03). Derrida ainda lembrará a relação sugerida entre mundo da vida e linguagem aqui, já que “A degradação da língua é o sintoma de uma degradação social e política (tema que se tomará muito frequente na segunda metade do século XVIII); e ela tem sua origem na aristocracia da capital” (DERRIDA, 1973, p. 206).

Desde então, e muito antes do que a nossa tradição filosófica contemporânea, portanto, já se pensava que a linguagem se conecta com o *ser no mundo* do sujeito pensante que fala. Mas por que Rousseau observou tão cedo esse suposto evolucionismo¹³⁶, e por que Deleuze está iniciando a gramatologia com trechos como estes?

A linguagem para Derrida está contida dentro de um conceito mais amplo do que filosofia da linguagem pensou até então: o de *escritura*, eis que, para Derrida, a linguagem foi presa ao *telos* do homem visando a comunicação na sentença de *agir orientado por fins*¹³⁷. A função pragmática e supostamente civilizatória da linguagem e da complexificação dos signos despertou o interesse da linguística. Mas, para Derrida, a linguagem na filosofia foi reduzida aos signos que se expressam como se compreendessem um sistema coeso, em toda a nossa tradição, que desde Platão em *Crátilo* até o tardio Wittgenstein, pensaram na linguagem como

¹³⁶ “A dificuldade da pedagogia da linguagem e do ensino das línguas estrangeiras, está, dirá o Emile, em que não se pode separar o significante do significado e que, ao mudar as palavras mudam-se as idéias, de tal modo que o ensino de uma língua transmite simultaneamente toda uma cultura nacional sobre a qual o pedagogo não tem nenhum controle, que lhe resiste como o já-aí precedendo a formação, a instituição precedendo a instrução” (DERRIDA, 1974, p. 307).

¹³⁷ “[...] a história da metafísica que, apesar de todas as diferenças e não apenas de Platão a Hegel (passando até por Leibniz) mas também, fora dos seus limites aparentes, dos pré-socráticos e Heidegger, sempre atribuiu ao logos a origem da verdade em geral: a história da verdade, da verdade da verdade, foi sempre, com a ressalva de uma' excursão metafórica de que deveremos dar conta, o rebaixamento da escritura e seu recalçamento fora da fala "plena" (DERRIDA, 1973, p. 04).

a janela que representa o mundo, ou que nos acessa a ele. Escritura, por sua vez, é algo mais, para além disso “*e mais alguma coisa*”:

Há, agora a tendência a designar por "escritura" tudo isso e mais alguma coisa: não apenas os gestos físicos da inscrição literal, pictográfica ou ideográfica, mas também a totalidade do que a possibilita; e a seguir, além da face significante, até mesmo a face significada; e, a partir daí, tudo o que pode dar lugar a uma inscrição em geral, literal ou não, e mesmo que o que ela distribui no espaço não pertença à ordem da voz: cinematografia, coreografia, sem dúvida, mas também "escritura" pictural, musical, escultural etc. Também se poderia falar em escritura atlética e, com segurança ainda maior, se pensarmos nas técnicas que hoje governam estes domínios, em escritura militar ou política. Tudo isso para descrever não apenas o sistema de notação que se anexa secundariamente a tais atividades, mas a essência e o conteúdo dessas atividades mesmas [...] neste sentido que o biólogo fala hoje de escritura e pro-grama, a respeito dos processos mais elementares da informação na célula viva. Enfim, quer tenha ou não limites essenciais, todo o campo coberto pelo programa cibernético será campo de escritura. Supondo-se que a teoria da cibernética possa desalojar de seu interior todos os conceitos metafísicos - e até mesmo os de alma, de vida, de valor, de escolha, de memória - que serviam antigamente para opor a máquina ao homem), ela terá de conservar, até denunciar-se também a sua pertencença histórico-metafísica, a noção de escritura, de traço, de grama ou de grafema (DERRIDA, 1973, p. 11).

Repentinamente, Derrida substitui o conceito “totalizante” de linguagem¹³⁸ pelo conceito de escritura (ou de *escrever*): respondendo, quanto ao “abstrato” de que pensara Deleuze, que a escritura é a relação complexa entre sujeito e sua comunicação ou seu expressionismo, “até denunciar-se também a sua pertencença histórico-metafísicas”. Isso se denota com sua preocupação com o afastamento do metafísico, mas o seu reconhecimento pela inevitável prisão histórica e metafísica do elemento linguagem¹³⁹. Por isso, há mais do que a linguagem e há mais do que os signos. Há a escritura. E gramatologia é isso: a ciência da escritura.

Sendo impossível o rompimento da linguagem com a metafísica, eis que a própria distância entre significado e significante seria um fenômeno histórico metafísico, Derrida compõe assim uma quarta geração do estudo do fenômeno da linguagem, ao lado de Deleuze. O faz criticando seus antecessores quando tentaram crer em algo de *precedente, autônomo e inato* no fenômeno linguístico, determinante do *Ser* do sujeito, graças à virada ontológica

¹³⁸ “a linguagem é [...] o âmbito da convivência humana, o âmbito do entendimento, do consenso crescente, tão indispensável à vida humana como o ar que respiramos” (GADAMER, 2001, p. 182).

¹³⁹ “Todas as determinações metafísicas da verdade, e até mesmo a que nos recorda Heidegger para além da onto-teologia metafísica, são mais ou menos imediatamente inseparáveis da instância do logos ou de uma razão pensada na descendência do logos, em qualquer sentido que seja entendida: no sentido pré-socrático ou no sentido filosófico, no sentido do entendimento infinito de Deus ou no sentido antropológico, no sentido pré-hegeliano ou no sentido pós-hegeliano. Ora, dentro deste fogo, nunca foi rompido o liame originário e essencial com a *phoné*” (DERRIDA, 1973, p. 13).

desde Heidegger. Muitas vezes, pela repetição da linguística, a diferenciação entre significado e significante, e a fascinação da sociologia por esse fenômeno, faz-nos crer que com a linguagem foge da metafísica, tornando a filosofia da linguagem apenas mais uma doutrina de representacionismo do mundo na tentativa vã de apreendê-lo: “E esta distinção [entre significado e significante] é geralmente aceita como óbvia pelos linguistas e semiólogos mais vigilantes, por aqueles mesmos que pensam que a cientificidade de seu trabalho começa onde termina a metafísica” (DERRIDA, 1973, p. 16).

Assim, o conceito de signo de linguagem e de *escritura*, perseguido pelo século XX permanece colado à metafísica e superestimando os significados em detrimento dos significantes¹⁴⁰, sendo impossível opor a linguagem à metafísica, dentro dos problemas clássicos da epistemologia: o sentido, a verdade, a presença, o método. Derrida problematiza mostrando o quanto o signo é *fugaz*:

O conceito de signo, aqui, é exemplar. Acabamos de marcar a sua pertença metafísica. Contudo, sabemos que a temática do signo é, desde cerca de um século, o trabalho de agonia de uma tradição que pretendia subtrair o sentido, a verdade, a presença, o ser etc., ao movimento da significação. Lançando a suspeição, como fizemos agora, sobre a diferença entre significado e significante ou sobre a ideia de signo em geral, devemos imediatamente esclarecer que não se trata de fazê-lo a partir de uma instância da verdade presente, anterior, exterior ou superior ao signo, a partir do lugar da diferença apagada. Muito pelo contrário. Inquieta-nos aquilo que, no conceito de signo - que nunca existiu nem funcionou fora da história da filosofia (da presença) -, permanece sistemática e genealógicamente determinado por esta história. **Por isso que o conceito e principalmente o trabalho da desconstrução, seu "estilo", ficam expostos por natureza aos mal-entendidos e ao desconhecimento.** (DERRIDA, 1973, p. 17).

Aqui se inicia a dura relação entre *escritura* e desconstrução. O “desconhecimento” a que se refere acima é um jogo de palavras afirmada no idioma francês, algo como “não reconhecimento”, não sentido de não dar fé, não permitir, não aceitar. Eis que a academia e sua tradição científica, kantiana, do homem médio e do logocentrismo, negará o conceito de desconstrução que Derrida faz a partir da linguagem. Pois o que precede a linguagem é a *escritura*. Não haverá signo linguístico antes da *escritura*. O seu argumento ainda é a

¹⁴⁰ “The message in the book *Of grammatology* (De la Grammatologie) is clear: the language is metaphysical. He aims to assert that the metaphysics of presence is at the core of any conception of language and signification. Intentionally, he goes directly to the empirical language in its different expressions, speech and writing, by bringing much of Saussure’s study of signs. In this matter, the difference between the signifier and the signified becomes the basis of his opening to *différance*. According to him, the signified, which represents the articulated concept, the reference, has always been prioritized by Western philosophy, whereas the signifier, the way we can achieve this articulation, the “movement of the language, on the other hand, has been underestimated” (BENVINDO, 2010, p. 169).

preocupação com a insuficiência da linguagem, suas impossibilidades, não com a capacidade transformadora e constitutiva da linguagem para a existência¹⁴¹.

Por isso, Derrida falará que há uma “clausura” histórica no problema da linguagem, tão preocupado com a cultura da supervalorização do estudo dos signos. Mesmo quando chegamos no segundo Wittgenstein e em Heidegger, estávamos esperançosos com algo para além disso (a ideia de que linguagem *constitui*), mas continuamos imersos em um desejo sistematizante da filosofia pela linguagem. E, novamente, importamos esse problema ao direito com textos. Significantes e significados, texto e norma, são diferenciações metafísicas, são divindades, presentes e ausentes, “[...] o *signo e a divindade* têm o mesmo local e a mesma data de nascimento” (DERRIDA, 1973, p. 16). Para tornar ainda mais reforçada a opinião de Vattimo contra Heidegger, Derrida também associa a era da técnica com a metafísica logocêntrica, onde a linguagem foi só um dos seus motores¹⁴².

Por isso, para Derrida *também* não há sentido em uma filosofia hermenêutica, (ou hermenêutica filosófica), porque buscam apenas *sentido*. Há uma relação, o cruzamento desses significados. Derrida reconhece que Nietzsche, Heidegger e Gadamer detém o mérito de afastar o significante “de sua dependência ou de sua derivação com referência ao *logos* e ao conceito conexo de verdade ou de significado primeiro, em qualquer sentido em que seja entendido” (DERRIDA, 1973, p. 23) mas nega a capacidade *emancipatória* da pré-compreensão e da linguagem. Quer aprender com o *Dasein* mas romper com a tradição heideggeriana. O logocentrismo sempre *está lá*:

o pensamento heideggeriano não abalaria, ao contrário, reinstalaria a instância do logos e da verdade do ser como *primum signatum*: significado. num certo sentido, "transcendental" (como se dizia na Idade Média que o transcendental - ens, unum, verum, bonum - era o *primum cognitum*) implicado por todas as categorias ou por todas as significações determinadas, por todo léxico e por toda sintaxe, e portanto por todo significante lingüístico, não se confundindo simplesmente com nenhum

¹⁴¹ “the core of Derrida's analysis, or "deconstruction," is a sus-tained argument against the possibility of anything pure and simple which can serve as the foundation of the meaning of, signs [...]I think that this description is exact. However, in more recent works Derrida has taken several steps away from the notion of "founding" language, or the meaning of signs, on "rhetoric" or on anything else.” (GARVER apud RORTY, 1977, p. 674).

¹⁴² “Tudo ocorre, portanto, como se o que se denomina linguagem apenas pudesse ter sido, em sua origem e em seu fim, um momento, um modo essencial, mas determinado, um fenômeno, um aspecto, uma espécie da escritura. E só o tivesse conseguido fazer esquecer, enganar-se no decorrer-de uma aventura: como esta aventura mesma. Aventura, afinal de contas, bastante curta. Ela se confundiria com a história que associa a técnica e a metafísica logocêntrica há cerca de três milênios. E se aproximaria hoje do que é, propriamente, sua asfixia”. (DERRIDA, 1973, p. 10).

deles, deixando-se pré-compreender através de cada um deles, permanecendo irreduzível a todas as determinações epocais que - contudo - ele possibilita, abrindo assim a história do logos e não sendo ele próprio senão pelo logos: isto é, não sendo nada antes do logos e fora do logos. O logos do ser, "o Pensamento dócil à Voz do Ser" 'o é o primeiro e último recurso do signo, da diferença entre o signans e o signatum. É preciso um significado transcendental, para que a diferença entre significado e significante seja, em algum lugar, absoluta e irreduzível. Não é por acaso que o pensamento do ser, como pensamento deste significado transcendental, manifesta-se por excelência na voz: isto é, numa língua de palavras. (DERRIDA, 1973, p. 24).

Isso ocorre porque Derrida prega o rompimento com o *verdadeiro, o autêntico e a tradição* na proposta hermenêutica pela virada linguística (na persistência de buscar significados nos significantes ou no “projeto crítico hermenêutico” de Gadamer). Herança derridariana na leitura de Nietzsche. O linguista Francisco Fatima da Silva, por exemplo, percebeu esta nuance em um preciso estudo nacional sobre desconstrução e indecibilidade para concluir exatamente por esta semelhança “nihilista” da propositura de Derrida quanto a linguagem e à hermenêutica, sem que, com isso, acuse uma total despreocupação do autor com o aspecto autêntico da interpretação dos textos, como se Derrida fosse um autor não-preocupado ou não-legítimo¹⁴³, ou, simplesmente, não-institucional.

Contudo, a desconstrução, se volta para o próprio texto. Não mais preocupada com que o texto diz (i. e., criando uma interpretação unificada), aponta para o conflito e a contradição, a auto-referencialidade e a intertextualidade (o que caracteriza a hermenêutica desde Schleiermacher). **Ao passo que a hermenêutica se concentra na busca de uma interpretação “correta”, de uma restauração do sentido, a desconstrução aponta para o impasse, a aporia, o paradoxo: o texto fica na condição do dito cretense: “eu estou mentindo”** e, com isto, não se pode mais determinar se ele está ou não dizendo a verdade. Se se procura definir (ainda) o que seria a hermenêutica, tem-se que o termo deriva do grego Ερμηνευτική que significa: ciência, técnica que tem por objeto a interpretação de textos religiosos ou filosóficos, especialmente, das Sagradas Escrituras; interpretação dos textos do sentido das palavras; teoria, ciência voltada à interpretação dos signos e de seu valor simbólico (cf. Semiologia); conjunto de regras e princípios usados na interpretação do texto legal (cf. Jur.) [...] (SILVA, 2005, p. 03, grifei).

¹⁴³ “[...] reduzir as reflexões filosóficas e teóricas a princípios fundamentais só faz facilitar a construção de caricaturas. Se reduzida à interpretação, a hermenêutica não passaria de uma análise interpretativa de textos sagrados, jurídicos, literários etc.; e a desconstrução, ao nihilismo, correria o risco de ser entendida como uma ciência que prova que os textos nada significam, o que se transformaria num absurdo, uma vez que Derrida nunca afirmou tal coisa” (SILVA, 2005, p. 02).

Assim, semelhante a Deleuze, Derrida defende que a percepção de eventos e do mundo em um sentido específico requer o uso de elementos não linguísticos. Por isso, a metáfora “é o traço que reporta a língua à sua origem” (SILVA, 2005, p. 03) e repentinamente na segunda metade do século XX os estudos sobre a metáfora e a metonímia se avolumam. A desconstrução está comprometida nesse projeto como um grande time de *diferentes* e a indecidibilidade atesta nossa incapacidade absoluta de decifrar os signos (novamente: “ou os dicionários seriam absolutos”). Enfim, a linguagem não é ontologia, a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica não abrem espaço para um problema jurídico sempre resolvido ou apto a ser resolvido, e, enfim, sempre haverá o buraco, o rastro, o indecidível¹⁴⁴, não sendo possível acreditar no elemento *absoluto* dos textos, dos signos ou das aplicações.

It is towards *differánce* that Derrida reveals much of his thinking. It means this lack; this emptiness we must articulate, but never fill, for it would lead to a new form of identity. Instead of fundamentals, centers towards which the history of Western philosophy gravitated, Derrida sustains that there is nothing else for conscience than language, expressed by traces, metaphors, which, in turn, show the intrinsic relation to the other, as long as the conscience is woven into the narrative of *différance* (BENVINDO, 2010, p. 167).

Mas o carregado “ceticismo ao logocêntrico” nos descalça a tal ponto que poderíamos nos deixar levar por uma *nostalgia* que torna a teoria do direito arrepiada com a sua insuficiência e incapacidade, com sua sobrecarregada imanência e sua terrível *impossibilidade* hermenêutica denunciada por uma das etapas desse projeto na relação entre texto e norma, uma das garras deste desconstrucionismo. Ao ler Derrida, Rorty infere que a sua reverberação será tão assustadora quanto pacificadora:

There will be no unique name, not even the name of Being. It must be conceived without nostalgia; that is, it must be conceived outside the myth of the purely maternal or paternal language belonging to the lost fatherland of thought. On the

¹⁴⁴ O que esclarece ainda mais porque Derrida quer conceituar o termo escritura no lugar de linguagem ou signo: “Como diria Martin Heidegger, “a linguagem é a morada do ser”. **Diríamos, juntamente com Derrida, o local onde a linguagem acontece é habitado por e tão somente pelo homem.** Para Heidegger, a hermenêutica é uma ontologia, não um método, nem uma gnosiologia. [...] Quando a hermenêutica interpreta, impede ao mesmo tempo a univocidade, impõe um sentido em detrimento de outros; então, o que a desconstrução faz é determinar o sentido “próprio” da escrita como a própria metaforicidade, o que apaga a distinção entre sentido literal e figurado. **Neste sentido, a metáfora torna-se uma questão central no processo da escrita, pois possibilita os conceitos e organiza o discurso na sua forma, no seu tom, no seu ritmo. A interpretação passa a ser uma condição de produção de sentidos, não mais um artifício usado para resgatar os sentidos de um texto, seja escrito, seja falado**”. (SILVA, 2005, p. 04-08)”.

contrary we must affirm it-in the sense that Nietzsche brings affirmation into play-with a certain laughter and with a certain dance. (DERRIDA, 1973b p. 158-59).

“A nova ciência da gramatologia” então, é a ciência da renúncia, do reconhecimento da limitação da escrita. Renúncia dos fantasmas da filosofia da consciência e de seus paralelos na filosofia da linguagem (que ainda é analítica para Derrida). A filosofia é um tipo de escrita, não uma janela de abertura para representar o mundo. A forma como a filosofia da linguagem foi importada para a epistemologia (e, logo adiante, para o direito) reconhecendo, de fato, a importância de conceitos husserlianos, como o mundo da vida e a própria condição da subjetividade, o *Dasein*, a gravidade da sugestão heideggeriana sobre a linguagem ontológica (e não ôntica) e o círculo hermenêutico gadameriano, tudo isso se deu de modo muito mais intenso (e até timidamente emancipatório) para a tradição ocidental, porém desde Platão e mais tarde reforçado em Kant, estamos amarrados à ideia de constructo lógico da linguagem, buscando o ideal da tradição, da lógica, da autoridade fundadora por trás dos signos e das instituições (a epifania platônica dos conceitos de *ideia*, *sentido*, *significado*), o que, supostamente, nos resguardaria, nos acalmaria e nos permitiria isolar os intérpretes subversivos (que aqui são justamente Derrida, Deleuze, Rorty), como se fossem diferentes ou *insanos*. Mas o crédito desta filosofia é a sua diferença, sua insanidade¹⁴⁵.

Aprendemos com isso que é impossível persistir nessa tradição e ainda carregá-la nos braços até a teoria jurídica para propor uma nova hermenêutica segura e confiável. Aliás, o desejo jurídico pela previsibilidade à filosofia da linguagem nesse sentido lógico (sob o argumento de que está no sentido retórico do problema da linguagem) é o erro que faz as vezes agora de bengala para a Supremacia judicial consertar-se em um discurso filosófico.

Ou seja: o ataque aos projetos fundacionais fez parecer que “não há nada além do texto”. Então, para Derrida, onde estaria a norma? Em lugar nenhum. Este “perigo” é estudado há algum tempo pelo direito com maior interesse, sobretudo acerca das autoridades fundacionais constitucionais. Mas, antes, Rorty lembra:

¹⁴⁵ “So, Derrida thinks, maybe all that will help are verbal tricks, fake etymologies, typographical gimmicks, puns, allusions, dirty jokes, what Kierkegaard called “a certain nimble dancing in the service of thought.” The trouble with the “question about Being” was that it invited serious and methodical reflection. But this will not work, for as Derrida” (RORTY, 1977, p. 677).

I doubt that there is more to such Derridian slogans as "There is nothing outside the text" than this same point. In more general terms, the point is that we cannot, merely by going linguistic, do what Descartes and Kant failed to do-get outside of all our representations to a standpoint from which the legitimacy of those representations can be judged. **Derrida's usefulness, in the context of recent philosophy of language, is not to "bring to bear the in-sights of an alternative tradition" upon the problems of semantics, but simply to help us see the continuity between hopeless contemporary attempts to "found" language** (or thought, or representation, or inquiry, or whatever else we feel nervous about), and hopeless past attempts to do the same thing. (RORTY, 1977, 675-676, grifei).

Assim, para Rorty, Derrida “comete parricídio” com Heidegger (1977, p. 676). Eis o problema circular da nova hermenêutica e da filosofia da linguagem: pretende “fundar” a linguagem. Ainda somos aprisionados por esta tradição ocidental que busca significado, sentido, e com o desvelamento do ser, Heidegger acabou sendo vítima da sua própria predição. Derrida é então o autor isolado que quer romper com esse ciclo acorrentado da presença, quer ser visto como um seguidor heideggeriano que pretenda romper com ele, também um crítico do último Wittgenstein, ou um defensor da filosofia como “escrita” e não como inquirição “quase-científica”, já que somente no mundo da vida uma expressão detém significado. Por isso a gramatologia abandona este projeto “lógico” na linguagem e estuda a “escritura”.

Em determinados momentos, Rorty¹⁴⁶ falará que, assim como em Wittgenstein, a complexidade da forma de escrita de Derrida fez com que fosse difícil afirmar se a proposta é trocar um modelo “fundacional” pela sua “retórica”, se Derrida quer criar uma nova filosofia da linguagem envolvida com a prática social ou seu projeto é mero protesto contra a filosofia da linguagem em si. O ponto é, a crítica derridariana é mais do que isso. Se opõe a este “logocentrismo”, como o grande erro ocidental, pela doutrina da primazia da palavra falada, e, portanto, a metafísica da presença heideggeriana, que para ele não passou de um suspiro que repete o cientificismo platônico.

Então Rorty chamará a filosofia de Derrida de “abnormal philosophy”¹⁴⁷. E o ponto interessante sobre os argumentos de Deleuze se repetem aqui, eis que Derrida faz uma quase “mixagem da literatura com a filosofia”: “Philosophy is best seen as a kind of writing. It is delimited, as is any literary genre, not by form or matter, but by tradition-a family romance

¹⁴⁶ (1977, p. 674).

¹⁴⁷ “Normal inquiry requires common problems and methods, professional and institutional discipline, consensus that certain results have been achieved. Abnormal inquiry-called "revolutionary" when it works and "kooky" when it does not-requires only genius” (RORTY, 1977, p. 679).

involving, e.g., Father Parmenides, honest old Uncle Kant, and bad brother Derrida.” (RORTY, 1978, p. 143);

A linguagem, por isso, não é a representação do ser. Assim, filosofia como um campo que tem seu centro uma série de perguntas sobre as relações entre as palavras e o mundo permite deixar de ver a linguagem como os óculos que permitam ver o mundo como a sua estrutura descritiva. O caos que vinha sendo instaurado por Wittgenstein com a ideia de que não há nada entre o objeto e a linguagem, ou seja, todo conhecimento é uma questão ou problema da linguagem porque não haveria “coisa desnudada de palavras” (RORTY, 1978, p. 151), é dizer que a linguagem é o mundo diferente da ideia kantiana de que a linguagem representa o mundo.

Rorty lembra que Derrida nos apresenta a linguagem não como estas ferramentas, mas como “aquilo em que nos movemos e vivemos”. Linguagem para Derrida é traço e caminho, de modo que Derrida fez filosofia da filosofia, e não filosofia da linguagem, na forma de *escritura*. Rorty, com isso, extrai que Derrida apenas se interessou, na linguagem, pela obsessão entre os problemas que a linguagem trouxe como se fosse a grande natureza e essência do conhecimento¹⁴⁸. Mas Derrida percebeu que, infelizmente, a obsessão pelos seus elementos, signos, referentes, é tanto comum quanto inútil.

Assim, Rorty entende que Derrida esteve no campo da *abnormalidade*, enquanto a normalidade seja aceitar o estágio e a função demonstrativa da linguagem que garante legitimação (ostensiva ou científica), pela reprodução dos jogos de linguagem (RORTY, 1978, p. 157). Isso significa que Derrida oferece rompimento por fugir da filosofia da linguagem (que, por sua vez, tentara fugir de si mesma).

But it would be less misleading to say that his [Derrida] writing about language is an attempt to show why there should be no philosophy of language.' On his view, language is the last refuge of the Kantian tradition, of the notion that there is something eternally present to man's gaze (the structure of the universe, the moral law, the nature of language) which philosophy can let us see more clearly. The reason why the notion of "philosophy of language" is an illusion is the same reason why philosophy-Kantian philosophy, philosophy as more than a kind of writing-is an illusion. The twentieth-century attempt to purify Kant's general theory about the relation between representations and their objects by turning it into philosophy of language is, for Derrida, to be countered by making philosophy even more impure-more unprofessional, funnier, more allusive, sexier, and above all, more "written."

¹⁴⁸ “The closest Derrida comes to the philosophy of language is his interest in the historical question of why a view about the relation between sign and signified, the nature of representation, could ever have been thought to have been essential to our self understanding [...]” (RORTY, 1978, p. 156).

Thus, insofar as he has an attitude towards, for example, the mini-tradition which stretches from Frege to Davidson, it is the same as his attitude towards Husserl's discussion of language. The attitude, roughly, is that most twentieth-century concern with language is Kantian philosophy in extremis, a last desperate attempt to do on a pathetically small scale what Kant (and before him Plato) attempted to do on a large scale—show how the atemporally true can be contained in a spatio-temporal vehicle, regularize the relation between man and what man seeks by exhibiting its "structure," freezing the historical process of successive reinterpretations by exhibiting the structure of all possible interpretation. (RORTY, 1977, p. 144).

Derrida, enfim, é um autor de redenção, um caminho sem volta, deixando o logocentrismo para trás¹⁴⁹. Mas há um último problema aqui. Rorty brinca com o quanto os kantianos e seus desdobramentos acusarão os não kantianos de reproduzir filosofia racional e sistemática sob suposta loucura e vice-versa, já que isso seria o “eterno retorno” da filosofia, desde Parmênides e Heráclito. Mas, de fato, o ponto é que é pouco convencional a forma como Deleuze e Derrida fogem do problema da linguagem como algo epistêmico, ou uma representação do mundo ou uma condição para conhecer (como Heidegger e o segundo Wittgenstein). Suas escritas são excessivamente anti-institucionais, anti-sistematizadas e retóricas em um sentido valoroso (senão confuso), dada a excessiva rebeldia na forma de fazer filosofia por Deleuze e Derrida, como visto acima. Então a objeção seria a de que a distância entre *modo apofântico* e *modo hermenêutico* oferecido por Gadamer, por exemplo, colocaria toda a crítica dos dois autores aqui colacionada por terra (já que a poética e os âmbitos *não-lógicos* foram sistemicamente separados no apofântico, e o logocentrismo, seguramente tornado *puro* no modo hermenêutico) dentro do círculo hermenêutico. E aqui, sabemos muito bem em qual das listas o direito quer participar.

E por isso Rorty e Humboldt na leitura de Habermas é a última fala nesse ciclo crítico da linguagem que nos conectará com a distância entre *modo apofântico* e *modo hermenêutico*, como fechamento deste grande eixo crítico à filosofia da linguagem que entendo não desprendida da metafísica nem capaz de superar a filosofia da consciência. São autores que mostram que esta distanciação também não tem sentido. Explicarei os motivos a seguir.

¹⁴⁹ “The nice thing about Derrida is that he doesn't take it back. He has no interest in bringing "his philosophy" into accord with common sense. He is not writing a philosophy. He is not giving an account of anything; he is not offering a comprehensive view of anything. He is not protesting against the errors of a philosophical school. He is, however, protesting against the notion that the philosophy of language, pursued "realistically" as the study of how language hooks on to the world” (RORTY, 1978, p. 148).

3. Entre Apofântico e Hermenêutico

Nos capítulos anteriores procurei demonstrar o quanto é relevante entender que a *compreensão* para alguns autores se faz possível *com independência da linguagem*, distante da hermenêutica, e que a linguagem não deixa de representar aprisionamento metafísico, o que foi percebido por Deleuze e Derrida para repensar o conceito de linguagem, os signos e teoria dos jogos. Isso nos permite pensar criticamente a *indecidibilidade* no direito e as faltas de potência do discurso jurídico para apreender a hermenêutica (em sua versão estilizada, *nova hermenêutica pela virada linguística*).

No caso de Derrida, desconstruindo a sistematização proposta pela filosofia, pela linguagem substituída pela escritura, e no caso de Deleuze, salientando que linguagem é corpus, não condição de conhecimento. Fiz estes esclarecimentos porque entendo que há a importação indevida destes conceitos para o direito com um caráter sistemático, quando se prega que detemos uma *nova hermenêutica* hoje capaz de sistematizar e racionalizar o direito e sua condição de aplicabilidade com previsibilidade e retidão (fruto da tradição). A filosofia da linguagem se propõe a romper com o eixo aristotélico tomista, mas na verdade também dele faz parte, (o que Deleuze e Derrida disseram acima). Mas toda essa crítica colocada seria superável dizendo que “nestes âmbitos lúdicos” da comunicação e nas ironias de Deleuze e Derrida, estamos no “*modo apofântico*”, não no “*modo hermenêutico*”.

Isso ocorre porque um dos elementos mais robustos da teoria heideggeriana ainda é distinção radical entre verdade fundada (no nível apofântico) e verdade fundante (no nível existencial). Isso porque, se a partir dos conceitos de pré-compreensão e Dasein o *Ser* constrói proposições, estas proposições só se reproduzem se se compreender que é a *existência* a condição da verdade fundante. Eu preciso do *Dasein* para conhecer, para a verdade (isso ocorre no nível de verdade fundante), o que me permite que o sujeito (o eu) entre nos jogos lógicos de proposição e sentido em contato com os entes (no nível apofântico). Todos os argumentos acima estariam, então, insistindo no nível apofântico: a estruturação das perguntas e respostas, dos sentidos e enunciados, e dos jogos da linguagem é uma verdade fundada, só possibilitada pela verdade fundante, anterior, conectada com a linguagem (esta, supostamente incólume). Deste modo, a distinção (apofântico/hermenêutico) blinda a filosofia da linguagem

e a hermenêutica com um robusto escudo pela virada linguística, porque a complexa discussão epistemológica do sentido atribuído aos enunciados (no nível apofântico), exige que, primeiro, o Dasein sempre seja/esteja mergulhado na sua existência. E este projeto de verdade morando na *existência atrelada à contingência*, (por isso o Ser é tempo), rompe, de fato, com a filosofia clássica, que até então acreditava que a verdade não era contingente e que estava distante da subjetividade do sujeito (do intérprete). E por isso Rorty e a crítica sociológica habermasiana podem ser a única forma de escapar destes argumentos, o que é verdadeiro desdobramento dos argumentos *não fundacionais* derridarianos.

Rorty explica o movimento da filosofia da linguagem, em alguns momentos, em textos de revisão sobre temas para demonstrar que a linguagem não é um problema *em si* e que a filosofia se preocupa com o fenômeno “linguagem” com autonomia própria, mas não deveria fazê-lo, pelo menos não como disciplina própria. Na revisão que Rorty fez dos textos *why does language matter at philosophy*, de Ian hacking, e *Traditional and Analytical Philosophy: Lectures on the Philosophy of Language*, de Ernst Tugendhat, estes argumentos são incrementados: há algum problema em distanciar a filosofia da linguagem da linguística? Onde abrigamos a autonomia do conhecimento de uma “filosofia da linguagem”? Estudar os signos e a capacidade dos signos gerarem o entendimento é o problema da linguística, não da etimologia. Mas na medida que a eterna pergunta filosófica “o que isso é” e “como nós conhecemos isso”, leva-nos sempre para a prisão ôntica que, segundo Heidegger, esqueceu o Ser, a linguagem parece desempenhar importante papel neste contexto. O significado de seus signos e a importância disso para o conhecimento, algo óbvio para Rorty¹⁵⁰, faz da linguagem algo que chame a atenção para o fenômeno “signos” e o “significado dos signos”.

Portanto, a filosofia da linguagem deu o “*upgrade*” ao fenômeno linguagem pela epistemologia agravada pela descoberta do Dasein no desvelamento do Ser, já que estudamos a capacidade de os signos construírem significados para permitir que conheçamos o mundo. Mas para Rorty isso ainda não é uma boa conclusão:

¹⁵⁰ “Only an ordinary-language philosopher, who had no canonical notation to recommend, would be in a position to say that language (as the study of “what we would say”) was less contro- versial than metaphysics In sum: on an ideal-language view, semantic ascent does not help in reaching agreement, whereas on an ordinary-language view it is a pointless detour. Despite all this, I think we all have some inclination to agree with Quine that semantic ascent does, somehow, “help in philosophy”. There is a general belief that philosophers have got clearer about what they are doing since the “linguistic turn.”” (RORTY, 1977b, p. 419).

But once we become dubious about the necessary/contingent and structure/content distinctions, it becomes hard to say what methodological continuity links Kant to Wittgenstein or Davidson. To complicate things further, the turn away from mental entities as philosophical data produces doubt about whether Cartesian subjectivism—the turn toward ideas and concepts – was a good idea in the first place. So the assurance that language replaces concepts seems to leave open the question of whether concepts should ever have been especially important to philosophy. (RORTY, 1977b, p. 420-421).

Isso nos leva aos poucos para o que conhecemos por “pragmatismo filosófico de Rorty”. Em dado momento, ele citará Hacking e a sua preocupação pela “morte do significado”, querendo destituir qualquer grandeza no *sentido*, sobretudo pela linguagem: “The view that "there is nothing to language over and above what is said" suggests once again that we might answer the title question by saying that language doesn't particularly matter to philosophy.” (RORTY, 1977b, p. 423).

Ou seja, a conclusão é a de que a linguagem importa pela forma que o pensamento tomou corpo: internalizadamente, pelo aprisionamento racional¹⁵¹. Perguntar como ou por que a linguagem é capaz de representar o mundo é tão útil como “perguntar como uma chave de fenda é capaz de apertar um parafuso”. (1977b, p. 431).

Neste sentido, se adotarmos essa opção cética e anti-epistemológica de se fazer filosofia, então a resposta à pergunta “porque a filosofia da linguagem importa” é: não porque ela nos ajuda a conhecer o mundo, a representar as coisas ou a permitir o conhecimento, mas pura e simplesmente porque todos os fenômenos humanos importam à filosofia, e a linguagem não foge dessa categoria. A linguagem não importa mais do que as demais formas de manifestação, como a arte, a estética, a moral. Esse questionamento de “como seria possível *acessar* a realidade, se não pelos usos da linguagem”, vai se tornando cada vez mais repetitivo e sem fundamento:

¹⁵¹ “The Tractatus, for example, is dominated by the conviction that, if one can only explain how language manages to represent, then "all the problems of philosophy are solved." (1977b p 430) e ainda: "How is it possible that language should represent?" makes as much sense as the seven-teenth-century question "How is it possible that the contents of my mind should be known by me to represent something outside my mind?," (1977b, p 431).

It raises the question of whether the result of making philosophy "linguistic," of replacing Aristotle's and Descartes's problematics with Frege's, may not be to move philosophy away from "the secure path of a science" and toward something more like the later Heidegger's historico-practico-existential meditations. (RORTY, 1985, p. 727).

Essas são indagações de Rorty sobre a visível incapacidade de a filosofia da linguagem representar algo grandioso. E irá ainda mais longe dizendo que "everybody is certain that something important happened when philosophy took its latest turn, but nobody quite knows what" (RORTY, 1985, p. 729). Então qual o seu conceito de filosofia da linguagem? Se conseguirmos compreender o verdadeiro papel que a linguagem desempenha (ou que ela não desempenha papel tão relevante à existência humana), pouco importa o exercício dela no nível existencial ou apofântico, isto é, desmistificando sua autoridade, a linguagem deixa de ser a morada do Ser, onde resida a *verdade fundante*.

Por isso, o pragmatismo filosófico de Rorty surge com os impulsos de Peirce. Rorty quer destituir o argumento de que o pragmatismo seria a repetição do positivismo lógico. Para isso, ele precisa separar Peirce de Wittgenstein, e compreender *qual o problema com a linguagem*. Peirce propôs em sua "tríade semiótica" que a interpretação é uma relação piramidal entre objeto-signo-interpretante. O objeto é o referente, o signo a mensagem carregada por ele, e o interpretante o sujeito ou referência. Esses conceitos desembocam em dezenas de outros, mas o que Rorty quer destacar é a importância do destaque do *hábito e do signo* na linguagem, já que "todo o universo está repleto de signos". Sujeitos, aqui, podem ser signos, desde que relativamente indeterminados, mas signos nunca podem ser absolutamente indeterminados, ou não seriam signos:

The act of signifying, of meaning something, is thus analogous to the act of naming (that is, the act of assigning a single sign to represent a batch of things). For as Peirce reminds us, naming is neither simply artificial (indeterminate) nor simply natural (determinate), neither forced on us nor performed by us in a spirit of pure whimsy. To signify or to name such-and-such by so-and-so is "convenient but not absolutely necessary" (RORTY, 1961, p. 210).

Assim, a escolha dos referentes não é um processo universal nem pré-concebido. Não há a *essência* no ato de nominar as coisas e classificar signos para distinguir referentes, mas há, em seu lugar, uma *conveniência*. Para Rorty, pouco importa que o seja, pouco importa que represente um processo *inato* do conhecimento:

Thus his (Peirce) realism can be seen as the thesis that the "reasoned choice of usage" which is naming is rational, in part, because of its respect for the rationality which it encounters in nature. But for nature to be rational in this sense does not mean that it "recognizes the same universals" as does the mind, but simply that it contains the sort of determinate indeterminations that our mind does (RORTY, 1961, p. 211).

A problematização da linguagem desemboca seu problema nesta “corrente sem fim da linguagem” como a possibilidade de nos desencantarmos com a linguagem, ou seja, que a “*Sehnsucht*” dos platônicos e nominalistas se torne idêntica. Neste sentido, “All that has happened is that the maze of words has been enlarged by more words, but what more can we reasonably hope for, once we are convinced that language cannot be transcended?” (RORTY, 1961, p. 209). Sendo assim, a distância entre “lógico” (aquilo que segue uma regra) e “causal” (aquilo inspirado em uma intuição da linguagem) em Wittgenstein não passaram de formas de se ver o fenômeno linguístico, já que “if we turn from the theory of meaning to the theory of knowledge, we can see how this pragmatism ties in with the more familiar notion of pragmatism as mediating between realism and idealism.” (RORTY, 1961, p.222), ou seja, os signos não são capazes de esgotar sentidos ou constituir o mundo.

Para Rorty, a tradição lógico-lingüística de G. Frege e B. Russell – a assim chamada filosofia analítica – é a última encarnação dessa pretensão, e os impasses a que essa tradição chega indicam as limitações mais profundas de todo o projeto moderno de construir uma teoria da racionalidade em um sentido forte, “universalista”. Para Rorty, a superação dessa concepção da filosofia obriga a uma reabilitação do pragmatismo. Para uma reconstrução da crítica de Rorty à tradição moderna. (TOLEDO JUNIOR, 2008, p. 12).

O Pragmatismo de Rorty então quer insistir na desconfiança sobre a epistemologia *pela linguagem*. É justificação, não verdade. É retórica, não sentido. Não há objetivos, o pragmatismo não entende nada sobre objetivos e realização (então não haveria pré-compreensão). Se só trocamos com outros seres humanos interpretações, convicções, desejos e justificativas, morre aqui o sonho eternizante de Platão que foi se reproduzindo até converter-se nas categorias kantianas: combater os sofistas para conhecer a verdade. Ou, em Heidegger, acreditar na verdade fundante que mora no Ser, antes de recair ao nível apofântico que reproduz proposições. Morreria aqui, então, o sentido em distanciar um como apofântico de um hermenêutico.

Essa abordagem então “anti-científica” e mais especulativa (retórica) da sua filosofia ficará mais visível na coletânea *The linguistic turn e Consequences of Pragmatism* (TOLEDO JUNIOR 2008, p. 13). Rorty, dali em diante, quer sair da prisão de se fazer história da filosofia sempre buscando rupturas e continuidades entre autores. E a linguagem apenas intensificou esse problema tentando ser “a grande disciplina” da filosofia, e o grande atributo do “Ser”:

A adoção da análise lingüística como método filosófico teria trazido não apenas prestígio acadêmico como também a esperança para toda uma geração de filósofos de que a filosofia teria sido finalmente colocada no “caminho seguro da ciência”. A expressão “filosofia lingüística” (linguistic philosophy), recorrente no artigo “Metaphilosophical difficulties of linguistic philosophy” de RORTY 1967 indica, segundo a definição de Rorty, a concepção de que “problemas filosóficos são problemas que podem ser resolvidos (ou dissolvidos) ou por uma reforma da linguagem, ou por ampliar nosso conhecimento sobre a linguagem que utilizamos atualmente” [...] A “virada lingüística” – expressão utilizada para indicar a mudança paulatina, iniciada no século XIX e que tomou impulso no século XX na filosofia, em direção a essa concepção – introduziu a idéia segundo a qual a análise lingüística seria definitivamente capaz (ou definitivamente incapaz, e nesse caso a filosofia deveria ser abandonada como um produto cultural dispensável) de servir como um método adequado para a solução dos problemas filosóficos (TOLEDO JUNIOR 2008, p. 17).

Rorty estava querendo mostrar então que este ainda presente sonho platônico (e toda a teologia cristã que insistiu neste projeto sob outras modelagens) é o desejo por um “lugar melhor”, dadas as condições existenciais de vida do sujeito intercalado por uma realidade infeliz. O pragmatismo volta a denunciar isso, porque pelo logocentrismo, entre suas tantas

facetas, faz-se necessário acreditar via transcendentalismo *em um outro mundo*, com seus referenciais típicos espelhados, capazes de explicar *tudo*. A função da filosofia era carregar o sujeito para algum lugar melhor e elevado, um novo plano. Para Rorty, contudo, a contraposição a este fenômeno logocêntrico, a semente da “filosofia do pragmatismo”, se inicia em algum lugar com as revoluções burguesas, com a dialética hegeliana e, mais tarde, com as viradas em Nietzsche e Freud, e no desencantamento em Weber, momentos em que passamos a desacreditar no sonho platônico, no progresso e na revolução industrial que virá em seguida para melhorar condições de existência dos sujeitos, enfim, visamos nos retirar dos idealismos. Por isso, o pragmatismo como movimento filosófico não deseja pensar na verdade ou em um mundo idealizado (fundante ou fundada, pelo apofântico ou pelo existencial, pela linguagem ou pela analítica). Aliás, Rorty se recusa ao título de criador do pragmatismo neste sentido. Por isso falará que, se afirmarmos que problemas filosóficos são problemas de linguagem, estamos afirmando que o que nos incomoda é falar a língua que falamos (RORTY, 1967).

Essas investigações, portanto, históricas e presas ao logocentrismo, sistemáticas e voltadas à metafísica, acorrentaram a linguagem escravizando a epistemologia na filosofia recente. E aqui pouco importa se em um âmbito *lírico, poético, metafórico ou* propriamente hermenêutico. Pouco importa se o nível é apofântico ou existencial, já que o aprisionamento ocorre em ambos os *modos*. Por isso:

Rorty associa a tradição filosófica moderna centrada na epistemologia à tentativa de elaborar uma teoria universal da racionalidade [...] essa tradição se caracteriza por explicar e fundamentar a ideia de acordo racional universal. **Tanto em sua versão clássica, mentalista, quanto contemporânea, linguística**, a tradição filosófica centrada na epistemologia teria se ocupado em oferecer uma referência neutra, ahistórica para toda investigação possível. (TOLEDO JUNIOR, 2008, p. 121, grifei).

Se refletirmos um pouco, a teoria do direito e a teoria constitucional no decorrer dos anos insiste muito nesse projeto e foi por ele influenciada, normalmente fortalecida pela *utopia normativa*, ainda que se sustente em diversas influências *críticas* com outros referenciais, por exemplo: kantianas, hegelianas, aristotélicas, marxistas, foucaultianas. Mas, quando a filosofia da linguagem mergulha neste momento de crise, como se fosse a grande salvação para a judicialização e expertocracia judicial do todo (sob a roupagem constitucional,

por exemplo), há ainda uma preocupação grave; um campo do conhecimento tornará ainda mais visível o quanto a teoria do conhecimento precisa da linguagem e a linguagem precisa da estrutura para ser coerente, precisamos ainda de um *sistema* (desde a linguística em Saussure), para que todos possamos compreender suas *regras*. E aqui tudo estaria salvo. Ou seja, o desejo irrealizável (para Rorty) de um sistema de conhecimento preciso, previsível e coeso (o direito, ou outro sistema qualquer) com objetivos deístas-platônicos pela linguagem, se torna ainda mais *gostoso de ser sonhado* sob o referencial da comunicação e pelas contribuições da linguagem. Por isso, queremos tanto ler Habermas com uma esperança que quase não cabe em nós. Por isso Heidegger, o Dasein e o conceito de pré-compreensão é uma surpresa feliz para o conturbado século XX.

Insistimos então na ideia de que estamos ligados intersubjetivamente pela linguagem (e então pela pré-compreensão, pelo Ser), permitindo um sistema coeso que cada vez mais respeite direitos, cada vez mais fortaleça normativamente uma constituição politizada, a realização da inclusão do outro, e a expectativa justa de que “todo possível afetado pela norma aceitaria sua imposição”, etc. remontando esta tradição greco-romana que procura felicidade e realização pela união com uma ordem natural, sempre olhando para um outro mundo metafísico. A sugestão de Rorty, aprendendo com Derrida, com Deleuze, com Nietzsche e com os desacertos da filosofia da linguagem, é que essa ordem natural (a reprodução correta das coisas) não existe, sendo que podemos acreditar em discursos que parecem torná-la muito agradável, havendo uma possibilidade de conceder melhores condições de vida aos sujeitos que estão submetidos ao sistema do direito, mas não é possível conceder um sentido de previsibilidade e segurança, de coerência totalizante aos fenômenos, à vida ou à existência. A linguagem não é capaz aqui de fortalecer sentidos, tanto no nível apofântico, como no existencial, e esta crítica se reproduz na “*pré-compreensão*”.

Então alguns autores (e em alguma medida Rorty falará muito em Nietzsche e Freud nesse contexto) estão tentando nos dar um recado muito simples: é preciso tomar cuidado com as vertentes que perseguem esta pureza de conceitos, com o caráter totalitário desse projeto e com o logocentrismo (mesmo sob a roupagem da hermenêutica ou da linguagem). Sobretudo quando passamos a conceitua-la de filosofia da linguagem, que se auto declara uma resistência de viragem paradigmática (tudo está e se dá na linguagem e pela linguagem – e a hermenêutica em seus *modos*, nos assegura esta visibilidade graças ao desvelamento do Ser), por isso proposta tão sedutora.

Não deveríamos nos forçar a acreditar que um conceito é a grande verdade. Não há um *em si*, talvez não haja pré-compreensão senão como ideologia. Embora a tradição mais contemporânea tente fugir dos elementos idealizantes platônicos e da filosofia da consciência, ainda se acorrenta a estes projetos analíticos pela hermenêutica (pela teoria dos jogos, pela diferenciação entre ser e ente, pela suposta explicação de tudo pelo círculo hermenêutico, pela crença na diferenciação entre modo apofântico e modo hermenêutico). A filosofia da linguagem, enfim, não conseguiu escapar deste projeto ainda analítico e logocêntrico. “Entre um papel sistemático, científico, de um Kant, e um papel transformador, “edificante”, de um Nietzsche, Rorty crê que o filósofo deve preferir o segundo” (TOLEDO JUNIOR, 2008, p. 122). Não há nexos entre distância entre logos apofântico e logos hermenêutico. São, ambos, *logos*. E usados com propósitos.

*

Outro trabalho crítico ao projeto *universalizante* da hermenêutica, proposto por Fernando Correia da Ponte em um ensaio sobre Habermas, reforça ainda mais este argumento da crítica habermasiana ao círculo hermenêutico de Gadamer, que o teria substituído em seu sistema por uma *espiral* hermenêutica, querendo destituir as máximas gadamerianas como “O Ser, capaz de ser compreendido é linguagem”, “e, sendo assim, o entendimento não possui fronteiras”, explicado por uma intrínseca relação tempo/linguagem¹⁵² que é a sucessão do pensamento heideggeriano. Os recados de Habermas são os de que a *tradição* pode ser rompida nos usos da linguagem e que, na relação dialética “trabalho, propriedade e linguagem”, fundamentais para constituir o mundo social do sujeito, se está em um âmbito para além da linguagem. Ou seja, a linguagem não é a estrutura de tudo ou o “ar que respiramos”, como dizia Gadamer. Outros elementos (sociais, econômicos) são capazes de *distorcer* a linguagem: “Sprache geht mit den Herrschaftsstrukturen eine Allianz ein; so verstanden ist Herrschaft *verzerrte Kommunikation*” (PONTE, 2006, p. 09).

¹⁵² “Der Universalitätsanspruch der philosophischen Hermeneutik gründet auf das Axiom, dass Verstehen keine Grenze habe. [...] “Sein, das verstanden werden kann, ist Sprache”. Das menschliche Verstehen ist sprachlich konstituiert und somit grenzenlos. [...] in diesem Sinne lässt sich eine Identität von Sprache und Denken / Vernunft formulieren. Menschliches Verstehen ist geschichtlich, somit begrenzt durch die menschliche Endlichkeit; Sprache überwindet diese Grenze als Moment der Zeitlichkeit, denn Verstehen, als hermeneutisches Bewusstsein, ist unbegrenzt” (PONTE, 2006, p. 03-04).

Levar a linguagem para este ponto de autonomia do conhecimento do mundo (pré-compreendido) a tornaria argumento totalitário e verdadeira *mônada* de compreensão do mundo. Habermas quis defender que fatores sociais vão informar, engessar e modificar a linguagem, e não o contrário. O argumento heideggeriano de que não podemos “sair da linguagem para falar dela” porque estamos presos a ela e, portanto, estamos condenados à hermenêutica, nos leva erroneamente a pensar que a linguagem é a totalidade do mundo ou da existência. *Linguagem (Sprache) é um dos eixos constitutivos do sujeito, somados à propriedade (Herrschaft) e ao trabalho (Arbeit). Todos estes eixos constitutivos, para Habermas, estarão presente em todas as formas de reprodução da vida, negando o nível apofântico ou hermenêutico, negando o como hermenêutico e o como existencial(prévio).*

Esta crítica de Habermas foi por ele complementada no ensaio “Filosofia hermenêutica e filosofia analítica: duas versões complementares da virada linguística”, onde Habermas se deu conta de que Humboldt foi um dos primeiros autores a verificar nos conteúdos linguísticos esta possibilidade de “interação” na sociedade, de “entendimento mútuo entre interlocutores” e, portanto, de conhecimento entre sujeitos aliados a outros fatores que não a linguagem totalitariamente. Habermas voltou à velha questão kantiana da “possibilidade” de conhecimento”. Como é possível o conhecimento de sujeitos entre si, para falar e agir?

Há um conhecimento prévio de signos, mas uma racionalidade a posteriori que o sustenta. Estes alimentos se casam para que a linguagem se manifeste como essência da relação em sociedade. Esta concepção de necessidade de conhecimento prévio nasce da virada linguística. Habermas dirá que este ponto zero de onde se permite o conhecimento faz possível a comunicação e o entendimento. Daqui, duas vertentes se extraem: a linhagem analítica e a hermenêutica.

toda a tradição hermenêutica é atravessada pela tensão entre um particularismo da abertura linguística ao mundo e o universalismo de uma práxis de entendimento mútuo, orientada para as coisas. Como Heidegger e Gadamer reduziram esta tensão a apenas um de seus lados, ela se tornou um desafio para a próxima geração. (HABERMAS, 2004, p. 65).

Habermas demonstra que Humboldt foi um dos primeiros a efetivamente romper com os pressupostos básicos da linguagem desde Platão e Kant, apontando em sua “concepção transcendental” da linguagem, que estrutura a forma de vida da comunidade (cognição e cultura). A linguagem então não é instrumento nem meio, ela é um fim em si, já que uma língua é “criadora de contextos intersubjetivamente partilhados, corporificada em expressões culturais e práticas sociais”.

Habermas afirma com isso que autores como Humboldt e Hamman foram os verdadeiramente pioneiros em analisar a linguagem como a raiz comum da “sensibilidade e do entendimento” em uma comunidade social e política que não se reduz ao fenômeno linguagem, embora seja *também por ele* alimentado. Na precisa leitura de Segatto:

De modo geral, podemos dizer que são dois os traços fundamentais dessa virada lingüística: em primeiro lugar, como consequência da superação da concepção tradicional da linguagem como “instrumento”, ela é considerada como elemento constitutivo do pensamento e do conhecimento e, nessa medida, é considerada como condição de possibilidade tanto da objetividade da experiência quanto da intersubjetividade da comunicação; em segundo lugar, a superação das premissas da filosofia da consciência, conduz a uma necessária destranscendentalização da razão: a linguagem manifesta-se sempre em línguas particulares e históricas e não permite, por isso, uma separação estrita entre o transcendental e o empírico, entre o a priori e o a posteriori. (SEGATTO, 2010, p. 63)

Habermas concluiu neste sentido que a tradição lingüística e a tradição hermenêutica estão conectadas de modo que se busca afastar a questão da “objetividade” do conhecimento, da “coisa em si” para uma maleabilidade que se fragiliza de acordo com o tempo: as pré-condições de conhecimento, como a linguagem:

A conjunção de ambos os pontos de vista sobre a linguagem instaura no empreendimento de Humboldt uma tensão entre o particularismo da abertura lingüística do mundo (ligado ao ponto de vista semântico) e o universalismo de uma prática voltada para o entendimento mútuo (ligado ao ponto de vista pragmático). Segundo Habermas, filósofos como Heidegger, Gadamer e Taylor tendem a

dissolver essa tensão, ocupando-se apenas com um de seus pólos. Coloca-se, pois, o desafio de mostrar como tal tensão pode se estabilizar em uma concepção de linguagem como órgão formador do pensamento e, ao mesmo tempo, como médium do entendimento mútuo. (SEGATTO, 2010, p. 65).

Mas Habermas chama a atenção para que em Humboldt, a linguagem não é um “todo”, um “acabado”, muito menos uma janela que nos abre ao mundo. A linguagem é uma atividade, uma produção, um desencadeamento (semelhante à leitura de Deleuze e Derrida acima). Novamente: não fosse assim, os dicionários seriam absolutos. Habermas faz críticas sutis aos diagnósticos apressados de Heidegger e Gadamer:

Habermas prescreve que Humboldt já era cuidadoso com o elemento “linguagem”. Humboldt foi o pioneiro a retirar de Kant e Descartes o ego pensante para substituí-lo pela intersubjetividade, pela comunicação que busca o entendimento do mundo pelos signos. A questão é que o século XX fez disso uma “totalização indevida do elemento linguagem”: “Assim como Heidegger, Wittgenstein conta com o pano de fundo de uma compreensão do mundo que, sem poder, ela mesma, ser verdadeira ou falsa, fixa de antemão os critérios para enunciados verdadeiros e falsos” (HABERMAS, 2004 p. 82).

Por outro lado, filósofos como Charles Taylor – seguindo a trilha aberta por Heidegger – retomam a compreensão da linguagem como atividade apenas no que se refere a sua função de abertura do mundo: “Taylor tende a uma totalização dessa função da linguagem de abertura do mundo. Com isso, ele cai em um perspectivismo epistemológico, que o próprio Humboldt evita”. (SEGATTO, 2010, p. 67).

Assim, a linguagem é apenas mais um campo do saber, não a janela que abre a possibilidade de conhecimento para o mundo, e, neste sentido, sua função é a de ferramenta, não a de mônada. Nas palavras de Habermas:

De modo bem simplificado, a história da filosofia teórica na segunda metade do nosso século pode ser caracterizada por duas correntes principais. De um lado, ocorre uma sinopse dos dois heróis, Wittgenstein e Heidegger. O historicismo superior dos jogos de linguagem e das aberturas ao mundo epocais é a fonte de inspiração comum para uma teoria pós-empírica da ciência, uma filosofia neopragmática da linguagem e a crítica pós estruturalista da razão. De outro, a análise empírica da linguagem, originária de Russel e Carnap e sempre marcada por uma compreensão meramente metodológica da virada linguística, estende-se e ganha validade universal com Quine e Davidson [...] e chega por fim a uma concepção nominalista da linguagem, que concede primazia aos ideótipos falantes individuais sobre o universo social do sentido corporificado na linguagem e intersubjetivamente partilhado. Com isso, a linguagem perde o status de fato social que lhe fora atribuído por Humboldt com seu conceito de espírito objetivo. (HABERMAS, 2004, p. 83).

“Status de fato social” são as palavras-chave em Habermas para a questão da linguagem. Habermas desconfia desta capacidade “objetiva” da linguagem tanto no tecido analítico quanto no hermenêutico, em toda a tradição que “a virada linguística” atravessa. Desde a filosofia kantiana, em que tentamos romper com a prisão do objeto pelo sujeito na epistemologia, não chegamos a um estágio “melhor” do conhecimento pelas primazias dos pensamentos da filosofia da linguagem. A questão é que Humboldt “aprimorou pragmaticamente” a perspectiva kantiana, sem cair nas armadilhas da filosofia da linguagem como “dado objetivo para abrir o conhecimento ao mundo”, pois os jogos de linguagem não podem apreender ou reduzir o mundo. Mudar de “razão” para “linguagem” é a versão hermenêutica da filosofia para estabelecer as condições para a verdade com fundamento na tradição e na pré-compreensão. Este é o argumento apressado. E esta é a pressa que foi trazida para a hermenêutica jurídica.

Habermas também é herdeiro da racionalidade comunicativa, da virada linguística, construindo os conceitos de racionalidade plural e procedimental, já que a “faculdade de julgar” em Kant foi substituída pela “faculdade de julgar assentada na própria ação comunicativa”, uma “faculdade de julgar associada à atitude performativa dos que agem comunicativamente” (SEGATTO, 2010, p. 76), trabalho natural de um crítico da modernidade. Por isso, Deleuze o trata ironicamente por conta de seu agir comunicativo (e com alguma injustiça, como mostrado neste trecho final) no abecedário de Parnet. Mas o abrir de olhos que Habermas deseja para a leitura de Hamman e Humboldt é o alerta de que, de fato, a linguagem traz pré-condições para o entendimento. Mas que sua capacidade de conhecer o mundo não se esgota nela, erro da filosofia hermenêutica e da hermenêutica

filosófica, já que outros elementos também dão constituição ao ser fora da linguagem (visto por imperativos sistêmicos, sobretudo econômicos, onde se nutre a “solidariedade social”: trabalho, propriedade linguagem). A linguagem está na sociedade, a sociedade não é *sociedade* graças à linguagem (resultado de dois milênios de leitura da frase aristotélica segundo a qual o homem é um animal político porque se comunica). Em uma sentença Habermas resume este pensamento:

Enquanto Heidegger realiza diagnósticos da época por conta própria, a filosofia da linguagem de Humboldt sugere a divisão de trabalho com uma teoria social que leva a sério, como recurso da solidariedade social, um mundo da vida reproduzido pelo agir comunicativo, e sabe que essa solidariedade corre sempre o risco de ser dominada e destruída pelos dois outros mecanismos de integração social, os mercados e as burocracias. Nessa visão, a modernidade não é ameaçada pelo agouro monótono e incontornável de um destino do Ser indeterminado e funesto, mas por imperativos sistêmicos, sobretudo econômicos, que consomem os recursos do mundo da vida dos quais se nutre a solidariedade social. (HABERMAS, 2004, p. 97).

Acho importante parar por aqui. Talvez porque paramos em Rorty, Deleuze e Derrida por suas *desfundamentações* neste aspecto da questão da filosofia da linguagem, e ainda não avançamos quanto ao alerta de Habermas sobre hermenêutica e a linguagem. Neste fechamento, usei-os intercalados com alguns leitores em trabalhos monográficos para demonstrar que a distância entre *apofântico e existencial* ou *apofântico e hermenêutico* na tradição heideggeriana continua não salvando a filosofia da linguagem e a nova hermenêutica do equívoco de projetos universalizantes da epistemologia, e com diversos problemas de justificação pelo referencial da linguagem.

É difícil acreditar que possamos disseminar estes alertas no direito, e o desafio está lançado. Afinal, nossa tradição, ainda kantiana, costuma desqualificar os trechos de Deleuze, Derrida e Rorty para chamá-los de subversivos (eufemismo para esquizofrênicos), simplesmente por não oferecer categorias, não submeter conceitos ao grande Tribunal da razão kantiano. Mas, em seu lugar, causam o mal-estar urgente e necessário desta anti-virada linguística, a náusea que precisamos para o que detemos e para o sistema hermenêutico supostamente *coeso* (constructo da supremacia judicial) que aí está para conhecer o mundo,

agora ainda mais ramificado graças aos sedutores e importantes passos dados pela linguagem na virada para o século XX: a *compreensão*, a diferença entre ser e ente, a hermenêutica, etc. Insisto que, quando levados ao direito, possuem uma função muito mais perniciosa em prol da supremacia judicial do que democrática em prol do diálogo e da segurança institucional.

Conclusão do capítulo: somente após nos darmos conta, o juiz solipsista representa um risco? A supremacia judicial *mais forte* graças à hermenêutica *supostamente* mais crítica.

É importante entender que o texto jurídico não é autônomo, e que a norma é dele extraída pelo sujeito sem que este possa escravizar o objeto. É importante conter os excessos da filosofia científica ou analítica, plantonista-kantiana, ou ainda focada no sujeito, como na fórmula aristotélico-tomista. É importante também compreender que não há um só método de interpretação e que todos se condensam no ato de aplicação do direito. Tudo isso para afirmar que a virada da filosofia da linguagem possibilitou algum amadurecimento nos juristas. Mas nada *além* disso. Ainda restam os edifícios que Derrida quer destruir, agora mais altos do que já eram até os kantianos.

A nova hermenêutica jurídica, tomada por fortes argumentos como estes, passa a surgir como a sumarização de todo o conhecimento hermenêutico que detemos, como se tudo que antecedeu houvesse evaporado na teoria do direito e suplantado pela virada paradigmática da linguagem, como se sua prática fosse solução para todos os problemas interpretativos. Por isso, autores da “anti-virada” são necessários. A expressão nesta premissa equivocada ainda é a “pré-compreensão” heideggeriana:

Nessa ordem de ideias, a nova hermenêutica reconhece a linguagem como condição de possibilidade para atividade interpretativa, vale dizer, toda interpretação pressupõe uma pré-compreensão que se dá segundo o “horizonte” de conhecimento do intérprete. Daí a conhecida máxima heideggeriana de que “toda pergunta já pressupõe uma intuição do perguntado”, isto é, “o mensageiro já vem com a mensagem”. Desta forma, a relação que se estabelece é sujeito-sujeito, em que a linguagem tem papel preponderante no desenvolver da atividade interpretativa. Assim é que, este estado de inadequação em relação a estes “novos” paradigmas, impede que a cultura jurídica atente para o fator criativo inevitavelmente presente na atividade interpretativa, pugnando por uma neutralidade na interpretação que não escapa à ideologização (OLIVEIRA, 2008, p.23).

A crítica que sugiro não encontra nada de revolucionário no projeto acima a ponto de modificar a reflexão sobre a aplicação do direito, e isto é, ainda, repetição da metafísica que critica. É perigosa a hermenêutica que nos carregue para um âmbito “seguro”, “crítico” ou “emancipatório” de interpretação como pensou Gadamer. Porque esse âmbito seguro não existe, finalisticamente. Embora seja de fato impossível “pugnar pelo afastamento da pré-compreensão na interpretação” ou um mínimo de “ideologização”, méritos estes da filosofia heideggeriana, a filosofia da linguagem oferece muito pouco aqui em termos de valores epistêmicos. E quem falou por mim nesse capítulo foram Deleuze, Derrida, Habermas e Rorty. Se detemos uma consciência acumulada por narrativas e dela nos valemos para aplicar o direito, qual a diferença desse novo projeto para com os antigos, com toda a tradição que nos antecede? Pouco importaria se escapa ou não à ideologização, não há apenas uma troca de referenciais aqui? Toda a sustentação de transição da filosofia da consciência para a viragem paradigmática da linguagem é bastante autoexplicativa, como visto acima, e quis insistir nesse ponto e nos seus méritos, mas no que ela altera as possibilidades de fazer e de criar o direito?

Para ser menos abstrato, recorra-se, por exemplo, à ADPF 186 julgada pelo STF, como um precedente positivo. A interpretação do Código Penal conforme a constituição permitiu que STF lembrasse que o texto penalizador possibilita muitas normas: mas nenhuma delas poderia ser aplicada para configurar a manifestação da marcha da maconha como delito de apologia ao crime, devendo *esta interpretação* ser afastada. No mesmo sentido, qualquer atitude que represente manifestação pacífica, como a marcha da maconha, não seria tipificada criminalmente como delito de apologia ao crime ou criminoso. A liberdade de expressão foi protegida ao afastar-se *hermeneuticamente* qualquer elo entre a marcha da maconha e o crime de apologia ao crime ou fato criminoso. Aqui esteve presente a pré-compreensão, já que estamos “condenados” a interpretar, a todo tempo, valendo-se da técnica da interpretação conforme, isso é, o texto abriga várias normas penais, mas dentre elas não se inclui a que condena a liberdade de expressão.

É claro que em processos como a mutação constitucional e a interpretação conforme a constituição aumenta-se a complexidade em que a jurisdição constitucional vive, muitas vezes em favor de seu fortalecimento. Mas a questão é que o processo acima descrito na ADPF 186 só seria capaz porque detemos pleno conhecimento da diferença entre texto e norma. Pergunta-se: apenas graças ao giro-ontológico, à virada hermenêutica ou pragmática da linguagem em detrimento da filosofia da consciência isso foi possível? Foi apenas o

desenvolvimento posterior à teoria dos jogos, ao giro ontológico linguístico ou a hermenêutica filosófica o que nos deu as condições para tanto?

O fato de termos hoje um robusto texto constitucional, teorias do discurso e da argumentação, nos concede (aliado à contribuição da filosofia da linguagem que procurei acima resumir quanto à diferenciação entre texto e norma) é claro, uma capacidade argumentativa de dar respostas aos referentes como visto neste julgamento, decisões que qualquer um pode entender como coerente. Daqui se seguem as longas decisões das supremas cortes no mundo, as deliberações com profundo apego à argumentação e aos precedentes. Mas a conclusão de que a nova hermenêutica permite dar legitimidade a esse processo, ou que somente ela permitiu esse processo, não é correta. E então ela sempre ressurgue, despretensiosa, justificando e reforçando a supremacia judicial.

Quero enfatizar, por outro lado, que não busco um *passado inexistente*, não há utilidade na pergunta “como seria o século vinte sem a virada da linguagem”. A pretensão é apontar o quanto o sujeito da nova hermenêutica não é o herói que permite tal processo do modo como vem sendo divulgado. E que talvez a questão da linguagem não represente uma *virada*. No caso do exemplo acima uma coerência normativa e lógica é o que ativa o processo de interpretação conforme com a legislação distante desse sujeito simplesmente para não permitir a criminalização de manifestações pacíficas. Por outros caminhos, o Tribunal iria encontrar esta resposta.

Tome-se, agora, um exemplo negativo do mesmo exercício de distanciação texto/norma nos padrões da nova hermenêutica. É possível um discurso pleno deste sujeito, da não discricionariedade, enfim, da nova hermenêutica, possível de construir um argumento *solipsista* combatido, radicalmente oposto ao texto constitucional, o que a nova hermenêutica teria como mérito combater. Nos argumentos de Eros Grau, por exemplo, para afastar a aplicabilidade do artigo 52, X da constituição sob suposta mutação constitucional na tão polêmica Reclamação 4335, o Senado serviria de imprensa para o Judiciário após o controle difuso do STF, em total descolamento com o texto constitucional. A questão é que ele o fez justamente dentro do argumento de que “intérpretes não estão livres para modificar o texto normativo a seu bel-prazer”, justamente o que foi feito no voto:

os intérpretes autênticos não estão livres para modificá-lo, o texto normativo, à vontade, reescrevendo-o a seu belprazer; o intérprete *inscreve-se na tradição do texto* --- quer se amolde a ela com exatidão, quer se afaste dela em algum ponto, para atualizá-lo, o texto, é sustentado por ela, apóia-se nela e deve referir-se a ela, pelo menos implicitamente, se quiser que sua narrativa seja entendida pelo público; o intérprete há de construir a norma respeitando a coerência interna do texto, sujeito a uma série de associações, oposições e homologias que conferem sentido ao texto, de modo que, em verdade, não inventa a norma. **Permito-me repetir o que afirmei em outra oportunidade, para dizer que a norma encontra-se em estado de potência involucrada no texto; o intérprete a desnuda.** Nesse sentido --- isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado --- é que afirmo que o intérprete "produz a norma". O intérprete compreende o sentido originário do texto e o deve manter como referência da norma que constitui. Dimensão legislativa e dimensão normativa do fenômeno jurídico, qual observei inicialmente, compõem um só processo [...] Isto posto, o Eminent Relator extrai o seguinte sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, no quadro de uma autêntica mutação constitucional: ao Senado Federal está atribuída competência privativa para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional. (GRAU, 2007, p. 07-09, grifei).

Com estas justificativas (do prisma hermenêutico) inverte-se ao todo o sentido do texto, criando norma inexistente. Onde estava a pré-compreensão, a tradição, o respeito “à coerência interna do texto, sujeito a uma série de associações, oposições e homologias que conferem sentido ao texto, de modo que, em verdade, não inventa a norma”? Perceba-se que os ingleses, com a sua reforma constitucional, e os franceses com a instituição do QPC agem da mesma forma (conferindo poderes ao judiciário). O indecível, o rastro, o *nada* sempre perseguirá o jurista em uma *anti-hermenêutica* não *fundacional* que lhe demandará algum exercício criativo e discricionário, mesmo afirmando (no mesmo corpo textual) que está fazendo o *correto* forte hermenêuticamente no argumento da tradição e no processo hermenêutico. É discricionário e aqui a filosofia da linguagem não se presta para salvar-nos, mas para fundamentar uma discricionariedade judicial. Sim, um julgado é muito mais complexo do que parece e possui outras sinuosidades, mas é a demonstração evidente da possibilidade de descontrole nas decisões dentro das propostas da nova hermenêutica, o que os autores da filosofia acima debatiam na epistemologia. Ou ao menos do discurso de *tradição*. O invólucro da norma, pelo texto, pode, sim, fazer as vezes de um trabalho muito pior que o exegeta napoleônico. Claro que, por outro lado, o defensor da hermenêutica se resumiria a afirmar que no exemplo acima foi o sujeito decisor quem “errou” pelos padrões da “nova” hermenêutica. Mas o que ele fez foi seguir justamente argumentos típicos da virada linguística e da hermenêutica (distanciou texto e norma, falou em “potência involucrada pelo texto”) – violentando com isso, ao mesmo tempo, texto e norma, não nos dando, enfim, segurança jurídica alguma pela via da hermenêutica.

Portanto, a denúncia da velha hermenêutica substituída por uma nova, a qual, agora, "tem consciência da subjetividade do intérprete e traça julgamentos por *princípios* como elementos fundadores", não alcança uma substituição ontológica tão evidente, muito menos trará previsibilidade decisional. Continua sendo ôntica, não ontológica. A intersubjetividade e o círculo hermenêutico são importantes para nós, mas se tornaram um apego vazio à justificativa de nossa falta de racionalidade arremessada pela supremacia judicial.

Combater um *juiz solipsista perigoso*, sustentando que *a constituição não pode o que o intérprete quer que ela seja*, não é problema resolvido pela "nova hermenêutica" ou pela filosofia da linguagem, por mais que persistam os defensores desta em sustentá-la como a grande salvação da filosofia contemporânea¹⁵³. Pois aqui a ameaça se converterá em um novo universal da filosofia, "uma estrutura de terror", segundo o apelo de Deleuze. E não é difícil acreditar muito mais no potencial de autores como Derrida, Rorty, Deleuze e Humboldt para combater o *solipsismo* do que pela virada paradigmática da linguagem¹⁵⁴.

Se queremos confiar nos aplicadores do Direito e alcançar segurança jurídica, podemos nos apoiar muito mais adequadamente nos elementos que tantos outros autores de estilo mais modesto como Maccormick, Nino, Shapiro, Raz e Hart construíram sobre coerência a integridade na teoria do direito e na teoria da argumentação. E nada mais. Aliás, estes autores são repetidos neste projeto hermenêutico como se pertencessem a esta tradição. O *juiz solipsista* não é perigoso agora, ele sempre foi, não se tornou perigoso a partir do momento em que nos demos conta dele. O meu argumento é que a filosofia da linguagem e todo o projeto da virada linguística (culminando na *nova hermenêutica*) não consegue demonstrar a capacidade de conter este *juiz inimigo*, herdeiro da filosofia da consciência, senão foram capazes de torná-lo ainda mais complexo (analítico pela linguagem), e então o

¹⁵³ Neste sentido, confundindo hermenêutica clássica com positivismo exegético: "Explicitando melhor, no processo interpretativo postulado pela hermenêutica clássica (subjetivista/objetivista) o intérprete, através de métodos pré-estabelecidos, ou expressões vagas e indefinidas que buscam "preservar" o conteúdo inicial da Lei – como se o Direito não fosse dinâmico e a interpretação a atualização constante das regras jurídicas –, tais quais "vontade do legislador" (subjetivistas) ou "vontade da lei" (objetivistas), deve penetrar nos sentidos ocultos do texto, ou enunciado normativo, e dali retirar seu sentido. Vale dizer, o intérprete é o sujeito, o texto da lei o objeto e a linguagem mero instrumento para transcrição do sentido já presente na lei. **Ou seja, texto e norma são uma mesma realidade, em um plano abstrato em que um e outro se confundem [...]. Diferentemente, no interior da nova hermenêutica, entendida dentro da hermenêutica fenomenológica de Heidegger e Gadamer, pugna-se por uma interpretação onde a intersubjetividade assume o papel de destaque, vale dizer, tanto o intérprete quanto o texto da lei (enquanto linguagem) são sujeitos do processo interpretativo e é da fusão de seus horizontes que resulta a interpretação"** (OLIVEIRA, 2008, p. 21, grifei).

¹⁵⁴ "Consistent with this view, Derrida's philosophy provides the basis to account for a comprehension of otherness. What matters is not a sort of solipsism and egoistic presence, but rather the unlimited play of signs, the other's otherness. Différance, as the impossible, is the incessant question of the other, of the different, in contrast to the metaphysics that thinks of an identity or even reifies the difference" (BENVINDO, 2010b, p. 173).

tornamos ainda mais forte e empoderado na jurisdição constitucional, que, agora, parece não mais submeter-se a qualquer controle *objetivo* (firme no argumento da tradição) em seu juízo.

A ideia da aplicação de um direito coeso, como a elaboração de um romance em cadeia, a construção de uma catedral, ou qualquer outra analogia narrativa que o valha, é o ponto em comum neste afinamento em direção à supremacia judicial. O discurso filosófico hermenêutico, na *tentativa de fazer algo grandioso*, foi o Hall de entrada deste sonho. *Decidir de forma correta*, um apelo que ocupa quase essencialmente a hermenêutica jurídica nas suas confusões contemporâneas, tem mais um apelo antigo da teoria do direito do que o giro linguístico na filosofia por processos hermenêuticos, enfim, não necessariamente mudou a estrutura de raciocínio nem inovou a filosofia. Apontei então que Deleuze, Derrida e Rorty temiam esta falsa habilidade com que os wittgensteinianos e todas as ondas subsequentes resumiam a filosofia no projeto da linguagem, e eu temo a hermenêutica jurídica que se impõe pela filosofia da linguagem também para reduzir uma imensa complexidade da interpretação e aplicação do direito visando um referencial de segurança que não existe, e com isso fortifica ainda mais, sem razões aceitáveis, a supremacia judicial. A hermenêutica não otimiza a decisão judicial do modo como promete.

Faço uso destas críticas para afirmar que a estrutura de uma decisão constitucional elogiada por um defensor da nova hermenêutica pode ser apreciada por um glosador medieval arremessado na filosofia da consciência, bem como que, com uma narrativa da nova hermenêutica, é possível (e muito) violentar o texto, rasgar a tradição, os princípios, o precedente, criar normas indevidamente. Pelo menos metodologicamente falando. Não há segurança jurídica garantida em nenhum dos lados, um “ponto de partida” em que deveríamos priorizar a hermenêutica. Aqui, pensar que, em *termos de aplicação do direito nós, hoje, somos certos com a filosofia da linguagem e que eles, ontem estavam errados com a filosofia da consciência*, é um daqueles poucos erros que consegue ser histórico, político, filosófico (e agora jurídico) ao mesmo tempo. Ainda é, conforme vimos por Rorty, projeto da história da filosofia, portanto projeto analítico-historicista. Vejo como opinião política na teoria do direito para sustentar de modo muito sutil a supremacia judicial, não como premissa metodologicamente defensável para compreender a hermenêutica jurídica em seu projeto universal “constitucional e democrático sob os paradigmas da virada linguística”.

O que acontece é que, com o passar do tempo, discursos de direitos fundamentais e tolerância se tornam mais ostensivos e o discurso do constitucionalismo se torna mais forte

trazendo (supostamente) maior segurança jurídica. Não é propriamente uma evolução hermenêutica pela filosofia da linguagem. Bastam novas crises políticas ou institucionais para colocar tudo abaixo, e estamos próximos de observar isso na realidade brasileira atual. Por isso, proteger a integridade constitucional é um projeto que tem muito mais de reprodução de conhecimento, educação e tolerância entre seres humanos do que propriamente de observação dos paradigmas filosóficos da linguagem para o momento da interpretação (como se só com estas tornamo-nos cientes de que não se deve ser solipsista nem violentar o significado dos referentes).

E graças a isso seguimos carregando um problema político ainda sem solução: o judiciário e a supremacia judicial. Culpa, em parte, da má crítica institucional dos últimos anos contra a supremacia judicial, e, agora, por uma fé cega em uma hermenêutica e no seu giro linguístico fundador que consagra o magistrado com integridade, repetindo “acertos jurídicos”. Para evitar uma leitura sincrônica desta última sentença, não afirmo que a jurisprudência se reproduz ou se deforma em colisões sociais e decisões, apenas sustento que o processo de aplicação é demasiado complexo e sua racionalidade limitada¹⁵⁵ para se pretender auto afirmativo e curado pelo giro linguístico e pela hermenêutica como teoria da decisão judicial (como visto há muito por Ingeborg Maus e pelo conceito de direito em Habermas). Na “nova hermenêutica”, a “virada da ontologia” pela filosofia da linguagem e suas sentenças são, todas, um dos muitos capítulos neste duro processo de construção do Direito, mas ainda não consigo enxergá-las como a revolução totalizante, como a *virada* do processo em direção ao novo. Aprendemos com a nova hermenêutica, mas não podemos parar satisfeitos nela, porque assim reforça-se a supremacia judicial.

Retomando os tópicos, concludo então que I) a nova hermenêutica e a virada paradigmática da linguagem não criam um novo modelo de fuga da metafísica ou uma filosofia da imanência que torne previsível os jogos linguísticos, os referentes, os signos ou a distinção entre significado e significante a ponto de nos pacificar com a hermenêutica,

¹⁵⁵ “[...] confirmed the hypothesis that balancing, as a proportional evaluation of constitutional principles and values, is not the satisfactory response to the indeterminacy of law nor to the rationality in legal reasoning (at least one that acknowledges its boundaries in constitutional democracy), while revealing a possible response in this subject matter, the third part will radicalize even more this debate: it will show that only by acknowledging its boundaries can adjudication indeed grasp, although not thoroughly achieving them, the complexities and tensions of the reality and do justice to the other. It will thus confront the response we examined in this chapter with the premises of Derrida’s philosophy and, from this debate, show that it is possible to think of another way to deal with cases, no longer by directly criticizing Alexy’s concept of rationality – for we have already shown its metaphysical standpoint – but by directly applying the concept of limited rationality” (BENVINDO, 2010b, p. 329).

conforme apreendido por Deleuze, Derrida e Rorty; II) a condição de procedibilidade da nova hermenêutica não faz com que contenhamos o solipsismo jurídico forte no argumento de *tradição*; e a distinção entre nível existencial e apofântico não resolve este problema III) em seu lugar, ainda oportuniza-se localmente o fortalecimento da supremacia judicial, em uma relação temporal e argumentativa, já que fortalece a crença em um magistrado *coeso* no ato de interpretação.

Se ofereço este ceticismo diante da hermenêutica, o problema da falta da legitimidade judicial na interpretação do texto constitucional e na fiscalização das leis continua vivo, e entendo necessário retornar agora para algumas propostas institucionais que propõem solução para a falta da legitimidade do judiciário na revisão judicial (sem retirá-lo totalmente desta função, como fizeram os autores das propostas no capítulo I), portanto fora de teorias da última palavra *em busca de uma constituição política* que não pode existir enquanto teoria da última palavra. No capítulo seguinte, aponto estas alternativas para o problema inicial, já que a supremacia judicial nunca esteve mais forte por conta desta relação filosofia da linguagem/supremacia judicial que sugeri no presente capítulo. Vai ser difícil contorná-la em razão disso. Portanto, é preciso radicalizar com as propostas criativas de Rosenkranz, Günther Teubner e Richard Albert sobre a questão do constitucionalismo e da revisão judicial, foco do próximo capítulo como as únicas alternativas com algo de *realmente novo* a oferecer nestes campos (e paralelamente à desgastada discussão hermenêutica).

PARTE 03. FUTURO E DIREITO CONSTITUCIONAL: ALTERNATIVAS À CONSTITUIÇÃO JUDICIALIZADA

“The zeal of constitutional scholars to advocate non judicial avenues of reform has often led them to miss what many of the participants of popular constitutionalism recognize—that judicial strategies, even indirect judicial strategies, can be central for accomplishing popular constitutionalists’ goals. Not always”.

Sean Beienburg and Paul Frymer, The People Against Themselves: Rethinking Popular Constitutionalism, p. 263.

“As people increasingly organize their political strategies around judicial interpretations of the constitution, judicial review may begin to look a lot like judicial supremacy. But appearances can be deceiving. Judges are part of a larger system of politics, social influence, and persuasion”.

Jack Balkin, The Framework model and constitutional interpretation, p. 264.

Capítulo III. Pós-hermenêutica no constitucionalismo: há, ainda, alguma proposta a vingar, de remanescente e sólida oposição à revisão judicial?

No capítulo antecedente dediquei a estruturação mais longa desta dissertação para demonstrar a dificuldade de destituir a supremacia judicial graças a sua sutil aliança com o acolhimento de um discurso filosófico da *nova* hermenêutica e da virada linguística na decisão judicial. Mostrei, contudo, que, na própria filosofia contemporânea, este movimento é visto como *perigoso e inútil* por autores recentes, enquanto consideram as questões da linguagem apenas como *mais um campo do saber* (ao lado da linguagem, da ética, da política, da epistemologia, da estética) isto é, como são todos os outros, ou alimentados por outros elementos (a propriedade – condições materiais, e o trabalho). Deixando então de ser tão óbvio o argumento de que a linguagem constitui o mundo (ou reduz o mundo a alguma coisa), não seria tão óbvio que a falta de legitimidade do judiciário na revisão judicial restou consertada pelo fenômeno da linguagem (ou quando atendidos aos seus requisitos hermenêuticos). O problema só muda de roupagem. Aliás, os próprios mecanismos judiciais sob este modelo “novo” permitem decisões discricionárias.

Este ceticismo colocado às doutrinas da “virada linguística” acima serviu para perceber que o problema da supremacia judicial se tornou algo reificado, e que sobretudo por conta dele as “teorias da última palavra” e a ciência política não o vencem. Enquanto parece que o problema da supremacia judicial é político ou histórico, ele é argumentativo, dentro desta fundamentação de elucubração filosófica acima observada. Estamos então encurralados neste jogo em que as regras são dadas pela constituição *jurídica* (certificada pela hermenêutica) enquanto as críticas acadêmicas políticas foram mal. Além disso, o exemplo dos ingleses, por exemplo, sugere que hermenêuticamente a revisão judicial de modo fraco foi incluída em seu país, e os franceses, do mesmo modo, o fizeram no *QPC*, com algumas modificações institucionais a partir de evidentes *concessões interpretativas*. Ambos países de tradições em que a revisão judicial pareceria impossível. Está *inviolável* então um sentido constitucional da revisão judicial que continua sendo atribuído (hermenêuticamente) por magistrados (atores não eleitos), algo visto também nas estruturações cada vez mais complexas de controle de constitucionalidade, passando a admitir um modelo de revisão judicial onde este sequer pareceria possível, graças ao *discurso hermenêutico*.

Então o retorno ao debate institucional é necessário. Algumas alternativas recentes são úteis para completar o debate. Há propostas realmente inovadoras neste campo: i) a ideia de Nicholas Rosenkranz defendendo que a inconstitucionalidade não está na “lei” mas no “sujeito” responsável pela sua elaboração, construindo um novo modelo de revisão judicial sob os argumentos de seu trabalho “*Subjects of constitution*”; e ii) a proposta de “abertura” e “democratização” constitucional de aplicabilidade, muito mais aprofundada do que a proposta de Peter Häberle: Günther Teubner e a constituição *monetária*, Richard Albert e a “advisory review” diante da cláusula canadense do “não obstante”. Todos falam de uma “efetivação do discurso constitucional legitimando novos intérpretes ou permitindo o *devoir* político”, ou pensam a autonomia de cada sistema (político, econômico), onde em vários ambientes *a suprema corte* não deveria se imiscuir. Ou seja, a possibilidade da própria revisão judicial, ou da modificação constitucional, ser pensada em um sentido eficiente, porém *nunca reduzidas às cortes*.

O meu objetivo é apontar que estas são as propostas que *fogem em parte* da circularidade de teorias da última palavra expostas no capítulo I com maiores chances de êxito, pois contornariam a *discricionariedade* hermenêutica que a judicialização apreende. Ou seja, não são reféns do discurso hermenêutico ou filosófico-linguístico para justificar a supremacia judicial. Entretanto, também nestas sugestões vanguardistas, há tantos riscos quantas vantagens, e daqui decorre o argumento de que o problema pode nos arremessar de novo para as discussões de legitimidade esgotadas no capítulo I. Tomo como argumento, depois de todo o criticismo dos autores acima delineados, que ações políticas e jurídicas não são tomadas autonomamente ou isoladamente na reprodução de um Estado de Direito, importante amadurecimento do constitucionalismo popular recente¹⁵⁶. É necessário, por isso, extrair o que pode ser valioso destas correntes contemporâneas.

¹⁵⁶ “The critical point of this essay, and so exceptionally illuminated in both Ackerman’s and Shugerman’s books, **is that law and political action rarely occur in isolation**, whether as an individual or a group or even a population. Institutions engage and produce these actors, and not in a manner that is without meaningful skew. The next step in understanding popular constitutionalism is to expand the confines of our institutional boundaries, scrutinize the intersections, and analyze under what conditions elected representatives, judges, and others acting under the US Constitution find the institutional and political warrants for carrying out the will of the people.” (BEIENBURG; FRYMER, 2016, p. 263).

III.1. Subjects of Constitution, de Nicholas Rosenkranz;

Nicholas Rosenkranz é um dos autores da tradição americana reconhecido pela originalidade de sua proposta. A sua produção pela revisão substancial e processual do modelo de controle de constitucionalidade existente nos Estados Unidos rendeu profunda reavaliação do *modo operacional* da revisão judicial, visando permitir *transparência* no julgamento dos casos de jurisdição constitucional e *redução* do que ele chama de “confusões analíticas” no processo constitucional. Para isso, a sua argumentação sobre revisão judicial divide-se em etapas separadas em duas publicações sucessivas: a monografia “The subjects of constitution” e o posterior artigo, “The objects of the constitution”. Darei mais ênfase ao primeiro, comparando os argumentos centrais de ambos.

No primeiro trabalho, seu tom é provocador: não há sujeito sem predicado no constitucionalismo. Se há uma violação no direito, alguém viola algo. É impossível *algo* violando *alguma coisa* sem o sujeito por trás disso. É preciso então repensar a *transparência* da função da jurisdição constitucional na revisão judicial. Rosenkranz busca transferir o questionamento “qual Lei é inconstitucional” para “qual agente promoveu a sua inconstitucionalidade”. Com isso, fundamenta ser necessário encontrar o “quem” desta violação constitucional, o *sujeito* da violação constitucional, o que significa olhar para a revisão judicial e para a sistemática de proteção da constituição com *novas* lentes. Na sua precisa analogia: “afirmar que uma lei é inconstitucional é o mesmo que deduzir que são as armas que matam pessoas”¹⁵⁷. A lei, enfim, não é inconstitucional, e há, em seu lugar, uma *atitude inconstitucional*. E isso demandaria uma pesquisa no texto constitucional para reconhecer a quem caberia a *incumbência* de zelar por aquela legislação que foi *promovida* inconstitucionalmente. Para ele, é um erro histórico afirmar que a inconstitucionalidade mora na lei, como se houvesse uma entidade mística que a promove.

Para este projeto tanto audacioso quanto questionável, em diversos momentos Rosenkranz reconhece a dificuldade de estabelecer com precisão *qual é o sujeito responsável*

¹⁵⁷ (ROSENKRANZ, 2010, p. 1221, traduzi).

pela violação nesta atividade investigativa, como visto em verbetes impessoais da constituição, tal como emendas americanas que iniciem com “*nenhum Estado deve, ou não se deve...*” (2010, p. 1212), e tanto pior no rol extensivo da declaração de direitos (*bill of rights*), em que há a sempre a voz passiva descrevendo a norma. Então uma pesquisa para encontrar o *sujeito* nesta sentença é tanto dolorosa quanto necessária. O ponto de Rosenkranz é que a revisão judicial vai mal porque não encontra este *sujeito*, mas corre direto para seu *predicado*, o que mascara os agentes responsáveis pela violação e impede a transparência constitucional. Seria preciso então formar um novo modelo de revisão judicial:

But that is not the worst of it. To say that “a statute violates the constitution” is to perpetuate a pathetic fallacy that is profoundly analytically misleading. Statutes do not violate the Constitution any more than guns commit murder. Judicial review is not the review of statutes at large; judicial review is constitutional review of governmental action. Government actors violate the Constitution. And, as will be shown, the structure of judicial review turns on *which one* committed the violation (ROSENKRANZ, 2010, p. 1221).

Ou seja, a preocupação em formar um modelo de controle de constitucionalidade mais “ostensivo” em um sentido *processual* visa, a longo prazo, “externalizar” os sujeitos da constituição que a desrespeitam, o que promoveria um “conhecimento público” dos agentes e das instituições responsáveis por tais desvios. Parece não haver, na proposta de Rosenkranz, nenhuma *sanção* clara ao agente responsável neste modelo de revisão judicial que ele propõe, a ponto de justificar tamanha preocupação em indicar o sujeito responsável pela violação, mas o que Rosenkranz deseja é a função *simbólica* de demonstrar à sociedade os agentes que promovem a legislação inconstitucional, o que visa a renovação dos quadros dos sujeitos políticos a longo prazo e uma preservação da constituição que, graças a essa presumida renovação, asseguraria menos violações ao texto constitucional e por consequência a redução de litígios submetidos à jurisdição constitucional no decorrer do tempo. Na analogia romântica de que “o escopo do poder congressional é a estrela fixa no firmamento constitucional”¹⁵⁸, para ele, a indicação dos sujeitos constitucionais na revisão judicial poderia preservar a constituição *política*:

¹⁵⁸ (ROSENKRANZ, 2010, p. 1284, traduzi)

To speak of a challenge to “a statute” may sound like a euphemistic way of describing a challenge to the action—or the “Act”—of Congress in making it. But saying that the challenge is to the statute “as-applied” seems to suggest that the President—who decided how to apply the statute—is somehow to blame. Which is it? To say that “a statute violates the constitution” is not merely harmless euphemism. This formulation has corrupted and confused the nation’s dialogue about its Constitution—in classrooms and courtrooms, in law reviews and editorial pages, constitutional seminars and high school civics classes. To say that “a statute”—rather than a government official—violates the Constitution is to conceal and abet a constitutional culprit. This sort of circumlocution renders our government more opaque and less accountable, so **that the people do not know whom to blame, whom to vote against, whom to impeach.** (ROSENKRANZ, 2010, p. 1221, grifei).

Segundo Rosenkranz, esta confusão “eufemística” de denominar a “Lei” inconstitucional advém de uma série de *jogos e trapaças linguísticas* depois de tantos anos de dogmas jurídicos da revisão judicial, decorrentes da própria leitura excessivamente gramatical da constituição e de sua falta de apreensão *política*.

Perceba que ninguém está falando aqui em giro linguístico, de novo paradigma ontológico ou de nova hermenêutica como elementos argumentativos. Apenas está se verificando a imprecisão de nomenclaturas linguísticas que esconde o sujeito *reprovável* e *responsável* pela violação à constituição. Rosenkranz demonstra isso com precisão ao apontar a confusão gerada pela repetição da frase comum na jurisdição constitucional americana: “no *act of Congress violates the constitution*”¹⁵⁹, já que existem duas formas de ler esta frase: tratando *act* como Lei, ou qualquer norma do Congresso, e *act* como “*ato*”, isto é, como atitude, protagonismo, conduta¹⁶⁰. A doutrina constitucional insiste em ler a revisão judicial sempre da primeira forma, isto é, o *act* como Lei, afirmando que inconstitucional é a Lei pura e simplesmente: “The *act* violates...”. Porém o problema está na *atitude* do Congresso, não na Lei que o produziu, e a violação constitucional é sempre um *evento político* causado por algum órgão, possibilitado por uma ou demais autoridades responsáveis por seu processamento.

¹⁵⁹ (ROSENKRANZ, 2010, p. 1217).

¹⁶⁰ “And now, in common parlance, when Congress acts (lowercase, verb), the result is an Act (uppercase, noun) of Congress. But note the subtle difference between saying that “an act of Congress violated the Constitution” and saying that “an Act of Congress violates the Constitution.” The former (lowercase, past tense) focuses on Congress, its action in making the law, and the moment in the past when it was made; the latter (uppercase, present tense) focuses on the statute itself in the present, as though the statute were the culprit and its offense ongoing. No such confusion arises when discussing executive action explicitly, because “Act of the President” is not a term of art; thus one can say that “an action—or act [small “a”]—of the President violated [past tense] the Constitution” without inviting analytical confusion about the who or when” (ROSENKRANZ, 2010, p. 1217).

Este modelo de revisão judicial resolveria então dois problemas que Rosenkranz identifica no modelo americano, i) o de falta de transparência (política) na revisão judicial, visando com isso a *accountability* constitucional que busque apontar o “sujeito responsável e o momento da violação”, embora Rosenkranz não demonstre empiricamente *porque nem como* este apontar de dedos faria o *povo* mais atento ao processo político; e ii) o de “analítica” da revisão judicial, isto é, de confusões causadas entre a doutrina americana, o judiciário e a academia, decorrentes das violações constitucionais. Enquanto a primeira parece muito simples (mais transparência decorrente da exposição de alguma forma dos sujeitos constitucionais que violam a constituição), para esta última são necessários alguns esclarecimentos processuais.

Entre os americanos costuma-se diferenciar dois tipos de revisão judicial de acordo com a “forma” que a Lei desafia a constituição, isto é: i) “facial challenges” e ii) “as-applied challenges”. No direito positivo do país isto é ensinado no aspecto dogmático do controle de constitucionalidade. É simples a diferença: a forma “facial” challenge é classificada como o caso de declaração *integral* de inconstitucionalidade, ou seja, a lei é *totalmente* reconhecida inconstitucional sob todos os prismas, enquanto a forma “as-applied” verifica determinada *interpretação* ou *contexto* em que reconhece a inconstitucionalidade, preservando o seu texto ou parte deste texto. Ambos se dão a partir da análise de um caso concreto, pela obviedade do modelo difuso americano. Há aqui algo semelhante à declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto ou à interpretação conforme, tentando-se preservar em algumas circunstâncias o texto normativo no último caso (*as-applied challenge*).

Ocorre que Rosenkranz entende que esta doutrina divulgada no meio constitucional está totalmente equivocada, porque a omissão dos sujeitos constitucionais faz com que essa divisão visualize sempre “abstratamente” a autonomia da Lei, como se ela fosse inconstitucional “do pó” ou “do nada”, permitindo que a divisão se verifique. A distinção não faz nenhum sentido, na medida em que o que importa é reconhecer se houve ou não aplicação da Lei decorrente de sua aprovação (por parte do Congresso, por exemplo). No fim das contas, faria mais sentido perceber que a revisão judicial está i) verificando um caso concreto (uma lide) ou ii) abstratamente, a legitimidade da Lei. Neste último caso, gera-se a confusão do eufemismo da “Lei inconstitucional”, sempre pensada numa autonomia quase fantasmagórica da Lei. Por isso, Rosenkranz propõe alterar este paradigma (*facial/as applied*) para pensar que nesta divisão só há sentido se pensado *o tempo da violação constitucional*,

algo que só seria possível depois de encontrar *o sujeito responsável pela violação*¹⁶¹. Então uma fórmula de divisão como tal só faz sentido se vista como “abstrata” e a outra “pelo caso concreto”.

É confuso entender os argumentos deste artigo, de fato. Mas isso ocorre simplesmente porque nós já detemos um modelo de fiscalização abstrata devidamente estruturado e parece ser ilógica uma distanciação por conta disso. A preocupação de Rosenkranz é admitir que a Lei, por si só, antes de suas condições de aplicabilidade, já seria reconhecida inconstitucional. Se o ambiente americano não possibilita uma Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pelo Presidente, pelo governador ou entidade de classe, por exemplo, é preciso reestruturar *a teoria da revisão judicial* partindo dos argumentos estáticos e fechados que o direito americano impõe. A Suprema Corte não autorizaria um caso de inconstitucionalidade em que não se verifica uma parte alegando algum problema (modelo difuso), e isso está incomodando Rosenkranz. Por isso, em sua proposta, é preciso reconhecer primeiramente i) quem é o sujeito responsável pela violação; e então ii) a que tempo a violação ocorreu – normalmente no ato da sua aprovação; para só então iii) reconhecer sua inconstitucionalidade desde logo (*facial challenge*) ou de acordo com um caso concreto (*as-applied*), o que não se reduz à inconstitucionalidade total ou parcial da norma, mas apenas se relaciona lateralmente com esse fato¹⁶².

A ousadia da reviravolta desta leitura constitucional levou Rosenkranz ainda mais longe ao afirmar então que a *repartição de competências entre agentes constitucionais ajuda a compreender essa diferença*: o Executivo é o órgão normalmente responsável por uma “*as-applied challenge*” e o Legislativo por uma “*facial challenge*”. Isso o leva a algumas conclusões, como a de que o Congresso não *teria a capacidade de violar determinadas normas* e o Executivo não *teria a capacidade de violar outras*¹⁶³, o que altera substancialmente

¹⁶¹ (ROSENKRANZ, 2010, p. 1236).

¹⁶² “In my view, an apt illustration comes from the “severability” doctrine, under which the courts, when confronting a statute with some unconstitutional parts or applications, will sometimes determine that even if a statute is invalid in part, the valid parts can be separated and remain valid, judicially enforceable law” (FALLON, p. 459) e: “In my view, if Rosenkranz’s thesis aims wholly to overthrow or substantially to displace doctrines such as these, then it would generate unacceptable consequences, and his proposal to restructure constitutional litigation in light of the subjects and objects of the Constitution should be rejected on that basis” (FALLON, 2013, p. 462).

¹⁶³ “According to Rosenkranz, careful attention to “the who question” would dictate important changes in the substance of constitutional law. For example, because Congress is the subject of the First Amendment, Rosenkranz concludes that action by the President cannot violate the Free Speech, Free Exercise, or Establishment Clauses.¹⁷ And because he believes that nearly all of the Bill of Rights guarantees that are written in the passive voice have the President or the courts, not Congress, as their objects, he argues that no law that Congress might pass could possibly violate most provisions of the Bill of Rights”. (FALLON, 2013, p. 456).

a compreensão substancial da constituição americana. No fim das contas, o que importa é reconhecer o sujeito reprovável pela promoção da lei inconstitucional, e, verificado isto, permitir o reconhecimento de sua inconstitucionalidade (que pode estar ocorrendo muito antes de um problema entre partes contrárias). Mas o problema está sempre no sujeito, não na lei. Para nós, não há nada de impressionante aqui porque já detemos um modelo difuso convivendo com um modelo abstrato. Mas para Rosenkranz, isso introduziria algo próximo de um modelo abstrato entre os americanos e permitiria que o corpo político tivesse *receio* de provocações inconstitucionais. Para nós, interessa, contudo, a ideia de “assujeitar” a revisão judicial.

Um caso ajuda a compreender melhor estes argumentos. Perceba, aqui, a sabedoria do exemplo dado por Rosenkranz¹⁶⁴, para quem o Presidente “Thomas Jefferson understood all this”, ao efetivar o controle *político* de constitucionalidade diante dos processos criminais pela antiga legislação americana de censura (antes mesmo de *Marbury vs Madison*, justamente porque no controle jurisdicional de constitucionalidade a Corte americana não pode analisar *abstratamente* a validade constitucional de uma Lei). Trata-se do “perdão” concedido a todos processados pela Lei de Sedição americana de 1798, a qual simplesmente proibia toda modalidade de crítica dirigida a diversas autoridades governamentais, tornando crime, portanto, a liberdade de expressão assegurada na primeira emenda¹⁶⁵.

O ato de indulto presidencial se deu nos termos de uma liberação geral posterior à Lei: “[...he later pardoned everyone convicted under the Sedition Act, regardless of what exactly they had written: “I discharged every person under punishment or prosecution under the sedition law, because I considered, and now consider, that law to be a nullity”¹⁶⁶.Então, pouco importam os casos concretos sob análise, ou o que cada jornalista redigiu como crítica, enfim: “[...] those facts would be irrelevant to his constitutional defense. Exactly what he published cannot matter to the merits of the constitutional claim, *for the simple reason that the constitutional violation was complete before he took pen to paper*¹⁶⁷.

Portanto restou *abstratamente* reconhecida a inconstitucionalidade de uma norma por um ato presidencial *sem lide*, recaindo no perdão processual de todos os acusados criminais

¹⁶⁴ (2010, p. 1237).

¹⁶⁵ A Lei criminalizou as seguintes condutas: “write, print, utter, or publish . . . any false, scandalous and malicious writing or writings against the government of the United States, or either House of the Congress of the United States, or the President of the United States, with intent to defame the said government, or either House of the said Congress, or the said President, or to bring them, or either of them, into contempt or disrepute”.

¹⁶⁶ (ROSENKRANZ, 2010, p. 1237).

¹⁶⁷ (ROSENKRANZ, 2010, p. 1236).

pela produção de críticas a agentes do governo. Isso obviamente não ocorreu pelo Judiciário (e sim pelo perdão concedido pelo Presidente) simplesmente porque o modelo difuso americano segue não admitindo o modelo abstrato ainda hoje, resultado da confusão que se faz em pensar que não são os *Sujeitos* que promovem as inconstitucionalidades, mas as *leis autonomamente* que as detém.

Enfim, Rosenkranz quer permitir algo o mais próximo possível de um *modelo abstrato no ambiente americano*, entendendo que a violação reconhecida até então naquele ambiente jurídico como “*facial challenge*” não se trata apenas de uma violação “integral” da norma, mas sim uma violação que é reconhecida independentemente da existência de um *case*, auferível de imediato pelo seu observador. E, por óbvio, o seu oposto, a violação “*as-applied*” não se trata de parte ou secção da norma, mas sim da inserção de um caso concreto a ser julgado:

The simple point, here, is that Congress violated the First Amendment. And the violation occurred on July 14, 1798, the day that it made this law. The who was Congress. The when was the moment of enactment. And thus, inevitably, the how was visible on the face of the statute. In short, the answer to the who question dictates the structure of judicial review. A challenge to an action (or “Act”) of Congress must be “facial.” It makes no sense to speak of “as-applied” challenges to legislative actions, because the challenged action is complete before the application begins. Or, to put the point another way, when an action (or “Act”) of Congress is challenged, the merits of the constitutional claim cannot turn at all on the facts of enforcement. If someone were arrested pursuant to the Sedition Act, precisely what he published and when and where would, of course, be essential to the criminal case against him. (ROSENKRANZ, 2010, p. 1236).

Os modelos representam então “malapropismos”, isto é, usos errados de palavras por estar em contextos semelhantes, e em alguma medida o modo “*facial challenge*” é fruto de funções *legislativas* e o modo “*as-applied*” de funções executivas. Isso serve para demonstrar que na jurisdição constitucional os sujeitos constitucionais são diversos. Rosenkranz quer deixar claro que o foco é distanciado quando dizemos que uma “lei é inconstitucional”, e a questão fundamental da revisão judicial (que é preservar a constituição) continua sendo descumprida indefinidamente (os agentes políticos continuam produzindo atos inconstitucionais, já que não há um constrangimento efetivo decorrente disso). A necessidade de perguntar quem é parte e depois quem violou a constituição¹⁶⁸ encaminha o problema da revisão judicial para outro modelo, em que o intérprete buscará sempre o sujeito

¹⁶⁸ (ROSENKRANZ, 2010, p. 1248).

constitucional em cada emenda, em cada norma vinculadora, lembrando que é a *atividade congressional*, a atividade do *presidente* ou demais autoridades que estão em desafio, não a lei por si só. Ao longo do seu texto, Rosenkranz dá diversos exemplos sobre como proceder (buscando o responsável pela violação), e em três casos que aqui não há espaço para explicar, mostrará que o *Congresso* era o responsável por determinada violação, afirmando então que a “Lei fala por si”, traduzindo o que está tentando explicar com o mesmo brocado latino: *lex ipsa loquitur*¹⁶⁹ máxima que repetirá diversas vezes no artigo. Aqui, fica evidenciado o seu desejo pelo modelo abstrato: entender que “a Lei ou o direito falam por si”, quando o Congresso é o sujeito responsável pela violação, fazendo com que o *tempo* de violação seja a própria aprovação da Lei, e *que desde logo a violação constitucional está presente*, e não pensar em um caso concreto. Independência, aqui, dos problemas peculiares trazidos por uma ou mais partes.

Esta didática de Rosenkranz se torna complicada quando a constituição estabelece vozes passivas, ou sujeitos impessoais que não exercem nenhuma ação, ao invés de afirmar, por exemplo, “*no state shall*”. E aqui viriam os “objetos da constituição” propostos por Rosenkranz em seu segundo trabalho de 2011, complementar ao artigo sobre sujeitos constitucionais. Neste texto é então possível visualizar o desenvolvimento da importância do sujeito constitucional para a transparência constitucional e a relevância de compreender que a separação até então existente (facial/as-applied) só faz sentido se vista com a temporalidade da inconstitucionalidade (graças ao exercício de localização do seu sujeito), relevando em um caso concreto ou uma abstração (*lex ipsa loquitur*), pela lógica da leitura da própria lei, ou uma aplicação a referentes (as-applied).

Então Rosenkranz localizará os *objetos* da constituição em seu segundo texto nos casos em que a voz *passiva* não permitiu localizar com facilidade o sujeito, porque então a saída é localizar ou presumir *a quem* pertence este objeto, (2011, p. 1028-1066) e compreender em diversas normas a *estrutura* constitucional (já que, depois de reconhecer o agente responsável, seria preciso encontrar a sua *função*). E aqui, a mixagem complexa de funções (abstrata ou de aplicação) torna esse trabalho cada vez mais nebuloso, como visto em determinados dispositivos: “No state shall *make or enforce* any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States”. Por isso, o seu “curso” separa, no fim das contas, o Direito Constitucional I como a disciplina para buscar o *quem*, enquanto o

¹⁶⁹ (ROSENKRANZ, 2010, p. 1289).

Direito Constitucional II para buscar o *objeto* deste “alguém” quando ainda não foi possível localizá-lo¹⁷⁰. Mas estes enfrentamentos peculiares fogem do propósito aqui perquirido (como no caso de o *sujeito constitucional* ser o próprio judiciário), e alguns detalhes deste modelo diverso de revisão judicial são extremamente locais e restritos ao ambiente americano, já que preservam a dinâmica política de acordo com as regras específicas do federalismo americano e a distribuição de competências peculiar naquele país. O ponto de interesse, aqui, é: não faz sentido afirmar que a lei é inconstitucional. Inconstitucionais são os seus agentes.

O segundo trabalho consegue demonstrar mais detidamente *o que faz* o sujeito constitucional depois que ele foi encontrado. Surgem desta análise os seis sujeitos que, para ele, podem violar a constituição: 1) O congresso 2) O Presidente 3) Cortes federais 4) Os legisladores estatais, 5) Os chefes de estado e 6) As cortes do estado. O que se depreende é que cada um desses elementos está reduzido à proteção de dois grandes eixos substanciais: o federalismo e a separação de poderes¹⁷¹. Rosenkranz, enfim, reconhece com isso que não busca o exercício exegético da pesquisa de textos que indiquem competências e atribuições, mas apenas abrir os olhos para a necessidade de *assujeitar* o controle de constitucionalidade a todo momento de estudo da constituição, de suas repartições de competências, dos direitos e garantias fundamentais:

This Article and its predecessor have endeavored to reorient constitutional law around the who questions: Who is bound by the clause at issue? Who has allegedly violated it? Answering these questions requires identifying the subjects and objects of the Constitution. But this is hardly some sort of hypertextualism or grammatical sophistry. The subjects and objects of the Constitution are not merely features of constitutional text; they are the very pillars of constitutional structure. The words “federalism” and “separation of powers” are simply shorthand for the deep truth that the Constitution empowers and restricts different governmental actors in different ways. Constitutional Law I, the “structure” course, is essentially a course about who questions — about who has been allocated each constitutional power. But Constitutional Law II, the “rights” course, generally forgets the lessons of Constitutional Law I. It is so fixated upon the scope of rights that it often forgets to ask rights against whom? But each right is a restriction on a corresponding power, and each power is carefully allocated to a constitutional actor. So Constitutional Law II, no less than Constitutional Law I, should begin by asking: who? To elide the who question is to overlook the central feature of our constitutional structure. And this structure itself is the object of the Constitution. (ROSENKRANZ, 2011, p. 1068).

¹⁷⁰ (ROSENKRANZ, 2010, p. 1010).

¹⁷¹ (ROSENKRANZ, 2011, p. 1010).

Naturalmente, a crítica acadêmica recaiu trazendo diversas incredulidades e críticas à proposta, e o trabalho de Richard Fallon (2013) sintetiza algumas das melhores; o ceticismo *metodológico* diante da proposta de Rosenkranz, pela falta de demonstração *efetiva* de otimização da estrutura constitucional¹⁷², e do *quase* originalismo da sua teoria em um viés *linguístico*, já que o apego gramatical e textual da constituição busca a sempre o originalismo *sua interpretação correta* e dogmática dos textos constitucionais indicando seus agentes (responsáveis por inconstitucionalidades), de novo retomando o problema da legitimidade e levando a discussão para o “sonho” da última palavra:

But I take Rosenkranz to want to interpret the Constitution’s words and structure as they would have been understood by intelligent, grammatically adept, and informed members of the generation that adopted relevant constitutional language. Rosenkranz’s linkage of his textualism to a form of originalism emerges most clearly in his discussion of the Fourteenth Amendment (FALLON, 2013, p. 461).

A proposta também é criticada pelo esquecimento da criatividade dos *precedentes* e do *consequencialismo* na argumentação da jurisdição constitucional. O constante problema de uma visão excessivamente “gramatical”, quase “originalista” da leitura da constituição e da modelagem da revisão judicial, deixa de levar em consideração diversos elementos caros à argumentação constitucional, como os efeitos da decisão e os precedentes¹⁷³. Algo que o modelo de revisão de Rosenkranz parece omitir:

Although I agree with Rosenkranz that the Constitution’s text, structure, and history are important, I, like many others, believe that other considerations, including *precedent and consequences*, should also matter to constitutional adjudication. Settled precedent should not be cast aside lightly. When there is a choice between

¹⁷² “But, I also hope to train attention on the general methodological challenge—partly for other law professors working in the field and especially for judges and Justices—that work such as Rosenkranz’s poses: How should we appraise, and what significance should we attach to, ingenious, provocatively novel theses that would make constitutional outcomes depend wholly on seemingly plausible, but not clearly proven linguistic and historical claims” (FALLON, 2013, p. 454).

¹⁷³ “The problem here—if such is the word—is a general one: the more broadly a textual or historical thesis (such as Rosenkranz’s) sweeps, the more likely it is to generate tension not only with settled interpretations of constitutional language, but also with judicially established tests and mechanisms for implementing otherwise vague language and historical understandings. Sometimes revisionary theses should undoubtedly be accepted. At the very least, however, recognition of a distinction between constitutional interpretation and constitutional implementation should cause one to think twice about when theses about the historical meaning of constitutional language should displace implementing devices—such as those reflected in separability doctrine and the “strict judicial scrutiny” test—that find their justifications more in functional than in purely linguistic or historical grounds in the first place” (FALLON, 2013, p. 470).

otherwise legally plausible arguments and interpretations, considerations of normative desirability should affect the balance (FALLON 2013, p.460).

Duas conclusões importantes se extraem daqui a partir destas críticas ao intento “puro” de encontrar os sujeitos constitucionais. A primeira delas é que Rosenkranz pretende fazer deste “novo” modelo de revisão judicial nada mais do que uma *introdução* a mais próxima possível do modelo abstrato, e enriqueceria muito se o seu trabalho se abrisse ao estudo comparado no lugar de girar em torno do direito doméstico. Compreender e refletir sobre o que ele está dizendo ficaria muito mais fácil observando países com controle abstrato, já que a sua reformulação do modelo “facial challenge” é simplesmente a preocupação em reconhecer violações constitucionais independentemente de algum caso concreto trazendo este problema de violação (o que é puramente o controle abstrato).

A segunda observação é a de que o seu complexo modelo de revisão buscando “transparência” precisaria ser intensificado para fazer algum sentido efetivo ou permitir alguma mudança institucional *real*, pensando na possibilidade, por exemplo, de *responsabilização* dos sujeitos pela inconstitucionalidade, desde que assumidos aqui todos os riscos decorrentes deste exercício, pois o judiciário passaria a multiplicar as crises institucionais com outros poderes ao sancioná-los pela inconstitucionalidade causada. Pelo menos até onde Rosenkranz se propôs a ir, há pouco a oferecer para o Brasil ou qualquer país com modelo abstrato, quando já adota um complexo sistema que já detém algo como a “*lex ipsa loquitur*” que Rosenkranz defende. No fim das contas, se importado o modelo, apenas teríamos declarações de inconstitucionalidade em que se afirmaria “O congresso nacional, ou o Presidente, ou ambos, é (ou são?) os responsáveis pela violação constitucional ao artigo x”. Algo que de certo modo já é feito, mas não com a devida visibilidade que Rosenkranz pretende. E isso não enriqueceria em nada o problema de legitimidade, otimizaria insignificamente a compreensão popular da manifestação política. Não fica, enfim, demonstrado como isso melhoraria o problema do judiciário deslegitimado. Aliás, fortaleceria a instituição que teria ainda mais poder de barganha sobre os referidos “sujeitos” constitucionais.

É claro que a alteração deste parâmetro de “lei inconstitucional” para “agente inconstitucional” pode ser um interessante elemento para permitir o que Rosenkranz afirma como “*accountability*” constitucional, tornando o papel dos agentes do Estado cada vez mais veiculados à constituição e à soberania popular. E é uma proposta tanto ousada quanto

chamativa. Mas aqui, o lugar do judiciário (exercendo este papel) continua intocável, e um Tribunal que trate uma ação direta de inconstitucionalidade como verdadeira ação de responsabilização de agentes e instituições – embora em nenhum local Rosenkranz fale em *sanções* aos agentes de Estado – tornaria o processo jurisdicional constitucional ainda mais afeto ao conflito entre poderes. É coerente um processo que afaste o que Rosenkranz chama de “esquizofrenia” constitucional ou “eufemismo” da “lei inconstitucional”, que apenas repete os problemas de legitimação como se nada estivesse acontecendo no corpo político. Mas é incoerente um esforço acadêmico desta dimensão para simplesmente reconhecer o agente responsável e não fazer nada em desfavor dele em decorrência disso.

Um bom exemplo tributário brasileiro que se relaciona com uma proposta como esta é a repetição de normas inconstitucionais que, por exemplo, violam constitucionalmente a arrecadação tributária, a partir de uma isenção inconstitucional. Ao ser declarada inconstitucional determinada isenção posteriormente, o Supremo Tribunal Federal acerta, valendo-se do princípio da proteção da confiança, ao não cobrar retroativamente do contribuinte os tributos (que então eram constitucionalmente devidos e não foram pagos pela isenção inconstitucional). Aqui, o Executivo se valeu de uma *benesse* visível e estratégica, seja para estimular o mercado, para atrair investidores em seu território ou esquentar sua economia, por meio de uma renúncia à arrecadação. Planejou a inconstitucionalidade e usufruiu de seus efeitos. E, dentro da lógica da modulação de efeitos, sem qualquer efeito prático sobre essa conduta, já que o cidadão não poderia pagar essa conta retroativamente. Mas o problema neste ponto é que a pergunta omissa segue se escondendo: *quais sujeitos violaram a constituição?* E se violaram, não poderíamos sancioná-los? Mais aprofundado: se isso fosse admitido (a ação direta de inconstitucionalidade funcionando *aos moldes* de uma quase-ação por improbidade ou impedimento, buscando a longo prazo uma *prevenção negativa* dos agentes estatais), a supremacia judicial não se tornaria ainda mais reforçada? Se a proposta destes sujeitos constitucionais segue no mesmo círculo (intensificando ainda mais o judiciário, o que é o caso de tentar abstrativizar a revisão judicial ou sancionar os agentes que promovam a inconstitucionalidade), talvez a única saída fosse olhar para os *agentes* institucionais que declaram a inconstitucionalidade. E aqui voltamos ao capítulo I, isto é, a discutir em círculos a própria legitimidade da corte. Por isso o risco do debate tornar-se circular.

Então, por outro lado, outra opção interessante é o argumento pela necessidade de abertura para *outros agentes ou intérpretes* capazes de otimizar a democracia do diálogo

constitucional ou reformar institucionalmente a Corte, o que pode ser visto na produção de Richard Albert e Gunther Teubner. São as únicas (e últimas) oportunidades em se tenta retirar o argumento circular de transferência para outras instituições (Legislativo-Judiciário-Executivo) e levar sua incumbência a outros atores sociais conciliando a necessidade de revisão judicial com a necessidade de preservar o lado *político* da constituição.

II – A emenda e a revisão judicial “advisory” em Richard Albert

Se Rosenkranz se propôs a um novo *modelo* de revisão judicial que mude o parâmetro de seu objeto (de *Leis* para *sujeitos*) Richard Albert pensa as capacidades de as *emendas constitucionais* regularem a preservação da constituição, e, enquanto também defensor da revisão judicial¹⁷⁴, sugere um outro *modelo* de revisão judicial que denomina de “advisory review” (com mudanças como a necessidade de atentar à unanimidade em decisões pela Corte e, nos demais casos, reduzir a jurisdição constitucional à função consultiva). Segundo ele, a reforma institucional prometeria resolver o problema do déficit democrático da revisão judicial. Dada a potencialidade de dinamizar a constituição e trazê-la o mais próximo possível da realidade social (para se discutir a possibilidade de emendas *informais*) e sua constante preocupação do controle de emendas, Albert estruturou, antes, a revisão judicial dentro de alguns parâmetros. No artigo “Advisory Review: The Reincarnation of the Notwithstanding Clause”, Albert tenta salvar a cláusula “notwithstanding” canadense e substituir o modelo de revisão judicial por um novo. Para compreender seus argumentos, é preciso compreender o que são tais institutos.

No sistema canadense, é recente a inserção do controle de constitucionalidade pela conhecida reforma que trouxe o “Canadian Charter of Rights and Freedom”, isto é, um rol de direitos fundamentais canadense que permitiria ao judiciário invalidar leis de acordo com os direitos nele previstos. Segundo o próprio Albert, no Canadá inexistente “supremacia judicial” nos mesmos moldes dos americanos¹⁷⁵. Por isso, a inclusão da fonte normativa no país já continha dentro de si o receio de que a supremacia judicial com poder *vinculante* viesse a enfraquecer a supremacia parlamentar. Por isso, acrescentou-se junto da reforma no país a

¹⁷⁴ Richard Albert classifica em cinco grandes eixos os movimentos de autores favoráveis à revisão judicial, porém analisando os que buscaram fundamentá-la a partir das seguintes subcategorias. Segundo ele, são argumentos “bons o suficiente” para sair em defesa da revisão judicial: 1) defensores de direitos preocupados com a segurança dos direitos fundamentais, como Charles Black e Erwin Chemerinsky, 2) Institucionalistas como Owen Fiss, preocupados com aspecto institucional do lugar viável do Judiciário para a discussão; 3) Procedimentalistas, como John Ely e Cass Sunstein, 4) Estabilizadores como Larry Alexander e Frederick Schauer, preocupados em resgatar a função típica do judiciário que é sanar conflitos em sua constante relação com outros poderes; e 5) Consolidadores, como Bruce Ackerman, aceitando a crítica de falta de legitimidade judicial porém vendo as cortes como instrumento necessário para o desenvolvimento político (ALBERT, 2013).

¹⁷⁵ (ALBERT, 2008, p. 1058).

polêmica “notwithstanding”, ou cláusula do “não obstante”, a qual permitia que, *não obstante* a decisão judicial de acordo com o *Charter*, caberia ao Poder legislativo nacional ou das províncias *suspend* ou superar uma decisão judicial por até cinco anos¹⁷⁶.

Há interessante conexão entre uma cláusula canadense deste alcance e a ainda discutida PEC 33 no Brasil, a qual submeteria decisões de invalidação de Leis no controle concentrado pelo STF ao crivo do Congresso Nacional, visto o interesse legislativo em deter a última palavra com novas *super-regras*. Mas o que chamou a atenção de Richard Albert é o impressionante *desuso* da cláusula “notwithstanding” desde seu nascimento. Segundo ele, a cláusula *não obstante* só foi utilizada pelo Legislativo 17 vezes desde sua previsão e ao menos da disseminação de sua admissibilidade jurisprudencial, em 1987¹⁷⁷.

Isso significa que uma impressionante previsão, a de um *overruling* Parlamentar sobre decisões judiciais, “is not yet dead, but is dying”¹⁷⁸. E a proposta de Albert é resgatar os princípios que levaram à elaboração desta norma e conciliar a atividade contra majoritária que é esperada na jurisdição constitucional com o desejo pela dignidade parlamentar sem interferências judiciais.

Em seu longo ensaio, há diversos argumentos institucionais e históricos para tanto. Mas é interessante que Albert descarta a questão sobre “qual é o órgão mais bem equipado para decidir sobre direitos fundamentais, se judicial ou parlamento”. Por isso, quer salvar, ou em suas palavras, “reencarnar” a cláusula notwithstanding de modo que ela se torne novamente operável, sem recair na tentação de teorias da última palavra.

Na reforma que inaugurou os institutos, é visível que desde então dois polos se formariam: a existência do *Charter* (permitindo a revisão judicial da legislação, e, portanto, indicando algo como a Soberania do Judiciário) e o freio de contenção da cláusula

¹⁷⁶ De acordo com o texto constitucional canadense: “33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. Marginal note: Operation of exception (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. Marginal note: Five year limitation (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. Marginal note: Re-enactment (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). Marginal note: Five year limitation (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)”.

¹⁷⁷ (ALBERT, 2008, p. 1041).

¹⁷⁸ (ALBERT, 2008, p. 1069).

notwithstanding (permitindo ao Legislativo superar a decisão do Judiciário). Mas como salvar este espírito de conciliação se a própria técnica está se perdendo em desuso?

Em primeiro lugar, Albert entende que a forma de dicção da cláusula concedeu um poder tão genérico e amplo ao parlamento que fez com que o próprio legislativo não soubesse como agir diante dele. Concedeu uma grande arma, mas sem as instruções de uso. Ao mesmo tempo, Albert entende que a imprecisão do texto faz-nos pensar que o problema está no próprio texto constitucional, pois a norma fala diretamente em “Charter”, quando na verdade a oposição é em desfavor da interpretação judicial na aplicação do Charter. Por isso, antes da revisão judicial em seu modelo “advisory” se estabelecer, seria necessária a reforma textual mais clara que redigisse algo o mais próximo possível de sua sugestão de redação: “Parliament or the legislature [...] may declare unconstitutional an Act of Parliament [...] that the Act or a provision thereof shall operate *notwithstanding* an *incompatible judicial interpretation of a provision included in [the] charter*”¹⁷⁹.

Feito isso, o próximo passo seria a modificação do próprio modelo de revisão judicial canadense. Agora que a cláusula é mais clara no sentido de oposição à *interpretação judicial*, é preciso enfrentar o problema de legitimidade propriamente dita.

E aqui Albert se sai muito bem às diversas oposições que foram apontadas no capítulo I. O desejo de “salvar” o controle de constitucionalidade demandaria o seguinte exercício: se a cláusula *notwithstanding* pretende alcançar três objetivos centrais, quais sejam i) deixar nas mãos dos agentes políticos o poder de fazer *política*; ii) cultivar um diálogo institucional entre cortes e legisladores e iii) manter os legisladores na *vanguarda* da construção de direitos (ou seja, no ato criativo de direitos), o primeiro passo é compreender qual *maioria* é mais relevante, e qual *unanimidade* é mais completa para discutir ou barganhar direitos (se a judicial ou parlamentar).

Legislative majorities depart from judicial ones in fundamental respects. First, judicial majorities may be more fragile. Keith Whittington observes that an individual decision-maker is more likely to be decisive on a judicial panel than a legislative assembly. Second, according to Morris Cohen, the constitutive rules of

¹⁷⁹ (ALBERT, 2008, p. 1054).

legislatures – regular election of members, procedural transparency and popular participation – may provide defensible reasons to prefer legislative or judicial majorities. Finally, judicial majorities are tougher to reverse than legislative ones because they harden under the doctrine of *stare decisis* and typically require extraordinary circumstances to undo (ALBERT, 2008, p. 1058).

Então Albert oferece ao problema a seguinte equação: as maiorias judiciais são democraticamente mais fracas que as maiorias parlamentares. Entretanto, as maiorias parlamentares são menos críveis do que uma *unanimidade* judicial. Logo, a saída é i) retirar o caráter vinculante do *judicial review*, tornando-o apenas um “aviso”, por isso o modelo “advisory” (com isso o Parlamento apenas tomaria conhecimento das decisões, para que tome iniciativas de acordo com a pressão popular ou movimento social do caso); ii) conceder o caráter vinculante quando a decisão da corte for *unânime*, já que, neste caso, a unanimidade reforça a legitimidade da questão invocada, a sublinhar a “contra majoritariedade” da proposta. Segundo ele, este modelo é uma receita final que tem origens remotas: “Alexander Bickel’s passive virtues, Guido Calabresi’s second-look doctrine, Cass Sunstein’s judicial minimalism”¹⁸⁰.

Dois exemplos extraídos de seu artigo ajudam a perceber a mudança proposta e sua potencialidade. Suponha que X é residente permanente no Canadá mas não é cidadão canadense, não lhe sendo permitido por Lei integrar uma sociedade de advogados em uma província por não atender ao requisito legal exigido *ser cidadão*. Se ele judicializar a questão sob o argumento de que há uma ofensa ao seu direito de isonomia ou de igual proteção jurídica previsto no *Charter*, a Corte pode oferecer diversas razões em ambos os sentidos, o que abre sempre o problema da legitimidade ou não da Corte neste exercício interpretativo. Este caso, real na jurisprudência canadense, garantiu ao interessado uma vitória por 4 votos a 2, onde o sistema *vinculante* lhe garantiu a inclusão na sociedade referida. No “advisory model” que Albert propõe, o caso, por si só, não lhe garante o caráter mandamental da medida, isto é, apenas *consultivamente* lhe daria esta admissibilidade, cabendo ao legislativo a palavra final sobre o que fazer com a norma proibitiva acima.

Por outro lado, em um outro caso real na jurisprudência de 1970, em que determinada província legislou no sentido de que uma norma religiosa (Lord Day’s Act) “proibia o comércio em determinado dia santo”, se determinado comerciante X alegar que a Lei viola

¹⁸⁰ (ALBERT, 2008, p. 1062).

seu direito fundamental à liberdade de crença e religião também garantido pelo Charter, lhe restará concedido o direito de exercer o comércio no local. A decisão, também jurisprudencial no país, foi unânime ainda em 1970¹⁸¹.

É claro que os dois exemplos acima ajudam a compreender que a unanimidade fica muito mais nítida uma violação maior a direitos constitucionais, e é definitivamente este o objetivo, embora saibamos que a grande maioria dos casos difíceis raramente serão unânimes em Cortes constitucionais (aborto, ações afirmativas, casamento gay, etc.) o que impulsionaria a questão para o Parlamento. De todo modo, há uma falha gritante e outra um pouco menos evidente nesta teoria. A primeira é a de que, na medida em que jurisdição constitucional for *consultiva* e não *vinculante*, é muito possível que o Judiciário reduza ou pare de ser demandado em causas essenciais como as acima mencionadas, isto é, pode não haver o mínimo interesse de um particular bater às portas da Corte, com todos os custos que daqui possam decorrer, para ouvi-la oferecer uma mera recomendação ao Parlamento com relação ao seu caso. Isso enfraqueceria ao menos o número de demandas ao Judiciário, embora a ideia seja justamente esta, para equilibrá-lo com o legislativo e retornar a demanda genuinamente política ao lugar correto: o Legislativo¹⁸².

A segunda é a de que, novamente, nenhum elemento empírico demonstra que haveria um diálogo frutífero a ponto de o Legislativo *ouvir* o que o Judiciário lhe recomenda ou ao menos estimular uma relação dialógica ou mesmo adversarial, semelhante ao que é visto no caso do Reino Unido. É mera hipótese que pode cair em esquecimento, como foi o caso da cláusula “não obstante”.

A ideia de *unanimidade*, contudo, coloca uma interessante observação sob análise: se a jurisdição constitucional exigir unanimidade, cumprirá inegavelmente um papel mais deferente ao caráter *inovador* do Legislativo. Justamente o que a cláusula *notwithstanding* perseguia. Então as demandas constitucionais seriam algo semelhante a um espetáculo em que os advogados *precisariam a todo custo alcançar a unanimidade*. A “advisory judicial review”, segundo Albert, modelo já existente nas declarações de incompatibilidade britânicas e no conselho constitucional francês acima estudados (2008, p.1062), detém uma inegável

¹⁸¹ (ALBERT, 2008, p 1060-1062).

¹⁸² Evitando-se, por exemplo, casos peculiares como já visto no Brasil, em que um grupo de taxistas requereu ao Juiz Sérgio Moro providências contra a plataforma UBER por meio de peças de informação contendo relatos de diversos crimes supostamente cometidos pela empresa, ver notícia “*Contra Uber, taxistas resolvem recorrer até a Sérgio Moro*” (PORTAL G1, 2016).

vantagem: não é mais o judiciário o aprisionador expertocrático da constituição, senão quando seja muito evidente o direito discutido, o que repete as críticas fulminantes de Ingeborg Maus. Dentro de uma composição de Corte com diversos juristas, cada qual com sua origem, sua trajetória e seu aparelhamento acadêmico, é evidente que a unanimidade faria com que o caso exija necessária intervenção judicial vinculante, restando resolvida a problemática massiva da democracia (a ferir direitos individuais):

In adopting the rule of judicial unanimity, the new model of advisory review also accepts that the strongest defence of judicial review is the protection of fundamental rights. If a Supreme Court panel agrees unanimously that a legislative enactment violates certain fundamental *Charter* rights, it is difficult to construct an agreement – within the confines of the transformative *Charter* – that the legislature should be free to disregard this judgement. Supreme Court panels are composed of individuals who come from all corners of Canada, have walked different paths, have lived assorted experiences, and view Canada and the *Charter's* role within through unique lenses. This is precisely what gives judicial unanimity on the *Charter* its force to reason. It shows that reasonable minds cannot disagree on certain fundamental rights. It moreover sends an unmistakable message of purpose and clarity to legislators – and calls for remedial action. (ALBERT, 2008, p. 1067).

Por isso, Albert sugere ressuscitar a cláusula “não obstante” oferecendo um modelo de controle de constitucionalidade *não vinculante*, porém consultivo, em que o caráter vinculante apenas existe quando da *unanimidade* da decisão da Corte. A notícia mais interessante é o Legislativo praticamente não fazer uso da cláusula desde o seu surgimento, e deixá-la cair em desuso, logo, seria preciso *otimizá-la* sem ruir totalmente com a capacidade atribuída ao judiciário para preservar incólume direitos fundamentais.

Em outros trabalhos mais recentes, Albert sugere também que, ao lado disso, o Estado de Direito precisa aparelhar normativamente ainda um sistema de emendas rígido e protegido para que as alterações constitucionais mais sensíveis atentem ao respeito aos direitos fundamentais. Enfatiza a necessidade de redesenhar emendas constitucionais o mais próximo possível de um meio termo: nem *rígido demais* (imutável) tampouco *exageradamente simples* (mutável tal como a legislação ordinária). O mais incisivo fator para este termo ideal é a *revisão judicial* destas emendas, dada a existência de três limites para a alteração da constituição via emenda constitucional. O que decorre da distinção entre emenda e revisão

(não permitindo que uma emenda seja uma revisão constitucional, mais pontual a primeira e mais radical a segunda), o que decorre da própria revisão judicial (a intervenção do judiciário para evitar que a emenda transforme a identidade da constituição), e o que representa os limites “não escritos”, como princípios fundamentais não suprimíveis (direitos e garantias fundamentais, no caso brasileiro).

É preciso reconhecer que o “exagero” do Judiciário em declarar invalidades em emendas, engessando o sistema constitucional, traz novamente o problema para diante da política: “The Court’s creation of the basic structure doctrine has invited the criticism that it “has helped itself to so much power ... without explaining from whence its own authority is supposed to come”¹⁸³. Albert lembra o caso da constituição indiana, limitada a diversas emendas por razões de preservação constitucional: “that Parliament cannot exercise its amendment power to damage or destroy the basic structure of the Constitution, and that an amendment will be invalidated where it violates the Constitution’s basic structure”¹⁸⁴, enquanto, por outro lado, países como o Japão relutam em não declarar inconstitucionalidades de leis, muito menos de emendas; e é um Estado sem *tradição* de constitucionalismo.

Isto é, as propostas de reforma constitucional podem oferecer riscos tão inadequados quanto a judicialização excessiva do texto constitucional ou o retorno da incumbência ao legislador, com os mesmos problemas de legitimidade. Aliás, há elementos caros do constitucionalismo que não encontram nenhuma previsão textual na constituição, como a própria revisão judicial para os Estados Unidos (algo elementar, mas que não está em lugar algum da constituição americana). Ou seja, uma emenda material (emenda não-constitucional, melhor dizendo não positivada), demonstrando a inviabilidade de conter reformas constitucionais não escritas. Esta é uma preocupação tão relevante quanto a proposição de um novo modelo de revisão judicial.

Constitutional supremacy therefore serves as a cloak for something more accurately resembling judicial supremacy. Judicial actors in each of these states deploy the concept of constitutional supremacy to create wide latitude for the judiciary to render judgments ranging from the most conventional, for instance whether the constitution grants jurisdiction to a sub-national legislature on a particular issue, to the most unconventional, namely whether a popularly ratified constitutional amendment is unconstitutional. Without this connecting premise—that judges are supreme—the principle of constitutional supremacy does not in and of itself generate the judicial authority to approve or disapprove of constitutional amendments. What underlies the substantive model of constitutional amendment accordingly reflects, at bottom, a theory of judicial sovereignty. I understand judicial

¹⁸³ (ALBERT, 2015, p. 15).

¹⁸⁴ (ALBERT, 2015, p. 15)

sovereignty to mean what Kramer suggests: a regime in which the judiciary is exclusively responsible for interpreting the Constitution and is authorized to overturn the views of institutions that are more democratic, where democracy is defined in purely procedural terms. This conception of sovereignty tracks almost seamlessly the current constitutional order in India, South Africa and Germany. Each is home to an unusually strong judiciary whose extraordinarily robust power of judicial review (ALBERT, 2009, p. 34).

O seu conceito de temporalidade para a democracia (a democracia se afigura em um determinado estágio de tempo e convivência), o leva portanto a defender i) a temporalidade, em que compromentimentos constitucionais relevantes em determinado período sigam ao lado da proteção a direitos sociais ou fundamentais conquistados recentemente e que custaram a se estabelecer definitivamente, o que exige uma aprovação “sequencial e escalonada”, isto é, toda emenda deve repetir quóruns em um determinado período com mais de uma votação (os dois turnos em três quintos no modelo brasileiro de emenda, já conhecemos) e ii) a submissão das emendas à revisão judicial. Albert ressurgiu aqui das cinzas de Waldron, já que “só cabe o modelo em democracias desenvolvidas”, sobretudo porque em países com cortes fracas, uma medida como a contenção de revisões permitiria arbitrariedades¹⁸⁵. Enfim, Albert sai em defesa da revisão judicial inclusive nas emendas, sugerindo o modelo *advisory* e um regramento mais efetivo das alterações constitucionais pelas vias de emenda.

Então a sua zona de conforto é elaborar “A revisão judicial consultiva” não excessivamente protagonista, que atente para a necessidade de proteção da constituição, mas, ao mesmo tempo, que compreenda que a inconstitucionalidade de emendas constitucionais pode promover um indevido gerenciamento político. A sua nova “forma” de revisão judicial está muito mais conectada à necessidade imperiosa de readequar-se às críticas: traz o pressuposto de que poderíamos traçar um paralelo entre *maiorias e unanimidades*, permitindo ao Judiciário um caráter vinculante na revisão judicial *apenas quando declare por unanimidade a inconstitucionalidade de uma lei* e um caráter informativo ou *consultivo* quando o desacerto seja parcial, criando uma hierarquia entre *maiorias*: “[...] under this new

¹⁸⁵ “Admittedly, as discussed above in connection with the Indian Supreme Court’s basic structure doctrine, the judicial power to review constitutional amendments is subject to serious criticisms from the perspective of democratic theory.²²⁰ As an empirical matter, it is also true that entrenching judicial constitutional review would not be effective in all constitutional democracies, particularly those with weak constitutional courts, or none at all. Nonetheless, it is an entrenchment strategy that can at least theoretically be deployed to defend amendment rules against ordinary amendment”. (ALBERT, 2015, p. 26).

model of advisory review may be depicted as follows: Judicial Majority < Legislative Majority < Judicial Unanimity”¹⁸⁶.

Encontrar um simples elemento institucional como solução para tudo (via unanimidade) ajuda a perceber que, em casos como o Supremo brasileiro, raros seriam os casos em que a legislação sofreria a declaração *vinculante* de inconstitucionalidade, mas atenderia à exigência do constitucionalismo político: tão somente seria decidida pelo Judiciário a questão *suficientemente* madura no contingente político para todos os Ministros presentes à Corte, cada um com sua trajetória jurídica. Ajudaria a contribuir para combater o intento monológico da corte e ofereceria um caminho às muitas hipóteses de constitucionalistas brasileiros que buscam uma *unidade* perdida entre as denominadas “11 ilhas” do STF, já que cada ministro julga com múltiplas razões desconexas entre si¹⁸⁷. Vírgilio Afonso da Silva¹⁸⁸ já demonstrou que, no caso brasileiro, “divergências são vistas como virtudes”, e que os próprios membros da Corte, em entrevistas, reconhecem o problema do excesso de individualismo. Como fruto do excesso de votos individuais, contudo, a “unidade” da corte brasileira está longe para a absorção de uma proposta como a de Albert.

¹⁸⁶ (ALBERT, 2008, p 1068).

¹⁸⁷ O desejo por uma relação Parlamento-Judiciário (MENDES, 2011) ou internamente ao próprio Tribunal (SILVA, 2013). Ainda: “Em segundo lugar, o Supremo Tribunal Federal se manifesta como “onze ilhas” na pura e simples ausência do colegiado em 90% das decisões que a Corte toma. O STF é, na maior parte do seu tempo, um “tribunal monocrático”. Um ministro pode individualmente tomar decisões liminares que consumam efeitos irreversíveis, engavetar casos e jogá-los para um futuro indefinido, desengavetar casos que estavam aguardando julgamento há muitos anos ou poucos meses. O STF é refém dos caprichos de cada um dos seus ministros. Nada melhor define as onze ilhas” (MENDES, 2016).

¹⁸⁸ (SILVA, 2015).

III.3. A constituição não jurídica em Günther Teubner e os intérpretes paralelos (Monetary Power)

Günther Teubner, por outro lado, parte da hipótese de que a constituição *jurídica* é apenas uma das visibilidades possíveis convivendo em sociedades hipercomplexas como as atuais. Por exemplo, das diversas sugestões feitas para a saída da crise financeira mundial, todas procuraram uma unidade (política/econômica) para resolvê-las. E por isso agravaram a crise. Na economia; crescimentos excessivos lastreados em fundos financeiros que não possuem compatibilidade com riqueza real tornaram a constituição *econômica* um sistema incompreensível; a produção de excessivo crescimento promovido irresponsavelmente por bancos e instituições gerou excessos e consequências indesejáveis, enquanto a política sugeriu intervencionismo e estudou estes fenômenos tentando positivá-los isoladamente em um texto constitucional ou legal. Em pouco tempo as crises se agravam. O direito, constitucional sobretudo, segue rondando a tentativa de apreender e disciplinar toda essa realidade no texto constitucional, porém em sociedades contemporâneas ultra informatizadas e baseado em expectativas “creditícias”:

[...] it remains the case that individuals with corresponding psychological dispositions are attracted by the game, so that individual and social addictive behaviour mutually strengthen each other. [...] the tendencies towards a comprehensive politicisation, economisation, juridification, medialisation, or medicalisation of the world – indicate such a compulsive growth-dynamics? And is it likely that a moment of excessive expectations, a type of high-risk ‘credit’ in future communications, lies hidden in the motivations to accept a communication created by the media money, power, law, truth and love? Is it likely that the moment can only be ‘cashed in’ there with permanently higher payments, and with their reaction, in turn, on increasing ‘credit’- expectations, so that a necessary increase-dynamics, a growth-spiral develops? In that case, the pathological growth-spiral could no longer be regarded as a phenomenon particular to the money-medium, but instead as a general characteristic of function systems (TEUBNER, 2010, p. 06).

Isto é, na evidenciada relação entre revisão judicial e teoria dos sistemas, ou entre funções gerais das cortes constitucionais e teorias dos sistemas, desconfia-se da capacidade da

corte, assume-se a autonomia do sistema jurídico e a imprevisibilidade inegável das decisões constitucionais¹⁸⁹. Os excessos de alocação de recursos estão sendo explicados pela vastidão de códigos nos sistemas diferenciais. Muitos “pagamentos” adiantados geram excessivas expectativas, no mercado e no direito. Mas o direito é o melhor exemplo de sua descompensada autoridade com a ampliação da informação: é pensado como uma entidade programática que resolve conflitos e então “descansa” neste jogo. Para Teubner, este descanso não existe. Há desacordo: o direito resolve conflitos criando outros, ainda piores (2010, p. 07), como visto em qualquer política de criminalização do consumo de drogas e entorpecentes. É necessário, assim, uma *regulação* desta *regulação*. Sobretudo da guarda constitucional. Então a “regulação da regulação” precisa se dar por outros instrumentos que não a constituição escrita/jurídica (e seus instrumentos, como a Corte especializada e a revisão judicial).

What is critical, in contrast, is a type of addiction syndrome of the law in which norm production exhibits a dependency syndrome on external stimuli – political legislation and economic contractual mechanisms – producing, at national and transnational level, the much criticised pathologies of the excessive juridification of the world. Would these be the “legal excesses” of late modernity? In politics, the excessive compulsions to grow of the welfare state are the obvious candidate. In science, research creates ever-deeper uncertainties, which can only be dispelled by further research, which, again, causes new uncertainties. In each of these contexts we need to differentiate between a compulsion to growth that is necessary for continuation, and increase-excesses, which threaten the normal state of things. (TEUBNER, 2010, p. 07).

Ao mesmo tempo, o constitucionalismo aprendeu com os muitos pré-colapsos na história de seu desenvolvimento, o “momento constitucional”, que teria feito autores como

¹⁸⁹ “Puzzling episodes in jurisprudential developments were rendered intelligible by attention to the multi-referential character of meaning at the societal level [...] Our formulation of judicial review as an instrument for the self-steering of the legal system changed the significance of such episodes for both law and society. At issue was no longer whether and to what extent the Court could bring about social change (i.e., affect the operation of other systems) but how and to what effect it dealt with law's own complexity. [...] We saw how legal indeterminacies, rather than revealing the extra-legal foundation of law, provided occasions for jurisprudential creativity. Despite the Court's constant exposure to political influences through legislation, we saw no extra-legal guarantee that any particular legislative measure would pass the Court's test of constitutionality. Nor did judicial invalidation of legislative and administrative action preclude subsequent defiant political and/or administrative moves [...] What distinguished law from politics and morality was not its content but its form, its particular way of selecting and connecting legal communications: its unique code and specific function. (BAGHAI, 2016, p. 136-137).

Brunkhorst reverem seu criticismo com o constitucionalismo social¹⁹⁰. Em 1945, uma declaração de direitos humanos surge imediatamente após regimes totalitários; e as revoluções burguesas trouxeram separação de poderes após regimes despóticos; então, há o lado positivo, mas o lado negro nesta “irritação de sistemas”, como as graves crises econômicas geradas pela irritação extrema de diversos sistemas em colapsos (vide a crise financeira imobiliária de 2008). Isso significa que na conexão entre sistemas e ambientes, não se faz possível uma relação saudável, senão quando otimizados os sistemas internamente atentando às irritações causadas pelo ambiente¹⁹¹.

Dada a amplidão de subsistemas, cabe à constituição oferecer estratégias para que sua autonomia esteja conectada com o ambiente, a velha lição de Luhmann e Maus para que a política não seja devorada pela alimentação de outros sistemas; dinheiro, poder, religião. Mas este papel necessário é subsidiário, não central. Isto é, o constitucionalismo, na sua versão *jurídica*, não é a única fonte para a solução da dinâmica ou contenção destas crises, dos segundos imediatamente anteriores ao “hit the bottom”:

Though lawyers may not like to admit it, law does not play the primary role in state constitutions and other sub-constitutions. The primary aspect of constitutionalisation is always to self-constitute a social system: the self-constitution of politics, the economy, the communications media, or public health (TEUBNER, 2010, p. 20).

Encontrar a constituição em uma sociedade é então trabalho muito mais profundo do que abrir, por exemplo, o texto de 1988 e suas emendas até hoje: não está em um código submetido ao sistema binário, mas em todas as condições de vida e reprodução de um território¹⁹²:

¹⁹⁰ (TEUBNER, 2010, p. 32).

¹⁹¹ “The task would be, with a bit of luck, to combine external political, legal and social impulses with changes to the internal constitution.”[...] It seems that Derrida was inspired here by the Foucauldian reformulation of the concept of power: the problem of today’s societies lies not with the excesses of juridical power wielded by the political sovereign, but rather in the phenomenon of ‘capillary power’, achieved through progress in scientific disciplines and dependent on technology. This capillary power permeates the social body through to its very” (TEUBNER, 2010, p. 11).

¹⁹² (TEUBNER, 2010, p. 25).

The constitutional code is binary. It oscillates between the values ‘constitutional/unconstitutional’. And it functions at the meta-level, for the reason that it subjects decisions that have already been tested as legal/illegal, to an additional test, namely, whether they correspond to constitutional requirements. What emerges here is the hierarchy between simple law and constitutional law, “the law of laws”, typical of all constitutions – for constitutions of states, of other function systems, of organisations and of networks. The constitutional code (constitutional/unconstitutional) is ranked above the legal code (legal/illegal). The point of the meta-code lies, however, in its hybridity: it is not only ranked above the legal code, but at the same time also above the binary code of the relevant social system. It exposes its binary-encoded operations to the additional test of whether or not they conform to the principles of public responsibility of the social system. (TEUBNER, 2010, p. 25).

Isso significa que o “mundo da vida” complexifica o constitucionalismo de tal modo que a “judicialização” deste mundo não é apenas impossível. É ainda um exercício ingênuo. A forma mais fácil de fugir de Teubner aqui seria rotulá-lo de jusnaturalista. Porém, há mais cautela em seu argumento (condensado pela teoria dos sistemas): ao negar que a constitucionalização se resume ao texto legal e as diferenciações constitucional/inconstitucional, está afirmando, firme em Luhmann e no conceito de direito também para Habermas (vide capítulo I), que a *constituição* ultrapassa estes elementos¹⁹³, e que a Sociedade precisa aproveitar essa “supraconstitucionalidade *invisível*” (em um sentido *fora do que o sistema jurídico é capaz de perceber*). Teubner segue o caminho da teoria dos sistemas para a compreensão da *constituição*, sempre nos passos do “acoplamento entre direito e política”. Do ponto de vista *sociológico e jurídico* é possível falar em outras constituições:

A constitution is always the connection of two real ongoing processes. From the point of view of law, it is the production of legal norms, which is typically merged with the basic structures of the social systems. From the point of view of the social system, it is the generation of basic structures of the social order, which

¹⁹³ In order to identify truly constitutional structures, we must move beyond the understanding of constitutions referred to thus far, as the structural coupling of law and social systems.⁷⁶ The endpoint of constitutionalisation – be it in politics, science or other social sectors – is not reached until an independent constitutional code – a binary metacode – (TEUBNER, 2010, p. 25).

simultaneously inform the law and are regulated by it. Under these conditions, it makes sense to talk, in the sociological and the legal sense, of elements of a political constitution, of an economic constitution, of a constitution of science, or of a digital constitution (TEUBNER, 2010, p. 22).

Com isso, este “meta-código” pareceria conter todas as respostas veladas para a superação de crises. Ele também é alimentado pelos códigos binários legais e constitucionais, pelos influxos *ilegais, paralelos*, e, mesmo quando ofuscado, precisa ser compreendido ou ao menos *visualizado*. A constituição econômica o retroalimenta, sofrendo interferências do campo jurídico. “On its legal side, it institutes the separation of simple law from superior constitutional law, and judges legal acts according to whether they correspond to constitutional values and principles”¹⁹⁴.

Isto leva Teubner ao ceticismo diante da atividade *autônoma* da jurisdição constitucional, isto é, de sua fraqueza em pender para qualquer lado, afastando os velhos argumentos que discuti acima como a “resposta correta” ou a “previsibilidade hermenêutica e linguística da tradição”, enfim, de uma resposta pré-determinada constitucional:

[...] decisions and arguments of central banks on the one hand and constitutional courts on the other - do not merge the two systems into a single economic constitution but remain, instead, tied to their respective operational contexts, to the law or to the economy. Correspondingly, the distinction ‘code-compliant/code non-compliant’ is only a common umbrella formula for all possible constitutional decisions and arguments, capable of assuming completely different meanings according to their respective context. The constitutional code is an observation scheme, which takes on different forms in law and in the economy. (TEUBNER, 2010, p. 27).

Neste sentido, a “super constituição” precisa abrir os olhos para o fato de que uma decisão tomada em um sentido econômico-político por bancos nacionais é tão relevante quanto uma decisão tomada pela suprema corte (senão mais intensificada). Há diferentes modos de se visualizar esta constituição econômica/jurídica. A questão é não fechar os olhos

¹⁹⁴ (TEUBNER, 2010, p. 26).

para ambas: “Rather, it is the historically variable result of reflexive processes in the constitutionalised social system, reconstructed in law as an ensemble of constitutional principles”¹⁹⁵.

Isso serviria ainda para pensar que a própria constituição dogmática dirigente possui elementos “sociais” que são impostos politicamente gerando uma expectativa frustrada, interessante para pensar a constituição brasileira e seu dirigismo. Ou seja, o mesmo modelo de créditos econômicos causadores de crises. Há, com isso, o descolamento entre realidade e texto constitucional, o que aponta que são diferentes as velocidades entre norma constitucional e realidade social. Diversos são os sistemas, e a Corte representa apenas a ponta de uma longa estruturação.

Seu exemplo central é a *política de emissão de moeda*, onde a conexão é simbiótica: política/economia/direito, fundamental na questão de crises econômicas de produção. Este traço se dá numa via de mão dupla: o direito alimenta as operações da economia, e vice-versa. No caso, os bancos centrais desempenham um papel circular, em diálogo e conflito com agenciadores de interesses. E aqui a Corte constitucional se encontra afastada, já que sua *expertise* jurídica não é capaz de atender ao complexo subsistema *economia*. Isso se chama “constitucionalismo societal”. E veja que, para a questão “um legitimado não eleito para dar a última palavra sobre a constituição não despolitiza a sociedade?” o problema se repete na constituição monetária. A pergunta é sempre a mesma: “But does a social constitutionalism aiming at extensive autonomy of the social sub-systems not imply an extensive depoliticisation of society?” (TEUBNER, 2010, p. 28).

O caso da “criação de dinheiro” ou a emissão de moeda como parte da constituição econômica, é o exemplo dado como “instrumento” político inevitável de um sistema próprio (TEUBNER, 2010, p. 32). Aqui, fica evidenciada a regulação externa+interna, envolvendo interesses diversos, nacionais e internacionais. Nas relações de acoplamento, contudo, sempre se sobressai a relação política+direito ou economia+direito, e fica faltando a autonomia da constituição política+economia como uma *constituição* vinculante. Resultado da excessiva judicialização *da vida*

Entretanto, a autonomia da constituição econômica nunca é facilmente verificável. Isso se dá por conta do acoplamento. Tratar os bancos centrais como a “corte constitucional”

¹⁹⁵ (TEUBNER, 2010, p. 27).

paralela¹⁹⁶ desta constituição econômica é esquecer que, juridicamente, o entrelaçamento é mais profundo e também o banco central se submete à corte quando provocada, normalmente entregando à sociedade decisões controversas. Porém Teubner está afirmando que estes sistemas sobrevivem paralelamente, culminando em crises constantes “hit the bottom” que poderiam ser melhores compreendidas (talvez evitadas) em seu porvir se estes sistemas tivessem maior conhecimento do *poder de sua autonomia*.

Ou seja, a constituição econômica na emissão de moeda permite algo como um quarto poder (monetative power), segundo o neologismo que cita Teubner, o qual precisaria ser estudado como “constituição” com a mesma seriedade que o texto constitucional, ainda que não esteja escrita ou sistematizada em alguma lei ou compreendida pela jurisprudência como tal. Trata-se de compreender a autonomia da constituição econômica e o respeito ao seu autogoverno para gerenciar crises. Mas então a *inafastabilidade* do Judiciário, e a *universalidade* da jurisdição constitucional seriam talvez mitigadas, compreendidas sob outro parâmetro deste novo passo da teoria dos sistemas: uma separação “societal” de poderes.

Yet the taboo must not be broken. No discretionary interventions by the political system! Even if that system disposes of higher democratic legitimation. The autonomy of the central banks in respect of politics is a necessary pre-condition of the functioning of the plain money reform. Alongside the traditional executive, legislative and judicative powers, the central banks act, as a neologism nicely puts it, as the ‘monetative’ power, as the constitutional institution of the economic system. **Here, the meaning of an autonomous financial constitution is revealed, which must control its own logic and cannot, despite its highly political character, be delivered by institutionalised politics.** The analogy with constitutional courts is again appropriate. This is a principle not of the political, but of the societal separation of powers. (TEUBNER, 2010, p. 33, grifei).

¹⁹⁶ “Their position [of central banks] can most readily be compared with that of constitutional courts, standing right at the hierarchical peak of the legal system, responsible for making highly political decisions without thereby becoming part of the political system.¹⁰¹ “Guardians of the constitution” – that is the appropriate metaphor. And just as constitutional assemblies and constitutional courts are the guardians of the political constitution, so the central banks and the constitutional courts are the guardians of the economic constitution. And their constitutional politics requires a high degree of autonomy” (TEUBNER 2010, p. 33).

Se a lógica de um estudo sociológico como tal procede, é preciso reabrir a constituição e encontrar estes aspectos *societais* dos poderes. Poderes que não são tecnicamente poderes, ou ao menos não são assim previstos pela constituição. Mas que não deixam de sê-lo, reproduzindo constituições “setoriais”¹⁹⁷. É preciso então afastar a judicialização destas funções por seus técnicos da magistratura ou mesmo o oposto: a apreensão pela ciência política. A constituição econômica certamente não estará lá, *positivada*, e, se os bancos centrais detêm a mesma função de uma Suprema Corte em sistemas paralelos, a política estará ainda mais *capilarizada* neste projeto de constitucionalismo “lateral”.

Porém, não raro esta autonomia estará descomprometida com o *povo*, indiferente aos indivíduos isolados, que comumente não possuem um grupo de representatividade, ou não participam de um grupo com poder de barganha (econômico, financeiro) nestes “outros poderes” que se construiu: o “monetative” power, por exemplo. Em países como o Brasil, ainda com graves problemas resultantes do agenciamento financeiro de interesses, do lobby político e do clientelismo econômico, o risco antidemocrático aqui segue tanto quanto a judicialização excessiva da constituição. De novo, troca-se um problema pelo outro. E a constituição “societal” dos poderes contra a judicialização também é um projeto pouco efetivo, senão apenas que observe o foco de outros parâmetros.

¹⁹⁷ Para além do Estado, como multinacionais, organismos internacionais, a *lex mercatoria*: “A constitutionalised international law, a deliberative global public, a policy formulation on a global scale, a transnational system of negotiation between collective actors, a limitation of social power by global politics: each of these is said to open up possibilities for realising new forms of democratic constitutionality. [...] the constitution is too important to be left to constitutional lawyers and political philosophers alone” (TEUBNER, 2011, p. 02) bem como: “Here, we come up against an intriguing new phenomenon – that of ‘self-constitutionalisation without a state’. Sectors of world society begin to develop step-by-step their own constitutional norms. Pressing social problems that accrue within autonomous world systems produce social conflicts resulting in legal norms of a constitutional quality. These norms then become aggregated, over time, into sectoral constitutions of world society” (TEUBNER, 2011, p. 14).

III.4. Conclusão do capítulo: novos sujeitos, novas instituições

Dentre as propostas mais recentes estudadas, o que parece solução ao constitucionalismo judicializado em busca da constituição *mais política* impondo limites à revisão judicial do modo que Goldoni e Teubner parecem sugerir, na verdade pode surtir efeitos colaterais ainda mais negativos: inserir *sujeitos* constitucionais faz da corte uma autoridade que transforma o velho sonho da tripartição de poderes (horizontal, com cada poder no mesmo nível de igualdade) em uma pirâmide em que o judiciário estaria em seu topo (em um quase *originalismo* gramatical), sobretudo no desejo de Rosenkranz em pensar a revisão judicial “o mais abstrata” e o “mais transparente possível” pelos sujeitos constitucionais.

No mesmo sentido, transferir a legitimidade para outros intérpretes é simplesmente alterar o local da discussão e problematizar ainda mais a transparência de “sistemas paralelos”, já que o jogo de poderes, a barganha e as ameaças entre instituições se darão entre particulares, com interesses tão escusos quanto os pertencentes aos agentes estatais nas constituições *laterais*.

Também o “novo” modelo “advisory” de Richard Albert traz trocas institucionais que não apontam empiricamente a garantia de maior unidade dialógica entre ministros de uma Corte e o Parlamento, e reserva ao judiciário a função consultiva, com força vinculante apenas quando da unanimidade.

Mas, ainda assim, são propostas criativas que escapam do reducionismo de teorias da última palavra.

Isso nos carrega à velha lógica do *impossível* com a qual iniciei este trabalho: seria mais coerente pensar em *extinguir* a revisão judicial em busca de uma “dignidade do Legislativo” (o que parece algo cada vez mais inatingível, como visto) e então otimizar nosso *sistema eleitoral* dentro de alguma sistemática que preserve a democracia, ou simplesmente

nos restaria transferir a *capacidade* de exercer a revisão judicial para outros protagonistas ou intérpretes, sujeitos, ou com maior limitação judicial?

Os riscos são os mesmos, e as propostas mais inéditas redundam em problemas de legitimação. O argumento da “dignidade parlamentar” talvez nos permita ao menos votar em alguns de seus membros. Se, por outro lado, a proposta de Rosenkranz é útil, ela é tão arriscada quanto: poderia sugerir uma corte que cada vez mais deixe claro quem são os *sujeitos* responsáveis pela violação constitucional, ainda que isso tenha uma função muito mais simbólica do que propriamente mandamental (qualquer tipo de sanção ao *sujeito que promove a inconstitucionalidade* poderia retroagir o sistema democrático), já que o Chefe do executivo ou o parlamentar incumbido pela propositura ou aprovação da Lei seria *sancionado* de alguma forma adicional pelo puro exercício de legislar.

Na velha leitura primária de teoria da constituição, o legislador não pode ser compelido a legislar. Na velha leitura da salvaguarda de direitos, a inafastabilidade do Judiciário é necessária, pendendo para este último. A escassez ou insuficiência de alternativas é evidente no ainda necessário combate à supremacia judicial, mas os teóricos mais recentes começam a despontar em alternativas que fujam à redução da teoria da última palavra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: o que a hermenêutica e a linguagem ofereceram de novo? O que o constitucionalismo político oferece de político?

Desenvolvi neste trabalho alguns argumentos para sustentar que o apego à hermenêutica e à virada da linguagem tentaram oferecer *conforto e* prometeram assegurar *previsibilidade* do exercício jurisdicional, já que a ciência política e o direito constitucional não conseguiram retomar da jurisdição constitucional a soberania desejada, algo reforçado em cada seção. No capítulo um, aponte a produção teórica dos principais opositores da supremacia judicial no ambiente alemão, buscando desenvolver quais motivos os fizeram falhar e quais as importantes lições retiradas, desde a leitura dos clássicos. Concluí que o equívoco está na persistência por uma teoria da última palavra, do questionamento sobre qual o “lugar institucional” em que caberiam discussões sobre alteração material do sentido atribuído à norma constitucional, ou mesmo da declaração de inconstitucionalidade das leis.

No capítulo dois, analisei a literatura que aponta que a *nova hermenêutica* representa apenas o tranquilizante temporário filosófico deste problema maior de legitimidade: resume a epistemologia para se afinar à crítica *eficiente* ao fenômeno da judicialização (controlar este juiz “solipsista” por meio de uma “nova hermenêutica”) em busca de um juiz *coeso* que ainda não existe. Este é o projeto que termina por sustentar a própria função judicante e seus instrumentos em tempos em que parece invencível a revisão judicial, e assumo postura cética quanto ao potencial dessa teorização sustentadora filosófica. Deleuze fez esta denúncia quanto a Wittgenstein e complementou-a na obra *Lógica do sentido*, Derrida a partir da *escritura*, Rorty questionando a filosofia da linguagem e Habermas relendo Humboldt.

O dinamismo da teoria da última palavra, então, parece a observação relevante. E a forma de ofuscá-lo tem sido a atividade interpretativa justificacionista da supremacia judicial. A ferramenta para tanto, os mecanismos hermenêuticos que a corte cria. Aqui surgiu um problema filosófico e outro institucional: como será aplicado este exercício (por uma *nova hermenêutica*) e quais as razões legitimadoras desse órgão (a necessidade de proteção da supremacia constitucional).

Supremacia Judicial, enquanto isso, faz a sua propaganda interpretativa de grande romance em cadeia ou catedral em construção. Assim, a preocupação doutrinária com o

fenômeno mudará de foco para as “teorias das decisões” que recaem no plano “hermenêutico” de sustentação destas decisões, *visando a cura pela previsibilidade* dentro de um denso, porém falho, discurso filosófico do paradigma da linguagem (referencial da comunicação, da nova hermenêutica, da nova linguagem). Mas essa inevitável imprevisibilidade continua insuperada.

Isso decorreu em parte da frustração com o legislativo como o grande argumento “*estimulante*” do século XX, mas o problema subsequente de ilegitimidade do judiciário persiste irresolúvel, complexificando cada vez mais seu debate.

Por isso, este caminho de pesquisa corre o risco de retorno à estaca zero: são insuficientes as propostas para uma constituição mais política em um sistema constitucional com a doutrina que detemos e agravada pela hermenêutica em sua versão “messiânica”. A supremacia judicial foi se avolumando com um ingrediente secreto: o discurso da nova hermenêutica, da virada linguística, dos novos parâmetros de decisão pela jurisdição constitucional que permitem um magistrado “coeso e não solipsista”. A ciência política fez da sua crítica uma “teoria da última palavra” contra o judiciário, e segue muito enfraquecida para fazer frente à supremacia judicial. A produção técnica mais recente e vanguardista sobre revisão judicial, por sua vez, quer externalizar *quem são os sujeitos constitucionais* ou a que atores poderíamos *arremessar esta incumbência*, para tentar resolver *institucionalmente* este problema, sempre mantendo o negativismo de baixa democracia pela supremacia judicial debaixo do nariz. De novo, nestes casos, podemos recair em teorias da última palavra.

Houve em muitos lugares deste também extremo século XXI a resignação ao papel do judiciário na revisão judicial, por todas as suas escapatórias. Orquestrou-se a sua destruição pelos teóricos incansáveis mencionados acima, para agora conformarmo-nos com seu sentido. Então uma disciplina – a nova hermenêutica, foi constantemente demandada, e técnicas–teorias da decisão judicial sob a roupagem da nova hermenêutica – apressadamente justificadas, pois, se a crítica à revisão judicial não vingou, era preciso juntar-se a ela, dado o ritmo de que teorias da decisão são urgentemente discutidas e técnicas decisórias do controle de constitucionalidade estruturadas em um todo cada vez mais complexo. A virada paradigmática da linguagem caía como luvas para permitir este processo.

Era preciso disciplinar ou justificar a hermenêutica? Fundamentá-la, em um pretensioso discurso filosófico da filosofia da linguagem como feito, ou, ainda, atentar à incompatibilidade das teorias com tribunais? Seria necessário estruturar um sentido de decisão

para que sintamos uma constante e falsa segurança neste papel jurisdicionalizante? Aqui está o constante equívoco: a crença *paternal* em um judiciário seguro no papel da revisão judicial, algo muito criticado pela ciência política, dado o discurso interpretativo cada vez mais obscuro. Mas, no fim, pareceu ineficiente combatê-lo, porque a hermenêutica e a filosofia da linguagem são *demasiado fortes no século XX*. Apontei como essas ilusões se solidificaram na filosofia e na teoria do direito baseando-me nas críticas iniciadas por expoentes da filosofia da linguagem, onde estabeleci apenas o argumento de que a possibilidade de discricionariedade judicial em casos difíceis envolvendo a revisão judicial é algo inescapável (esta inescapável *indecidibilidade*). Portanto, assumo ceticismo diante da otimização da expertocracia judicial em aplicar a revisão judicial por todos os meios técnicos que expus nesse trabalho e repito: substancialmente, a hermenêutica não salva as deficiências inatas ao judiciário. Mas, se assim for, quais alternativas nos restam diante do cenário jurisdicionalizante das técnicas de revisão judicial?

Por isso, propostas ousadas como a de Rosenkranz, na ideia de *subjects of constitution* para a revisão judicial, poderiam enfrentar o *atual estágio das coisas* na revisão judicial, trazendo uma inversão também linguística, mas que influirá institucionalmente no debate. Por outro lado, outras saídas ofertadas tentam legitimar novos intérpretes, como grandes bancos, etc., dando-lhes a legitimidade interpretativa de verdadeiros constituintes, fazendo as vezes de agentes fora do Estado legitimados a executar interpretações da constituição. Mas também retornam a questão para o circular debate de *quem é o legitimado*.

Deveríamos ainda pensar, talvez, como projeto de continuidade deste trabalho, algum indicador para uma *democracia radical* feita com mecanismos cada vez mais amplos de democracia direta ao lado de um judiciário dialógico. Em verdade, estamos presos em um espaço nunca antes mais limitado, sufocado pela supremacia judicial e pela hermenêutica, em toda a sustentação filosófica que detém, dentro de um discurso messiânico das cortes. Este raciocínio em cadeia em prol da hermenêutica nos impede de refletir criticamente sobre a atividade jurisdicional, sobre a própria existência desta, aprofundando o problema da supremacia judicial baseado em argumentos da filosofia, na tentativa de legitimar e fortalecer o exercício jurisdicionalizante, o que afasta cada vez mais a competência *política* da constituição.

De todas as sugestões trazidas neste plano institucional “extra hermenêutico”, a tentativa de Richard Albert em seu “advisory judicial review” é a que parece mais próxima do

sucesso, por conseguir temperar i) a necessidade da atividade interpretativa do tribunal sem “deslumbramentos” pela hermenêutica ou pela virada linguística; ii) o reconhecimento do déficit democrático de sua atividade na declaração de inconstitucionalidade das leis; e iii) o impulso em busca da paridade de forças nas atribuições entre judiciário e legislativo. O requisito “unanimidade” da corte para que se possa declarar a inconstitucionalidade (independente de *aval* legislativo apenas neste caso), restringe a revisão judicial para situações em que a matéria estaria suficientemente madura no corpo político, de acordo com as diversas trajetórias dos ministros. Por outro lado, traz evidentes problemas: reduziria evidentemente o interesse em demandar a corte, pois na maioria das vezes a decisão seria meramente consultiva e não mandamental, e, daria (ainda mais) poder a um único ministro (de orientação excessivamente conservadora, por exemplo), para levar a questão para um ou outro lado *fora da unanimidade*.

Se lembrarmos do STF em polêmicas decisões no Brasil, importantes precedentes foram julgados com unanimidade, como o reconhecimento da união homoafetiva e a impossibilidade de configurar delito de apologia ao crime as marchas em prol de consumo de drogas, a despeito de uma ou outra ressalva *obiter dictum* em alguns votos de ministros. Enquanto isso, a decisão que legitimou o aborto de feto anencefálico, por exemplo, sofreu divergências.

Albert tentou demonstrar com isso que, no caso de unanimidade, é evidente que estaria demasiado maduro para a adjudicação do tribunal o direito constitucional violado e havia a necessidade imperativa de intervenção judicial, enquanto nos demais casos a divergência comprova a ainda *incompetência* da discussão ocorrer no judiciário, isto é, caberia apenas uma consulta (o advisory model) que orientasse o legislativo em estímulo dialógico pela maioria formada via tribunal. A discussão segue.

O que importa, por enquanto, é destacar a falácia filosófica do discurso hermenêutico e da filosofia da linguagem para um “novo paradigma” de decisão e para um “novo” julgador não-solipsista neste processo. É preciso denunciar esta aliança com a supremacia judicial na “expertocracia judicial”, ainda não vencida e injustificada. Mas ainda precisamos do Judiciário, sobretudo para que o constitucionalismo popular exista. Só a partir de então conseguiremos retornar com maior segurança às discussões institucionais como a de Richard Albert, Rosenkranz, Teubner, e tantos outros projetos que possam ser otimizados, refletidos e mesclados, sim, para *devolver a constituição ao povo* em ambientes de tanta perturbação

política como visto no Brasil. A constituição *política* será possível a partir do momento em que compreendermos a insuficiência das cortes em *dar respostas corretas* pelos seus diversos aparatos *hermenêuticos*, debaixo deste cobertor de fundamentação filosófica. Mas, ao mesmo tempo, é preciso reconhecer a insuficiência do próprio Estado de Direito *sem a jurisdição da corte constitucional*.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **We The People: Foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- AGAMBEN, Giorgio. **Infância E História: Destrução Da Experiência E Origem Da História**, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.
- ALBERT, Richard. **Advisory Review: The Reincarnation of the Notwithstanding Clause**. *Alberta Law Review* 45, pp. 1037-1069, 2008.
- _____, **Amending constitutional amendment rules**. Boston College School Faculty papers, *INT J Constitutional Law*, 13 (3), pp. 655-685, 2015.
- _____, **Nonconstitutional Amendments**. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 22, v. 05, 2009.
- _____, **Why Judicial Review: A Preliminary Typology of Scholarly Arguments**, *Int'l J. Const. L. Blog*, Mar. 25, 2013, Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2013/03/why-judicial-review>> Acesso em jul. 2016.
- ALEXANDER, Larry; SOLUM, Lawrence. **Popular? Constitutionalism?** Reviewed work: "The people themselves" by Larry Kramer. *Harvard Law Review*, v. 118, n. 05, pp. 1594-1640, 2005.
- ARISTOTELES. **Política**. Ed. bilíngue, Trad. Antônio C Amaral e Carlos de C. Gomes, Lisboa: Vega, 1998.
- AUSTIN, John Angshaw. **Quando dizer é fazer: I Conferência, Performativos e constataivos**. Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas: 1990.
- BAGHAI, Katayoun. **Social systems Theory and judicial review: taking jurisprudence seriously**. London: Routledge, 2016.
- BAKHTIN, M.; VOLOCHINOV, V.N. **Marxismo e filosofia da linguagem**. 7ed. São Paulo: Editora Hucitec, 1995.
- BALKIN, Jack. **The Framework Model and Constitutional Interpretation**. *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, David Dyzenhaus and Malcom Thorburn, eds., (Oxford University Press, 2016, Forthcoming).; Yale Law School, Public Law Research Paper No. 545. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2607105>, 2015.
- BEIENBURG, Sean; FRYMER, Paul. **The People Against Themselves: Rethinking Popular Constitutionalism**. *Law & Social Inquiry*, Volume 41, Issue 1, 242–266, Winter, 2016.
- BELLAMY, Richard. **Political constitutionalism and the Human Rights Act**. *Oxford University Press and New York University School of Law, I-CON* , Vol. 9, No. 1, pp. 86–111, 2011.
- BENVINDO, Juliano. **A "última palavra", o poder e a história: o supremo tribunal federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo**. *Revista de Informação Legislativa: Brasília*. Senado federal, v.5 I. n. 20 I. p. 71 -96, jan ./mar 2013.

____, **On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism.** Berlin: Springer, 2010.

____, **The seeds Of Change: Popular Protests as Constitutional Moments**, 99, Marq. Law Review, 363, 2015.

BICKEL, Alexander. **The morality of Consent.** New Heaven: Yale University Press, 1975.

____, **The least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics.** Bobbs-Merrill, 1962.

BENVINDO, Juliano, COSTA, Alexandre. **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais.** Relatório de Pesquisa financiada pelo CNPQ. Brasília, 2014.

BÖCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang. Entrevista. **Die Verfassung: auf einen mittelweg zwischen geschichte und rechtswissenschaft – Interview mit E-W. BÖCKENFÖRDE von Benito Alaez Corral.** 5 História Constitucional, v. 337, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 29 ed., 2014.

BRUNKHORST, Hauke. **A decapitação do Legislador: A crise Europeia - Paradoxos da Constitucionalização do Capitalismo Democrático.** V. 01, n. 01, jan-jun, 2014.

CABRERA, Julio. **Margens das Filosofias da Linguagem: conflitos e aproximações entre analíticas, hermenêuticas, fenomenologias e metacríticas da linguagem.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003

CADEMARTORI, Luiz; DUARTE, Francisco. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional.** São Paulo, Editora Atlas, 2009.

CANOTILHO, José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; Sarlet, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick. . A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. In: José Adécio Leite Sampaio. (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, p. 141-163, 2003.

____, A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de Direito. in: **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de Direito.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CLARK, Mary. **Advice and Consent vs Silence and dissent? The contrasting roles of the legislature in U.S. AND U.K. Judicial Appointments.** American University Washington College of Law, No 2011-02, 2011.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica.** Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. março 2008.

CREELMAN, Ann. **US-Style Judicial Review for France? A major Reform of French Constitutional Law: the QPC.** International Society of Primerus Law, Michigan: Grand Rapids, 2010.

DELEUZE, Gilles. **Diálogos.** São Paulo: Escuta, 1998.

____, **Foucault.** São Paulo: Brasiliense, trad. Claudia Sant'Anna, 2005.

____, **Lógica do sentido.** São Paulo: Perspectiva editora da Universidade de São Paulo, 1974.

DELEUZE, Gilles; GUATARRI, Felix. **Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia**. São Paulo: Editora 34, v. 02, 1996.

DELEUZE, Gilles, PARNET, Jean. **Abecedário de Gilles Deleuze**. 1996.

DENNINGER, Erhard. **Judicial Review Revisited: The German Experience**. Tulsa Law Review, v. 59, n. 1013, 1985.

DERRIDA, Jacques. **Declarations of Independence**. Negotiation International Law Review, Stanford University Press, trad. Tom Kenner e Tom Popper, pp.46-54, 2002.

_____, **Gramatologia**. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 1973.

_____, **Speech and Phenomena** and other Essays on Husserl's Theory of Signs. Evanston: Northwestern University Press, 1973b.

DUE, Reidar A. **At the margins of Sense: The Function of Paradox in Deleuze and Wittgenstein**. Edinburgh University Press, paragraph 34.3 , p. 358-370, 2011.

ELY, John Hart. **The apparent inevitability of mixed Government**. Constitutional Commentary, jun., v. 16:283, 2009.

_____, **Toward a Representation-reinforcing Mode of Judicial Review**. Maryland law Review, v. 37, issue 03, pp.451-487, 1978.

FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FRIEDMAN, Barry. **Taking Law seriously**. Perspective on Politics, v.4, 2006.

_____, **The Politics of Judicial Review**. Texas Law Review, v. 84, n 02, 2005.

_____, **Dialogue and Judicial Review**. Michigan Law Review. 577,1993.

FALLON, Richard Jr. **Appraising the significance of the subjects and objects of the constitution: A case study in textual and historical revisionism**, 16 u. Penn Journal of constitutional law 453, 2013. Disponível em: <<http://scholarship.law.upenn.edu/jcl/vol16/iss2/6/>> Acesso em jul. 2016.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

GARGARELLA, Roberto. **¿Por qué estudiar el constitucionalismo popular en América Latina?** In: ALTERIO, Ana; ORTEGA, Roberto Niembro (Orgs.). Constitucionalismo Popular en Latinoamérica. México: Editorial Porrúa, 2013.

_____, **We the People outside of the Constitution**. The dialogic model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances. Current Legal Problems, v 67, n. 1, pp. 1-47, 2014.

GLENCROSS, Andrew. **The absence of political constitutionalism in the EU: three models for enhancing constitutional agency**. Journal of European Public Policy, v. 21, n. 08, pp. 1163-1180, 2014.

GOLDONI, Marco. **The three waves of political constitutionalism**. Forthcoming, 2016.

GREENE, Jamal. **Liberal love for Antonin Scalia**. The New York Times, 2016.

GRIMM, Dieter. **Constitutional adjudication and Constitutional interpretation: between law and politics**. 4 National University of juridical sciences Law Review, n. 15, 2011.

_____, **Constitutional adjudication and democracy**. 33 Israel Law Review, n 193, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratische Rechtsstaats. 4 ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. Versão brasileira: [*Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, trad. Flávio Beno Siebeneichler, 1999*].

_____. Filosofia hermenêutica e filosofia analítica: duas versões complementares da virada lingüística. In: **Verdade e Justificação**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Grundlinien der Philosophie des Rechts** (ohne Fussnoten). Cosmopolitan University, 2010. Disponível em: <<http://www.cosmopolitanuniversity.ac/library/Hegel.Grundlinien.der.Philosophie.des.Rechts.pdf>>.

HEIDDEGER, **Sein und Zeit**. 11 ed. Tübingen: Max Niemeyer, 1967.

HUGHES, Charles Evans, **Speech Before The Chamber Of Commerce**, Elmira, New York, May 3, 1907.—Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906–1908, p. 139 (1908). Disponível em : <http://harvardlawreview.org/2016/02/the-constitution-means-what-the-supreme-court-says-it-means/>

IP, Eric C. **The judicial review of legislation in the United Kingdom**: a public choice analysis. *European Journal of Law and Economics*, pp. 221–247, 2011.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies**: Contested power in the Era of Constitutional Courts. New York: New York University School of Law, 2015.

KAVANAGH, Aillen. **A New Supreme Court for the United Kingdom**: Some Reflections on Judicial Independence, Activism and Transparency. SSRN eLibrary, (58). Disponível em:<http://ssrn.com/paper=1649994>, 2010.

KNOWLES, Helen J.; TOIA, Julianne A., **Defining 'Popular Constitutionalism**: The Kramer versus Kramer Problem (April 9, 2014). *Southern University Law Review*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2395465> acesso em jul. 2016.

KRAMER, Larry. **The People Themselves**: Popular constitutionalism and Judicial Review. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LANDAU, David. **Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law**, *Harvard International Law Journal*, v 51, p. 319-377, 2010.

LE BOT, Olivier. **Cinq Ans De Qpc: Un Bilan** (Five Years of Ex post Control in France). Disponível na SSRN em: <<http://ssrn.com/abstract=2630591>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2630591>>, 2015.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. São Paulo: Nova cultural, trad. Anoar Aiex, 1988.

LUNARDI, Fabricio. **A reconstrução do controle difuso de constitucionalidade à luz da questão institucional** : política, cidadania, democracia discursiva e experimentalismo. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) — Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

LIMA, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto. **A tensão entre o Povo e as Cortes**: a escolha do constitucionalismo popular. Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em direito. Universidade de São Paulo: Faculdade de Direito do Largo São Francisco, orientador Samuel Rodrigues Barbosa, 2014.

MACCORMICK, Neil. **Notes on narrativity and the normative Sylogism**. *International Journal for the Semiotics of Law*. IV-11. 1991.

MAUS, Ingeborg. **Justiz als gesellschaftliches Über-Ich**: zur Funktion von Rechtsprechung in der "vaterlosen Gesellschaft". Berlin, 2011 [trad. brasileira: *Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. p. 184/185].

____, **Menschenrechte, Demokratie und Frieden**: Perspektiven globaler Organisation. Berlin: Suhrkamp, 2015a.

____, **Über Volkssouveränität**: elemente einer Demokratietheorie. Berlin: Suhrkamp, 2011.

____, **Zur Aufklärung der Demokratietheorie**, Frankfurt: Suhrkamp, 2015b. versão traduzida [**O Direito e a Política**: Teoria da Democracia. Belo Horizonte: Del Rey, 2009].

MENDES, Conrado. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

____. Entrevista **O STF é refém do capricho dos seus ministros**. Os Constitucionalistas, 2016. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros> Acesso em jun. 2016.

MICHELMAN, Frank. **Brennan and Democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

____. **Laws Republic**, *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 08, pp. 1493-1537, 1988.

MILOVIC, Miroslav. **A Utopia da Diferença**. A parte Rei: revista de filosofia, 2007.

MOSTAFA, Solange Puntel. **A antivirada linguística de Deleuze e sua importância para a educação**. *Revista contrapontos - eletrônica*, v. 15, n. 1- Itajaí, jan-abr, 2015.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. Princípios e Regras Constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

____, **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes. 2 ed, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Tomas de. **Vinte Anos De Constituição**: Uma Exploração Hermenêutica Dos Dilemas Para A Concretização Do Texto Constitucional. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v. 1, p. 13, 2008.

PARIS, Marie Luce. **Rights-Based Constitutional Review in France**. University College Dublin: UCD Papers in Law, Criminology and Socio-Legal Studies, Research paper n. 12, 2014.

POLI, Vinicius. **Controle de constitucionalidade**: das teorias da última palavra às teorias do diálogo. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) —Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

PONTE, Fernando Correia da. **Jürgen Habermas und die Kritik am Universalitätsanspruch der Hermeneutik**. Studienarbeit nr. V162023. Munique: Grin Verlag für akademische Texte, 2006.

PORTAL G1, **Taxistas protestam contra a Uber e pedem apoio ao juiz Sérgio Moro**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/07/taxistas-protestam-contrUber-e-pedem-apoio-ao-juiz-sergio-moro.html>> Acesso em jul. 2016, 2016.

RICHARDS, Claudina. **EU Law Before the French courts: The Curious Incident of the Question Prioritaire de Constitutionnalité**. University of East Anglia, Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2167351>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2167351>> Acesso em jul 2016, 2011.

RORTY, Richard. **Book review: "Methaphysics, Reference and Language"** de James W. Cornman. *The Journal of Philosophy*, v. 64, n. 22, pp. 770-774, nov., 1967.

_____, **Book review: "Traditional and Analytical Philosophy: Lectures on the Philosophy of Language"** de Ernst Tugendhat. *The Journal of Philosophy*, v. 82, n. 12, pp. 720-729, dez., 1985.

_____, **Book review: "Why does language matter to Philosophy?"** de Ian Hacking. *The Journal of Philosophy*, v. 74, n. 07, pp. 416-432, dez., 1977b.

_____, **Derrida on language, Being and abnormal Philosophy.** *The Journal of Philosophy*, v. 74, n. 11, Seventy-Fourth Annual Meeting American Philosophical Association, Eastern Division, pp. 673-681, nov., 1977.

_____, **Essays on Heidegger and others.** *Philosophical Papers* v. 02. Cambridge University Press, 2006.

_____, **Philosophy as a Kind of Writing: An Essay on Derrida.** *New Literary History*, v. 10, n. 01, *Literary Hermeneutics*, pp. 141-160, Autumn, 1978.

_____, **Pragmatism, Categories, and Language.** *The Philosophical Review*, v. 70, n. 02, pp. 197-223, abr. 1961.

ROSENKRANZ, Nicholas Quinn. **The objects of the constitution.** *Stanford Law Review*, v. 63: 1005, pp. 1005-1069, 2011.

_____, **The subjects of constitution.** *Stanford Law Review: Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper* n. 10-25, v. 62, issue 5, pp. 1209-1290, 2010.

SARMENTO, Daniel. **O STF não é o centro do constitucionalismo.** Entrevista, os constitucionalistas, Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-e-o-centro-do-constitucionalismo>> Acesso em jul. 2016, 2014.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral.** *Philosophical Papers*, v. 02, São Paulo: Editora Cultrix, 34 ed., 2013.

SEGATTO, Antonio Ianni. **Transformação pragmática da filosofia kantiana: Habermas, leitor de Humboldt.** *Cadernos de filosofia alemã*, n. 15, pp. 59-79, jan-jun., 2010.

SHAPIRO, Martin. **Judicial Review in France.** *Berkeley Law e Political Journal* 6, n. 531, *Law Scholarship Repository*, 1989.

SILVA, Francisco Fátima. **A indecidibilidade enquanto desconstrução da hermenêutica: a primazia da metáfora da escritura.** *Revista multidisciplinar Urutaguá*, Departamento de Ciências Sociais da Universidade Estadual de Maringá, n 06, abr-jul, 2005.

SILVA, Virgilio Afonso. **Deciding without deliberating.** *International Journal* 01. *Constitutional Law*. p. 557-584, 2013.

_____, **De quem divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal.** *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, pp. 205-225, jul-dez 2015.

_____, **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico,** In: *Interpretação Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2005.

_____, **O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública.** *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, pp. 197- 227., 2009.

SÍTIO OFICIAL DO REINO UNIDO. **Breve História da Câmara dos Lordes**. Disponível: <http://www.parliament.uk/documents/lords-information-office/hoflphistory.pdf>. Acesso em abr. 2015.

____, **The House of Lords: Reform**. Disponível em: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228891/7027.pdf Acesso em mai. 2015

____, **How MPs are elected**. Disponível em <<http://www.parliament.uk/about/mps-and-lords/members/electing-mps/>> Acesso em abr. 2015.

____, **Sixth Report: The effect of the Constitutional Reform Act 2005 on the relationship between the Judiciary, Executive and Parliament.**, disponível em <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldselect/ldconst/151/151110.htm#note111>> Acesso em: abr. 2015.

____, **Royal Commission on Reform of the House of Lords**, A House for the Future, Disponível em <<http://www.official-documents.gov.uk/document/cm70/7027/7027.pdf>> Acesso em abr. 2015

____, **Legal Aid Consultation**. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/downloads/consultations/legal-aid-reform-consultation.pdf>> Acesso em mai.2015

____, **Arrangement of Clauses Appeal**. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1876/59/pdfs/ukpga_18760059_en.pdf> Acesso em mai 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar A “Letra da Lei” é uma Atitude positivista?** Revista NEJ – Eletrônica, Vol. 15 – n. 1 –p. 158-173 / jan-abr 2010.

SUEUR, Andrew. **From Appellate Committee to Supreme Court: A Narrative**. The Judicial House of Lords 1876-2009 Review, (17), pp. 64–94, 2009.

SUNSTEIN, Cass. **A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009.

SWEET, Alec Stone. **Constitutional courts**. Oxford Handbook of Comparative constitutional Law, Oxford: Oxford University Press, 2012.

TEUBNER, Günther. **A Constitutional Moment? The Logics of 'Hit the Bottom'**. In: Poul Kjaer and Gunther Teubner (eds) *After the Catastrophe: Economy, Law and Politics in Times of Crisis*, 2010.

____, **Constitutionalising Polycontextuality**, In: *Social and Legal Studies* 19, 2011.

TOLEDO JUNIOR, Joaquim Elói Cirne. **Linguagem, contexto e razão: Ricard Rorty e a virada linguística**. Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em filosofia do Departamento de Filosofia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. orientador Caetano Plastino, São Paulo, 2008.

TUSHNET, Mark, **Popular Constitutionalism as Political Law**. In: *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, pp. 991-1006, 2006.

____, **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

____, **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

- WALDRON, **Freeman's Defense of Judicial Review**. Law and Philosophy, v.13, n.1, 1994.
- ___ **The core case against judicial review**. The Yale Law Journal, Vol. 115, Issue 6, p. 1346-1406, 2006.
- ___ **Precommitment and disagreement**. In: L. Alexander, (org.). Constitutionalism. Philosophical foundations. Cambridge: Cambridge University Press, p. 271-99, 1996.
- VIEHWEG, Theodor. Rhetorik, Sprachpragmatik, Rechtslehre. in: **Recht und Gesellschaft**: Festschrift fuer Helmut Schelsky. Berlin, Duncker & Humboldt, 1978.
- KRAMER, 2004, <http://bostonreview.net/archives/BR29.1/kramer.html>
- VATTIMO, G. **Para além da interpretação**: o significado da hermenêutica para a filosofia. Trad. port. Raquel Paiva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.
- VICK, Douglas W. **The Human Right Act and the British Constitution**. Texas International Law Journal 329, 2002.
- WITTGENSTEIN, L. **Philosophical investigations**. Oxford: Blackwell, 1993.
- ___, **On certainty**. Oxford: Blackwell, 1979.