

# 04

## **Alguns apontamentos sobre Poder Constituinte, Biopoder, Controle, Discurso sobre a Exceção e Jurisdição Constitucional**

### **Some notes on Constituent Power, Biopower, Control, Discourse on Exception and Constitutional Jurisdiction**

---

**Audra Pires Silveira Thomaz**

*Doutoranda em Direitos Humanos, Democracia e Ordem Internacional (PUC-Rio); Mestre em Direito Penal (UERJ); Pós-graduada em Direito da Criança e do Adolescente (UERJ); Pós-graduada em Segurança Pública e Cidadania (UCAM); Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal (AMPERJ).*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.4

## RESUMO

O presente estudo tem por escopo trazer a compreensão de alguns dos conteúdos da seara constitucional, haja vista a extensão de riqueza nas informações fornecidas quanto aos conceitos fundamentais do pensamento constitucional contemporâneo. O trabalho não tem a pretensão de esgotar as principais reflexões intercaladas e críticas com base nos institutos apresentados, mas sim procurar relacioná-los, possibilitando demonstrar a importância dos temas trabalhados no curso de doutoramento por meio de um método de procedimento dogmático, centrando-se a investigação nas perspectivas doutrinárias sobre o tema, em uma pesquisa de natureza qualitativa, a partir de fontes bibliográfica e documental. Como resultado, apresenta-se a necessidade de profunda reflexão e reformulação adequada e prática dos institutos mencionados diante de um panorama caótico e atual sofrido pela democracia brasileira.

**Palavras-chave:** Poder Constituinte. Biopoder. Controle. Discurso sobre a exceção. Jurisdição Constitucional.

## ABSTRACT

This study aims to bring the understanding of some of the contents of the constitutional field, given the extent of wealth in the information provided regarding the fundamental concepts of contemporary constitutional thought. The work does not intend to exhaust the main interspersed and critical reflections based on the institutes presented, but rather to seek to relate them, making it possible to demonstrate the importance of the themes worked in the doctoral course through a method of dogmatic procedure, focusing on the investigation in the doctrinal perspectives on the subject, in a research of qualitative nature, from bibliographical and documental sources. As a result, there is a need for deep reflection and adequate and practical reformulation of the aforementioned institutes in the face of a chaotic and current scenario suffered by Brazilian democracy.

**Keywords:** Constituent Power; Biopower. Control. Discourse on the exception. Constitutional Jurisdiction.

## AS CONTRIBUIÇÕES INTRODUTÓRIAS DE NEGRI, SPINOZA, MARX, HOBBS, SCHMITT, LATOUR E OUTROS

### Do Poder Constituinte

Um dos primeiros textos lidos no âmbito do Direito Constitucional, e que chamou a atenção da autora, foi o do autor Antonio Negri sobre o poder constituinte como um ensaio sobre as alternativas da modernidade<sup>1</sup>. Nele, para compreender o conceito de poder constituinte, o autor baseia a construção de seu pensamento em outros três autores: Maquiavel, Spinoza e Marx, em oposição a Hobbes, Schmitt e outros.

Para Negri, a compreensão do conceito de poder constituinte deve ser fundamentada em elementos teóricos de Spinoza e de Marx, e para atingir seu intuito, investiga a fundo os conceitos de desejo, trabalho vivo, multidão e comum, haja vista que a elaboração conceitual é

<sup>1</sup> NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

decorrência da linhagem entre eles.

Negri busca o conceito de poder constituinte por meio de um método sintético que aprendeu com Spinoza, ou seja, a partir de sua gênese, de suas causas, e não de seus efeitos. Assim, não é com base nos problemas do poder constituído (coisa julgada, direitos adquiridos, validade e vigências de normas, entre outros), mas sim a promoção de uma intercalação de todos os elementos jurídicos e não jurídicos que integram o conceito.

Tal objetivo somente é possível de ser atingido por meio de uma investigação complexa e estrutural do poder constituinte; por isso mesmo, Negri pegou a teoria política de Spinoza e juntou-a com a teoria de Marx sobre trabalho. Ao afirmar (p. 124) que o conceito do poder constituinte faz referência à ontologia por um lado e ao trabalho por outro, ele está, respectivamente, fazendo alusão a Spinoza e a Marx.

A preocupação de Negri em trazer um novo conceito de poder constituinte é baseada na tentativa de responder a problemas atuais que vêm desafiando as ciências sociais, o meio jurídico e a filosofia, uma vez que as organizações sociais e políticas contemporâneas demonstram o fim do modelo fabril de organização, com resistências para além dos muros das fábricas. Até porque falar de poder constituinte é falar de democracia (p. 7).

Essas resistências traduzem um movimento de luta por novos direitos que é fomentado por recentes conjunturas econômicas, políticas, identitárias e sociais, o que desencadeou em Negri a construção de um conceito de poder constituinte completamente diferente do tradicionalismo jurídico e o conceito de multidão.

Para Negri, o poder constituinte é um processo ontológico político e físico que estabelece a organização de um poder político. Sua análise é baseada em um processo de cooperação social, ou seja, não cria somente normas jurídicas e sim novas relações sociais, modos de produção e instituições políticas, em postulados de Spinoza e Marx<sup>2</sup>.

Conversando com o texto de Negri, Latour<sup>3</sup>, por sua vez, em sua obra que data de 1947 e que teve a primeira edição traduzida para o Brasil em 1994, faz uma argumentação teórica em cinco capítulos: Crise, Constituição, Revolução, Relativismo e Redistribuição. A preocupação do autor é com a problematização do conceito de modernidade e um novo olhar social para o que a sociedade denomina ser moderna. Para isso, propõe o conceito de rede como sendo lastreado nos elementos da ciência e da política, por serem peças essenciais de uma nova antropologia simétrica (verificação da relação híbrida entre sociedade e natureza com uma explicação que consiga engajar natureza, cultura e sociedade).

Ao analisar, no segundo capítulo de sua obra, a historicidade da modernidade com a formação da sua Constituição que se dá pela separação do governo, das ciências exatas, dos humanos e não humanos, da natureza, agrupamentos, relações, competências e propriedades, o autor ressalta as obras antagônicas de Thomas Hobbes (representação política dos humanos com posição de confiança e exclusividade somente por delegação de poder ao Estado) e de Robert Boyle (representação científica dos objetos com conhecimento baseado na opinião, por meio da visão do observador sobre determinado fato), os quais são inventores do mundo moder-

2 GUIMARÃES, Franciso de. *O poder constituinte segundo Antonio Negri: Um conceito Marxista e Spinozista*. *Revista Direito e Práxis*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/21683/18933>>. Acesso em: 05 dez. 2021.

3 LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994.

no, no qual, por meio de laboratórios, as coisas são representadas, resultando na ausência do contrato social como forma de representação dos cidadãos.

Para Latour, o mundo moderno não existiu, pois jamais funcionou conforme as regras da Constituição (1994, p. 44) e, para isso, ele explica que há dois lados na modernidade para as coisas serem explicadas: o humano e o não humano; e em comparação afirma haver um âmbito executivo e um âmbito jurídico, com a cisão do mundo natural e do mundo social, o que seria uma comparação da Constituição presente no Direito.

É por isso que é perceptível da sua obra o pano de fundo de todas as suas inquietações, pois se os experimentos foram feitos em contexto determinado e dentro de um laboratório, não seria possível uma lei científica ser universal; por isso, a universalidade deve ser compreendida por redes (resgate do coletivo). E, mais ainda, é com Boyle que há compreensão de máquinas e laboratório na representação da natureza da forma como ela se apresenta, de uma força natural (1994, p. 34-35), e é com Hobbes que há compreensão das relações sociais, forças, poderes e sociedade (1994, p. 34).

Assim, a Constituição moderna é formada por meio de duas garantias: o poder natural (Boyle) e o poder político (Hobbes), que precisam caminhar juntas e em harmonia para a manutenção de um governo. No entanto, o autor afirma que a sociedade e a natureza precisam ficar distintas como uma terceira garantia, e como quarta garantia a de que Deus está suprimido da modernidade, sendo o mundo, Deus e o homem a configuração de três pilares da crise, ou seja, o jogo da modernidade é o jogo existente entre a transcendência e a imanência.

Para Latour, a modernidade faz com que todos sejam obrigados a integrá-la, ainda que nem todos sejam modernos como os indígenas. Por isso, a modernidade deve ser tida como mais do que uma etapa histórica: deve ser tida como uma força e operada pela separação das ciências exatas, dos humanos e não humanos e da natureza, com a necessidade de superação da distinção ontológica entre humanos e não humanos como novo paradigma de mudança.

## **Do conceito fundador da teoria da constituição**

Ainda na seara de poder constituinte e o conceito fundador da teoria da Constituição e dialogando com as obras de Latour e Hobbes, os ensinamentos de Spinoza foram muito bem analisados por Tatián<sup>4</sup>. O autor destaca o fato de a paz não ser construída contra o Direito natural, o que dialoga com o texto de Latour, e sim com ele e como resultado dele, ou seja, dialogando com Hobbes implicaria o seu redirecionamento como forma de politização e não o seu cancelamento em uma ontologia política, desmantelando a ideia de um bom governo concebido por um príncipe de virtudes de cunho privado. Nas palavras de Spinoza, seria uma “ciência de afetos”.

Para Spinoza, a política tem por condição uma paz entendida como pacto, uma aliança de composição com equilíbrio e consentimento. Por isso a democracia é tida como a forma mais plena do spinozismo sobre a paz. A monarquia estaria unida com a guerra, enquanto a paz estaria unida com a democracia. Estaria vinculada ao que Spinoza denomina de Razón, isto é, a inquietação de quais seriam os afetos que integram a democracia e quais seriam os afetos que integram a paz.

<sup>4</sup> Segundo Spinoza, o poder e o desejo (aqui há diálogo com os pensamentos de Deleuze e Guattari). TATIÁN, Diego. *Spinoza, um realismo anômalo de la paz.*, in *Araucaria. Revista Ibero-americana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 16, nº 32. Segundo semestre de 2014, p. 93-109.

e Foucault) definem os seres humanos. O Direito proporciona uma afirmativa, como expressão de uma potência. Assim, a paz de Spinoza é tida como virtude quando uma sociedade está estabelecida e constituída sobre um Direito natural pautado em um processo social e coletivo.

O estado político de Spinoza é baseado na autoinstituição coletiva e ininterrupta do Direito, na qual a sociedade é a expressão mais potente, e não em um pacto de cancelamento do poder natural ou anulação do Direito pela lei conforme a distinção clássica levantada por Hobbes. A paz no spinozismo está ligada diretamente à democracia e seria a virtude do coletivo e não uma desproteção.

Para Spinoza, o poder público tem por escopo conceber a manutenção por via de estabilidade de uma ordem, cujo inimigo é o desconhecedor do seu governo por estar ausente da sua cidade, diferentemente de Hobbes, para o qual a transformação é fomentada pela hostilidade.

Assim, no spinozismo é na paz (la concordia) e não na guerra que o Estado Democrático alcança sua maior virtude. A sua conquista é por meio de uma ação coletiva, sendo ininterrupta como exercício de uma potência, e não perpétua, mas uma condição estabelecida e mantida pelos homens.

A Carta 50 do Spinoza – *Tratado político*<sup>5</sup> – rompeu com o contratualismo (que na época era o de Hobbes). Assim, Spinoza afirma que ele mantém o Direito natural, enquanto Hobbes não. A chamada “potência que toda coisa possui” é como Spinoza define o Direito natural. Direito natural é igual a: potência= conatus que é o esforço de perseverar. No spinozismo, o Direito seria tudo aquilo que mantém a garantia de se conservar. O Direito natural é mantido após a formação do Estado. E é o Direito natural de todos que estão de acordo, que é a multidão, que é o sujeito político na obra de Spinoza. A democracia seria tida como um desafio contínuo de atualização de potência democrática.

Segundo os ensinamentos do professor Francisco de Guimarães (PUC-Rio), da convergência de pensamentos entre as obras apresentadas, fica claro que a *teoria da Constituição* nasce e se desenvolve a partir da teoria política. Desde o século XVI, a partir de Maquiavel é tema debatido por Carl Schmitt em *Teoria da Constituição*<sup>6</sup>. O tema, como já apresentado anteriormente, está também em Hobbes e Spinoza. É uma dicotomia entre inimigo público e inimigo privado. É preciso partir de uma filosofia política e iniciar o entendimento de Maquiavel e Spinoza, até porque ninguém deixa de ser moderno por estudar os clássicos, sendo considerados como contemporâneos os indivíduos que têm atuação na modernidade, mas sem crença no fundamento ontológico.

A Constituição da modernidade, para Latour, deve ser tida como um período histórico, no qual os homens eliminaram todas as barreiras entre as forças humanas e as forças não humanas. Intervenção política e científica foram constantemente destruídas, embora para Latour a associação de forças humanas e não humanas seja extremamente necessária.

É fato que a constituição política epistemológica foi construída tanto por Latour quanto por Hobbes e Boyle. Para Hobbes, o problema é a privatização do poder, ou seja: como fazer para efetuar a construção de um poder de forma publicizada sem acarretar uma guerra civil? Hobbes e Boyle se assemelham ao defender a autonomia de seus conhecimentos, Hobbes nitidamente pelo campo da política.

5 SPINOZA, Baruch. *Tratado político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

6 SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. In *Alianza Universidad Textos*, p. 66-114.

O controle público é fundamental e precisa ser politizado, ponto em que Hobbes tem razão. Já Boyle defende a autonomia, uma vez que a modernidade é Hobbesiana e Boyleana ao mesmo tempo. Há dois tipos de representação: política e de coisas naturais, tendo a modernidade cindido nesses dois pontos. É o homem quem cria o experimento; logo, a natureza é fabricada e não natural. É o Leviatã que recria os próprios homens que o criaram.

Para Hobbes, são os homens que criam a sociedade política. Para Latour, sem investimento não há ciência, há crítica à modernidade e às garantias estabelecidas. Mas para Maquiavel, qual a fala nessa história dos pensamentos apresentados no presente texto? Maquiavel é considerado o pai da ciência científica moderna. Para ele, não é pensar o fato consumado, mas sim o fato a consumir. Sua preocupação está baseada em como conseguir fundar um Estado e ao mesmo tempo conservar o Estado.

O problema político seria de ação adequada ao que o tempo exige, que é a relação entre virtude e fortuna, e não um problema de consciência. Para Maquiavel, os homens devem interferir na política. Há necessidade de fundação e de conservação do Estado em O príncipe e Os discursos. Não basta fundar, é preciso durar. É a virtude do poder constituinte que não cessa.

O príncipe não é o monarca, uma vez que todo monarca tem raízes e não está só. O príncipe é aquele novo que cria o tempo presente, isto é, uma potência de criação que supostamente rompe com a moral instituída. A República democrática é a expressão máxima da virtude de um príncipe que ultrapassa a sua constituição física. É fazer existir algo que se conserve. Assim, a virtude é inventiva, pois a fortuna está sempre escapando e sendo imprevisível, uma vez que as circunstâncias estão sempre mudando.

Dessa forma, a virtude, ao criar uma nova realidade, criou problemas que não existiam. Fortuna nunca cessa, então, virtude também não pode cessar. A indissociabilidade do saber e do poder é preciso, pois é necessário saber o momento adequado de ação, o que somente é identificado por um príncipe astuto.

A ideia de poder constituinte, para Maquiavel, não pode ser decisionismo, pois ele é pura força. O príncipe não escolhe o momento de agir, nem as condições. A fortuna boa traz benefícios para o Estado, já a fortuna má acaba com o Estado, sendo preciso erguer barreiras contra ela. O conflito social é ontológico, sendo impossível curá-lo, uma vez que integra toda e qualquer sociedade.

A saída para o príncipe é politizar essas forças sociais, é nutrir-se desse excesso. O príncipe somente alcançará sucesso caso venha a se alinhar aos pequenos e não aos grandes.

Conforme os ensinamentos do professor Adriano Pilatti (Puc-Rio), Maquiavel tem influência desde o século XVI. O dissenso como construtivo, como constituinte, desde que promovido de baixo para cima, concilia princípio moral e aristocrático. A construção e instituição da liberdade dos oprimidos contra o desejo dos grandes faz esse dissenso a partir de um realismo férreo, não apenas das contradições humanas.

Pensar a construção das liberdades dos de baixo e com relação a isso Maquiavel toma partido no próprio Príncipe do ponto de vista laborativo: armas- comunidade política forte é povo armado, com armas próprias; imaginação simbólica- proposta de religião cívica que anime o povo a construir a liberdade e mantê-la; igualdade material – tornar-se material - príncipe do povo

é exclusão dos privilegiados. É fundamental para a construção da República, senão nenhuma República permanece livre. As instituições precisam sempre se movimentar.

Carl Schmitt, em Teoria da Constituição, traz a ideia de que a Constituição não pode ser limitada à Carta Constitucional ou ao campo jurídico, que está atrelado na essência ao campo político. Para Schmitt, há a Constituição (materialmente existente e com caráter político) e há uma Constituição (formalmente existente, rígida, escrita e decorrente de um poder constituinte originário, que é traduzida por um sistema de normas, sem obrigatoriedade de ser ideal e de acordo com as necessidades de um povo, conforme p. 29).

A teoria da Constituição, para Schmitt, seria tudo aquilo que compõe um Estado, ou seja, a unidade política de um povo (2003, p. 29). Por isso, somente no caráter de normas não é possível obter o conceito de Constituição. Já o Direito está vinculado à chamada força de autoridade, isto é, um dever-ser decorrente de uma ordem soberana de um ser (2003, p. 34). Assim, a teoria Schmittiana, ao ser lastreada no político como algo indeterminado e pautado na existência de uma força, é atravessada pela teoria Hobbesiana do Leviatã (2008, p. 20), na guerra – campo político estabelecido pela relação entre amigo e inimigo – (2008, p. 20), no inimigo e na decisão, dialogando no mesmo contexto de objeto averiguado e já exposto até aqui.

As pessoas, ao se reconhecerem diante de um referencial em comum (amigos), por meio da força acabam decidindo a organização da vida, formando a Constituição. Sendo vitoriosas (da guerra), formam um mundo político de acordo com o que acabaram de decidir. Por isso, a Constituição é formada para além do normativo, ou seja, decorre da organização de uma vontade anteriormente decidida de um povo.

Para Schmitt, Constituição é unidade, enquanto a lei constitucional é uma ideia traduzida em texto normativo. O sistema de Direito (2008, p. 45) é criado pela decisão política, efetiva e concreta de um povo (2008, p. 46), que é gerador de um poder constituinte ensejador de uma Constituição. Por isso temos a chamada teoria decisionista Schmittiana (o Direito somente existe em decorrência de uma decisão que o permitiu existir).

O soberano, cuja vontade é executada pela Constituição e pela lei, para Schmitt é aquele que, ao perceber a aproximação de um combate, poderá suspender a Constituição formal para salvaguardar a Constituição material, mantendo os amigos e não permitindo a vitória dos inimigos. Já a Constituição pode nascer de duas formas: decisão política unilateral do poder constituinte ou, então, convenção plurilateral do poder constituinte (2006, p. 66).

Por isso, sua afirmação de que a Constituição é posterior ao pacto social, e é elaborada por um sistema político e jurídico, de garantias da liberdade burguesa (2006, p. 59), escrita (2006, p. 61) e com divisão de poderes (2006, p. 60). O poder constituinte emana de uma unidade de poder (2006, p. 86), sendo a Constituição, o Direito e as leis limitadores formais do que pode ou não pode ser feito em razão da decisão do povo que os permite existir (2006, p. 160-161).

Seguindo a linha da análise do poder constituinte, faz-se necessário trazer no presente trabalho as discussões levantadas por Michael Hardt<sup>7</sup>. Para o autor, ao focar no conceito de transição revolucionária, tem-se a melhor apreensão do pensamento de Thomas Jefferson, que baseia sua ideia no conceito de transição baseado em rebelião e Constituição em uma vertente e democracia e transição em outra vertente.

<sup>7</sup> HARDT, Michael. "Thomas Jefferson ou a transição da democracia". *Lugar Comum*, nº 27, p. 11-27.

Assim, a rebelião seria o fato fomentador de reabertura do processo constituinte por meio de práticas democráticas pelo povo. Toda e qualquer rebelião é meio necessário de derrubada e transição a um novo governo que, ao ser formado, coloca fim na rebelião. Interessante, porque para Jefferson, diferentemente de Spinoza, o ápice da democracia como maior virtude é alcançada pelas periódicas e necessárias rebeliões e não na paz.

Para Jefferson, as rebeliões periódicas como propícias a gerar reabertura de processos constituintes são necessárias para preservar a liberdade e manter a saúde dos membros de uma sociedade pela prevalência do bem maior que é a democracia (sinônimo de “Republicanismo”, para Jefferson), como objetivo de um processo revolucionário participativo, pautado no seu aspecto mais importante, que é como ela torna possível as mudanças nas pessoas (p. 23), haja vista que elas somente saberão o que é democracia ao exercerem a participação. Dissenso e multidão são conceitos que dialogam entre Maquiavel e Jefferson.

É imperioso trazer também as contribuições de Victor Nunes Leal ao estabelecer a divisão de poderes no quadro da burguesia<sup>8</sup>. Segundo o autor, as estruturas social e econômica formam a base das instituições políticas, que muitas vezes limita o crescimento da sociedade pela ausência de harmonia na evolução de cada estrutura.

Para o autor, as mudanças são promovidas pelo impulsionamento das forças políticas no sentido do avanço. Para John Locke, os poderes não deveriam estar equilibrados, e sim o poder legislativo deveria ser superior ao poder executivo. Já para Montesquieu, a liberdade humana somente é resguardada pelo equilíbrio existente entre os poderes por meio de um sistema de freios e contrapesos como garantia da liberdade política (1955, p. 104).

Leal destaca que o sentido sociológico da divisão de poderes é explicado pelo fato de ser criado menos para impedir usurpações do poder executivo do que para impedir reivindicações do povo (1955, p. 108), que vem obtendo reconhecimento no estado liberal, desde que não interfira na essência do sistema econômico fundador (1955, p. 110).

Segundo o autor, a teoria da divisão de poderes, por não atender às necessidades contemporâneas de resguardar as liberdades humanas, está condenada, tendo em vista a profundidade das reivindicações sociais de cunho crítico. As reivindicações vão modificar o sistema capitalista com a reforma da sociedade pelo estado representativo, ou então o regime representativo será desfeito pelo sistema capitalista com uma economia transformadora do Estado, com readequação da estrutura política (1955, p. 112).

Em igual sentido, Thoreau:

Prefiro antes confiar no sentimento do povo. Em seus votos encontraremos pelo menos alguma coisa de certo valor, ainda que pequeno; caso contrário, ficaremos restritos apenas ao julgamento limitado de um indivíduo, sem significado algum. A lei nunca tornará livres os homens; são os homens que precisam tornar livre a lei. São amantes da lei e da ordem os que as observam quando o governo as viola [...]. O resultado de um bom governo é tornar a vida mais valiosa – o de um mau governo é torná-la menos valiosa.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> LEAL, Victor Nunes. *A divisão de poderes no quadro da burguesia*. In CAVALCANTI, Temístocles; SILVA, Carlos Medeiros e LEAL, Victor Nunes. *Cinco estudos*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1955.

<sup>9</sup> THOREAU, Henry David. *A desobediência Civil*. Penguin & Companhia das Letras, 2012, p. 50-56.



## DO BIOPODER, DO CONTROLE E DO DISCURSO SOBRE A EXCEÇÃO: BREVE PANORAMA

Já no campo do discurso sobre a exceção, pode-se afirmar, com base nos ensinamentos do professor Francisco de Guimarães (Puc-Rio), que a exceção é técnica de governo no século XX. A transferência do Poder Legislativo para o Poder Executivo é em decorrência da crise econômica<sup>10</sup>.

Segundo Foucault<sup>11</sup>, o Biopoder seria um novo modelo de organização do poder, e ao mesmo tempo um novo sujeito aparece para o Estado com o fito de exercício do poder, que é a população “corpus espécie”. Foucault não pensa só no poder, mas como aqueles que estejam sujeitos ao poder resistem. Na história da sexualidade, a vontade de saber há uma relação íntima.<sup>12</sup>

A “plenitude do possível” está falando do estado social, daquilo que somos e que podemos ser, do direito à saúde, à satisfação das necessidades e à felicidade, entre outros aspectos. A normalização vem por vezes na total contramão da normatividade. Aquela é a colocação de um modelo que é constituído pelo poder, pelas instituições disciplinares, mas é diferente nos casos das populações porque não tem como controlar cada gesto, daí para Foucault a importância da estatística; justamente para poder verificar tendências.

Nos casos de segurança trabalha-se com caso, perigo e crise. O caso é vinculado à noção de risco, à noção de perigo, que são somente populações mais inerentes, e à noção de crise, que é um processo de disparada de casos. A norma precisa levar em consideração a normalidade. Na segurança, o normal vem antes da norma. Toda população possui suas regularidades, curvas de normalidade, e é por isso que recusa representação política, pois a norma precisa vir depois.

O modo do poder de lidar com os movimentos populacionais inviabiliza o voluntarismo. Para Deleuze<sup>13</sup>, a chamada “sociedade de controle”, que Foucault denomina de “sociedade de segurança”, se faz for a das instituições, por isso não pode ser confundida com as instituições disciplinares (sociedade disciplinar).

## SIMPLÓRIAS CONTRIBUIÇÕES SOBRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – JUDICIAL REVIEW

No tocante à jurisdição constitucional, Waldron<sup>14</sup> não concorda com Dworkin<sup>15</sup>, que em algumas circunstâncias o judicial review<sup>16</sup> sobre a legislação não retira, mas por vezes até aprimora, o caráter democrático do sistema político no qual está inserido, haja vista que o judicial review não ensejaria perdas para a democracia (p. 245).

10 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção, capítulo I*. São Paulo: Boitempo, 2004.

11 FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. São Paulo: Martinsfontes, 2008, p. 73-103.

12 \_\_\_\_\_. *História da Sexualidade: a vontade de saber*, 14ª edição, Editora Graal, p. 127-136.

13 DELEUZE, Gilles. *Post scriptum sobre as sociedades de controle*. In *Conversações 1972-1990*, Editora 34, p. 219-226.

14 WALDRON, Jeremy. *O judicial review e as condições da democracia*. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs). In *Coleção ANPR de Direito e Democracia*.

15 Ronald Dworkin é defensor da ideia dos direitos constitucionais vinculados ao judicial review em seu livro *Freedom's Law*.

16 Judicial review é um termo originário da jurisprudência e utilizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos como forma de controle de constitucionalidade por meio da supremacia do Poder Judiciário no tocante ao poder de declarar nulas as normas consideradas inconstitucionais.

Segundo Waldron, a relação entre a democracia e as condições de sua legitimidade pode ser representada como uma relação entre direitos. O autor (p. 248-270) sustenta que:

[...] se alguns são excluídos deste processo, ou se o processo em si mesmo é desigual ou inadequado, então, tanto os direitos quanto a democracia estão comprometidos [...]. A democracia e a regra da maioria só fazem sentido quando são regidas por certas condições; e as mais óbvias dentre estas são a garantia da liberdade de expressão e a liberdade de associação – direitos que estabelecem um contexto deliberativo amplo em uma sociedade civil para as decisões políticas formais.

Da análise da sua obra, pode-se verificar que, de fato, há uma ligação entre democracia e direitos, e com base em alguns direitos individuais é que haverá uma deliberação majoritária legítima; por fim, diante do não consenso dos requisitos sustentadores de uma democracia, será questionável o fato de se recorrer a uma legitimidade de deliberação majoritária com finalidade de solucionar eventual conflito.

Logo, o autor sustenta que recorrer ao judicial review também sempre será um sistema questionável, sempre haverá perda para a democracia quando suas insurgências estiverem submetidas a qualquer instituição não democrática, mesmo diante da possibilidade de pontos de melhora para a própria democracia; e, por último, não há como se pensar em contribuição do judicial review para a melhora do debate participativo dentro de uma sociedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, em considerações finais com base nos ensinamentos do professor Fábio Leite (Puc-Rio), o Brasil copiou uma boa parte da Constituição dos Estados Unidos. Na época, Rui Barbosa fez uma revisão profunda no texto, que foi encaminhado e aprovado. A Constituição brasileira tem previsão de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, o que não tem na Constituição norte-americana.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção, capítulo I. São Paulo: Boitempo, 2004.

DELEUZE, Gilles. Post scriptum sobre as sociedades de controle. In Conversações 1972-1990, Editora 34, p. 219-226.

FOUCAULT, Michel. Segurança, território, população. São Paulo: Martinsfontes, 2008, p. 73-103.

\_\_\_\_\_. História da Sexualidade: a vontade de saber, 14ª edição, Editora Graal, p. 127-136.

GUIMARÃES, Franciso de. O poder constituinte segundo Antonio Negri: Um conceito Marxista e Spinozista. Revista Direito e Práxis. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/21683/18933>>. Acesso em: 05 Dez. 2021.

HARDT, Michael. “Thomas Jefferson ou a transição da democracia”. Lugar Comum, nº. 27, p. 11-27.

LATOUR, Bruno. Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994.

LEAL, Victor Nunes. A divisão de poderes no quadro da burguesia. In CAVALCANTI, Temístocles; SILVA, Carlos Medeiros e LEAL, Victor Nunes. Cinco estudos. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1955.

NEGRI, Antonio. O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

SCHMITT, Carl. Teoria de la Constitución. In Alianza Universidad Textos, p. 66-114.

SPINOZA, Baruch. Tratado Político. São Paulo: Wmfmartinsfontes, 2009.

TATIÁN, Diego. Spinoza, um realismo anômalo de la paz., in Araucaria. Revista Ibero-americana de Filosofía, Política y Humanidades, año 16, nº. 32. Segundo semestre de 2014, pp.93-109.

THOREAU, Henry David. A desobediência Civil. Penguin & Companhia das Letras, 2012, p. 50-56.

WALDRON, Jeremy. O judicial review e as condições da democracia. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs). In Coleção ANPR de Direito e Democracia.