

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010. 234p.

O pensamento da professora alemã Ingeborg Maus, expresso em três eixos temáticos reunidos e publicados pela editora Lumen Juris na Coleção Conexões Jurídicas, organizada pelo prof. Luiz Moreira sob o título “O Judiciário como Superego da Sociedade”, tem como foco o problema da desformalização do Direito e a atuação funcional da Justiça ou, como diz a autora na Introdução à edição brasileira, “são estudos que tratam da relação entre Judiciário, Democracia e Metodologia jurídica”, reunidos e alinhavados pelo fio afirmativo da soberania popular.

Maus afirma que uma soberania popular permanentemente operante é estranha à tradição constitucional que se cristalizou e se projeta a partir da concepção estadunidense. Essa, por sua vez, reduz a soberania ao ato de fundação constituinte, induzindo não somente ao que Maus chama de “mitologização do ato de criação” como frustrando aberturas permanentes, fundamentais à legitimação democrática da Constituição. Esse “sequestro” da soberania popular consagra-se no modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade, centrado nas Cortes Supremas. Maus refere-se a esse modelo como “uma inversão da racionalidade da teoria da soberania popular”, denunciando a atual discussão constitucional como equivocada, posto que a Constituição não deva ser entendida como um “catálogo pré-fabricado de todas as decisões materiais possíveis, mas como premissas processuais da decisão para as decisões materiais”¹. O efeito mais preocupante desse modelo passa a ser a sedimentação do Estado Judicial, no qual o Judiciário avoca para si a condição de instância moral da sociedade, constituindo-se como um corpo profissional que reforça sua posição como o centro da consciência social, ou *superego da sociedade*.

Maus utiliza uma tipologia da Constituição: a que denomina Constituição do Constitucionalismo, de origem americana, que encontra sua racionalidade tanto no direito ao veto presidencialista como no controle jurisdicional de constitucionalidade das leis (Maus refere-se à função “antiparlamentar” de um Tribunal Constitucional); e a Constituição da Soberania Popular, que identifica sua racionalidade no processo legislativo democrático. Afirma que todo ativismo na interpretação dos direitos fundamentais por parte dos aparelhos estatais transforma o caráter *a priori* pré-estatal dos direitos de liberdade e os reduz a bens distribuídos de cima para baixo e definidos pelo Estado, o que a leva a concluir que somente em associação com

¹ MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010, p. 4.

o princípio da soberania popular podem os direitos de liberdade desenvolver sua eficácia plena.

Sob a perspectiva da psicanálise, o livro trabalha a proposta de compreensão do Judiciário como superego da sociedade e pretende examinar o papel que a jurisdição passa a desempenhar em uma “sociedade órfã de pai”, numa referência à passagem das monarquias às repúblicas de soberania popular. Citando o hábito americano de biografar seus juizes como grandes personalidades que fizeram a História da Constituição (*prophets, olympians of the Law, the majesty of Law*), criando a sensação de existir realmente um pressuposto para decisões sensatas e justas, Maus refere-se ao mesmo processo de “entronamento” dos juizes na Alemanha após 1900. Para a perda do monarca – símbolo da unidade do povo – oferecem-se os direitos fundamentais e a Constituição e seus intérpretes – os juizes. Os Tribunais convertem-se então em censor do legislador e torna-se recorrente a chamada a princípios *supra* positivos para justificar a ampliação de suas competências. A ascensão do Judiciário à última instância da consciência social traz consigo outro fenômeno preocupante: as leis, a despeito de suas respectivas densidades regulatórias, são reconhecidas apenas como predições altamente improváveis e como premissas da atividade decisória judicial. Eis o segundo problema para o qual é dedicada grande atenção de Maus, ou o segundo eixo temático do livro: as teorias metodológicas jurídicas.

Trata-se, na verdade, do problema da desformalização do Direito, com o objetivo de desarticular a própria noção de Estado de Direito:

Na realidade, aqui, a relação lógica entre vinculação legal e independência do judiciário é evidenciada precisamente em sua completa destruição. Somente uma justiça que não pode mais deduzir a legitimação de suas decisões a partir da lei em vigor é que se torna absolutamente dependente das necessidades políticas e situacionais e degenera-se em apêndice do aparelho administrativo.²

Maus faz muitas vezes referência ao “terror judicial” do sistema nazista, ao mencionar várias vezes as “Cartas aos Juizes”, editadas pelo Ministério da Justiça do Reich a partir de 1942, como documento de registro da transformação funcional do Judiciário, que teria sido impossível sem a desformalização do Direito.

O livro denuncia vigorosamente a expropriação da base social das decisões fundamentais também pelo desaparecimento dos espaços imunes ao Direito, que

² MAUS, op. cit., 2010, p. 34.

é igualmente uma garantia do formalismo jurídico clássico (a manutenção desses espaços), afirmando que quando um aparelho jurisdicional trata suas próprias concepções morais como regulações jurídicas, todo fato imaginável passa a poder ser identificado como um fato juridicamente relevante e, conseqüentemente, sujeito a transformar-se em objeto de uma decisão contenciosa. O risco do desaparecimento de espaços autônomos, isentos do Direito, levaria a uma ditadura do Judiciário, o que equivaleria a uma completa colonização do sistema político pelo jurídico.

Encerrada a abordagem temática que nomeia o livro, seguem ainda estudos atravessados pela experiência do nazismo, sendo o mais instigante aquele que identifica o fenômeno de demonização do positivismo jurídico pós-45. Trata-se, para muitos de nós, de um conjunto surpreendente de reflexões sobre o processo de superação de um passado científico jurídico pelos mesmos membros representantes da ciência do Direito do sistema nazista. Para Maus, é insustentável a tese de que o positivismo jurídico teria sido uma posição dominante como metodologia de aplicação do Direito no séc. XX.

O livro traz ainda dois estudos em defesa da metodologia, sendo o primeiro sobre a problemática do postulado da racionalidade e do Estado de Direito na atual metodologia de Friedrich Muller. Segue-se mais um texto crítico sobre a obstrução jurídica da democracia, dialogando com os clássicos da política moderna, como Hobbes, Locke, Kant, Rousseau, Montesquieu e os Federalistas.

Em que pese à qualidade dos estudos desenvolvidos até esse ponto do livro, os seus últimos textos são *vraiment un grand finale*. São os estudos do sentido e significado da soberania popular na sociedade moderna e uma releitura de Montesquieu, nominado “Separação de poderes e função judiciária: uma perspectiva democrática”. Os dois textos são ainda intercalados por um estudo sobre política internacional, com foco no discurso dos direitos humanos.

Maus inicia por reintroduzir a soberania popular como um conceito referente a uma realidade *possível*, e não somente reduzida a um ato único do poder constituinte do povo, esgotando-se nesse significado mais simbólico, transferindo-se progressivamente para a Constituição a condição de soberana. Essa teoria constitucional dominante desconhece tanto o local social quanto o sujeito da soberania. Essas versões conservadoras cumprem importante função ainda na solidificação do Estado Judicialista: a existência de vastas margens de interpretação constitucional é justificada como o fato de que a Constituição teria de ser ajustada respectivamente à dinâmica do desenvolvimento social.

O maior desafio do trabalho de resenha aqui proposto está no texto que encerra o livro, que, ao nosso entender, contém um volume tal de resignificações que poderia ser nominado “Porque a soberania popular é hoje um princípio obscurecido”. O efeito hegemônico do constitucionalismo americano, baseado no modelo de Montesquieu de monarquia moderada (ou na leitura de Montesquieu pelos Federalistas, avessos às teorias democráticas), tem rebaixado drasticamente o nível de pretensão de democracia normativa no contexto da organização transnacional da política, evocando as concepções globais pré-modernas, justificando fortemente a necessidade de discussão do tema. Três teses serão propostas: 1) a separação de poderes de Montesquieu não intenciona uma separação de poderes, mas uma divisão da soberania; 2) os modelos democráticos alcançam uma separação de poderes precisamente com a instituição da indivisibilidade da soberania popular; e 3) a determinação da função judiciária é um aspecto fundamental da discussão.

A primeira tese inicia com a afirmação de que o modelo de separação de poderes de Montesquieu se encontra em oposição ao contratualismo de fundamentação democrática dos sécs. XVII e XVIII. Sendo uma proposta conservadora reformista, a separação de poderes de Montesquieu é também moderna, posto que comprometida com a moderna noção de autolimitação do poder político. Mas é também pré-moderna, posto que legislativo e executivo não sejam pensados em termos de divisão de trabalho, mas comprometidos com a cooperação no âmbito funcional da legislação. Assim, abolidos na práxis inglesa, foram incluídos na Constituição americana a estrita separação pessoal (não funcional) entre executivo e Congresso (sistema presidencialista), permissivo do direito de veto do presidente no processo legislativo. Na separação de poderes parlamentarista, o parlamento é compreendido como comissão do povo e o governo, por sua vez, como comissão do parlamento, institucionalizando o princípio da soberania popular.

No caso do Judiciário, é o método que indica seu lugar na divisão funcional de poderes e que hoje é causa de alguma confusão: ao entender o Judiciário como poder “nulo” (inanimado), Montesquieu permite-o voltar-se contra o legislativo. Mas é preciso reler o mesmo Montesquieu quando nos adverte: em Estados despóticos não há leis; o juiz é lei por si mesmo. O apoderamento das ideias de Montesquieu pelos Federalistas denota, entretanto, uma inversão: a sujeição da Justiça à lei torna-se sujeição do legislativo à Justiça, eclipsando a soberania popular.

A segunda tese apresenta a variante democrática da separação de poderes, como defendida por Locke, Kant e Rousseau e sua oposição como em Carl Schmitt e

mesmo em Giorgio Agamben, pensadores com quem Maus dialoga com segurança, como já havia feito com Friedrich Muller e Karl Larenz.

Ingeborg Maus denuncia a inversão da preocupação da pauta científica jurídica: a liberdade da decisão judicial passou a ser mais importante do que a defesa das liberdades políticas contra uma justiça arbitrária. Confundindo-se também a independência judicial com controle judicial sobre a lei, identifica-se (equivocadamente) nessa última o indicativo de uma separação de poderes bem-sucedida. Entretanto, o maior risco para a pretensão normativa do Direito é a compreensão do Direito como um “retrato” da economia, na associação livre averiguação do direito/libre mercado. No nacional-socialismo alemão (nazismo), eliminou-se radicalmente o positivismo jurídico e a Justiça foi sincronizada com o modo de pensar nazista por meio das mesmas cláusulas gerais e métodos jurídicos: a tarefa diária da justiça era discriminar os casos legalmente equiparados de acordo com uma avaliação política.

O Estado de Direito é uma conquista civilizatória e a lei constitui-se como um verdadeiro recurso da resistência judicial contra a arbitrariedade ordenada politicamente. A leitura de Ingeborg Maus chama atenção para o que denominou de metodologias jurídicas de dissolução da lei. Se é o juiz quem decide em qual matéria e de qual forma ele ainda quer fazer uso do direito escrito, encontrando fundamentação teórica para essa autossuficiência judicial, já vivemos o que Montesquieu caracteriza como Estado do despotismo. A leitura de Maus é um libelo contra a totalização da Justiça. É preciso lê-la com atenção. Muita atenção.

Gretha Lette Maia

Doutora em Direito; Docente adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC) e pesquisadora líder do Grupo de Pesquisa Democracia e Direito (CNPq); E-mail: grethaleitemaia@gmail.com.