**SUMÁRIO**

[**1 INTRODUÇÃO** 4](#_Toc67330022)

[**2 ESTADO DEMOCRÁTICO E DE DIREITO** 5](#_Toc67330023)

[2.1 Antecedentes Históricos 5](#_Toc67330024)

[*2.2. Ascenção do Poder Legislativo* 10](#_Toc67330025)

[*2.3. Paradoxos da Democracia* 13](#_Toc67330029)

[**3 ESTADO DE DIREITO E JUDICIÁRIO** 17](#_Toc67330030)

[*3.1 Judicialização e questão históricas* 17](#_Toc67330031)

[**4 INTERPRETAÇÃO JUDICIAL** 20](#_Toc67330033)

[*4.1 Positivismo jurídico em Hart e aspectos democráticos* 20](#_Toc67330034)

[*4.2 Concepções na academia americana* 23](#_Toc67330035)

[**5. CONSIDERAÇÕES FINAIS** 32](#_Toc67330036)

[**REFERÊNCIAS** 35](#_Toc67330038)

**CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: perspectiva no cenário americano**

Fabio Fernando Moraes Fernandez [[1]](#footnote-1)\*

**Resumo:** Atualmente tem sido comum o emprego do termo *democrático*. No noticiário vemos com cada vez mais frequência expressões como: *atos antidemocráticos*, *atuação antidemocrática*, *inquérito dos atos antidemocráticos*, *fake new e atos antidemocráticos*... Afinal, a expressão *democracia* seria a panaceia linguística para tudo que é bom e, por sua vez, antidemocrático seria tudo que é ruim? Em uma democracia, somente existe o *método democrático*? O presente ensaio busca uma reflexão sobre o tema, especialmente investigar se existe certa tensão entre Constitucionalismo e Democracia, especialmente apresentar este debate no sistema norte-americano.

**Palavras-chave:** Democracia. Constitucionalismo. Judicialização. Interpretação.

# **1 INTRODUÇÃO**

É inegável que vivemos em uma sociedade complexa. A sociedade moderna revela-se complexa em organização, informação e em tecnologia. Podemos dizer que as sociedades modernas ocidentais disponibiliza(ra)m aos seus cidadãos um grau considerável de liberdade, na forma como nos conduzimos, como somos, aprendemos, a forma de pensar, agir e criticar. Esta liberdade aliada a tecnologia transforma-se em multiplicidade de informações e opiniões, que também revelam outro lado marcante da sociedade atual: a diferenciação entre os indivíduos e suas instituições. Já não existe mais uma homogeneidade nas crenças e valores. A coesão social é característica própria das sociedades tradicionais, não mais da atual.

É notável a divergência que permeia a sociedade, desde os temas mais caros à experiência humana aqueles mais corriqueiros. Há desacordos sobre o papel da família, a vida sexual, o estudo, como cada um deve gerir suas riquezas, enfim o próprio propósito de vida. Não é diferente nas questões morais. Divergimos quanto a utilização de métodos contraceptivos, sobre o aborto, discursos preconceituosos, eutanásia ou mesmo o simples significado de *justiça*. Do mesmo modo ocorre na unidade e nas concepções políticas. Deve haver uma maior ou menor intervenção do Estado na economia? Qual o papel da religião junto ao Estado? distribuição de renda, ações afirmativas...

Valoriza-se a individualidade, mas com ela dificulta-se os grandes consensos. Não existe um pensamento coletivo amplamente compartilhado.

No entanto, a vida em sociedade é um empreendimento coletivo, que precisamos fazer e construir conjuntamente. Afinal, como proteger o meio ambiente ou a saúde pública – para ficarmos somente nestes exemplos - sem a cooperação entre os seus membros?

Deve haver uma forma ou um método em que a sociedade possa se posicionar e, especialmente, que esta decisão seja razoavelmente aceita pela comunidade. Este talvez seja o grande dilema da vida em sociedade: encontrar a melhor forma de solucionar as grandes controvérsias.

Neste mar infindável de desacordos podemos dizer que a capacidade de agir coletivamente já representa grande conquista da civilização. A forma como essas decisões são tomadas em uma sociedade plural é fundamental para verificar a legitimidade do regime político então vigente.

No caso, a maioria dos países ocidentais adotaram o *Estado Democrático de Direito*. Mas o que é isto? O que estas expressões significam que as tornam um ideal político tão desejado? Este é um questionamento que procuramos dedicar algumas linhas no presente trabalho.

# **2 ESTADO DEMOCRÁTICO E DE DIREITO**

# 2.1 Antecedentes Históricos

O *Preâmbulo* da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948, da Assembleia Geral das Nações Unidas, já deixa em evidência a ideia de um *Estado de Direito*: “Para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, considera-se essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito”.

Nesta perspectiva temos o *Estado de Direito* como solução adequada contra a tirania e a opressão.

A Constituição Federal de 1988 também vincula-se a este ideal, adicionando ao *Estado de Direito* o termo – ou a forma - *Democracia*: “A República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

Primeiramente o que seria um *Estado de Direito*? As respostas imediatas que surgem são a limitação do poder dos agentes públicos e a necessidade de previsibilidade em relação às consequências jurídicas. Será, de fato, isto? E um *Estado Democrático*?

Vamos buscar alguns marcos na história para desvelar de onde vieram estas ideias buscando chegar ao seu significado mais atual. Voltando um pouco na história, no exato ponto em que começam a ser dissolvidas as sociedades medievais - eminentemente pluralista -, passamos a ter as grandes monarquias absolutistas da idade moderna (o Estado seria o único capaz de produzir o direito).

Não precisamos de muitas linhas para descrever os problemas do então regime adotado (monarquia absolutista) e os abusos de um soberano, mas vamos repassar alguns marcos teóricos que culminaram com o fim deste período, que marcam e influenciam o pensamento até a atualidade.

Partindo da concepção de Hobbes, o absolutismo irá romper as amarras do poder político com o poder divino. Para ele, o homem em *estado natural* reina a guerra potencial de todos contra todos, pois até o mais fraco pode matar o mais forte. Neste estado de temor e medo recíproco do *estado natural*, somente a segurança irá assegurar a vida em sociedade e esta que somente será possível por meio de um *ajuste*, um *contrato*, que autorizaria a organização pelo soberano (*estado civil*). Abre-se mão da liberdade, mas ganha-se segurança e previsibilidade. Agora o emissor (rei) e seus súditos falavam a mesma língua: “Lei, em Hobbes, permanece uma linguagem pública, acional e universal, em que todos os súditos podem distinguir o lícito do ilícito” (temos aqui o início da previsibilidade). (VESTING, 2015, p. 102-106)

Um pouco mais à frente, Maquiavel[[2]](#footnote-2) irá radicalizar o entendimento de Hobbes, elaborando uma das teorias mais audaciosas sobre o poder absoluto do soberano, procurando romper com qualquer limite. O soberano estaria acima do bem e do mal e seu julgamento seria, de certo modo, utilitarista, em proveito do Estado (BOBBIO, 1995, p. 14).

Desde então passamos a ter uma reação contra o Estado absoluto, que seria os primórdios do *Estado moderno*, liberal e democrático.

John Locke[[3]](#footnote-3) pode ser considerada como a primeira e mais completa formulação de um *Estado liberal*. Locke é *jusnaturalista*, partindo do fato de que os indivíduos viviam e obedeciam às leis naturais. Locke acredita, assim como Hobbes, que para reinar a paz é necessário um *estado civil* e, para isto, é preciso que se abre mão de parcela da liberdade, em nome da segurança. Vale dizer, no *estado natural* os homens têm os direitos, mas eles não estão garantidos, pois existe uma guerra de todos contra todos. Com um soberano, passando para o *estado civil*, é possível que seus Direitos sejam assegurados. Locke inova o pensamento hobbesiano, admitindo que mesmo no *estado civil* o homem não perde os direitos naturais mais elementares, pois estariam garantidos pelo poder supremo (vida, propriedade...).

Seguindo a história, passamos a Montesquieu[[4]](#footnote-4) e seu famoso capítulo XI, do *L’Espirit des Lois* (1748), sobre a separação dos poderes, que dividiu o governo em três funções. Como todos sabemos, o pensamento Montesquiano exalta o governo moderado (em contraposição ao governo de paixões - despótico). A distribuição de poder e o controle recíprocos são instrumentos típicos de governos moderados e propriamente formulado por Montesquieu (MONTESQUIEU, 2000).

Por fim, teremos Jean-Jacques Rousseau[[5]](#footnote-5). Rousseau pode ser considerado o último jusnaturalista. A questão que se colocava nos jusnaturalistas era a escolha entre a anarquia do *estado natural* ou a servidão no *estado civil*. O *estado natural* era um estado de liberdade, mas levava a guerra de todos contra todos. O *estado civil* era um estado de paz e segurança, mas permitia a obediência dos súditos até a opressão. Ou haveria liberdade sem paz ou haveria paz sem liberdade. Rousseau, diferentemente de Hobbes, nega que o *estaco civil* seja incompatível com a liberdade. Por isto que em seu livro *Do Contrato Social*, Rousseau vai propor que, assim como Locke, no *contrato social* não se renuncia os direitos mais fundamentais. Também irá se contrapor a ideia hobbesiana de que a renúncia de direitos se dá a favor do soberano, “mas por cada um em favor de todos”. Isto é, o indivíduo cede seus direitos em favor da comunidade inteira ou do corpo político, que é a manifestação da vontade geral, dando início às teorias democráticas.

Sob influência destes grandes pensadores surgem a *revolução francesa*, que busca solucionar o poder absolutista do príncipe, e a *revolução inglesa* do século XVII, que nasce com o nome específico de constitucionalismo, lutando contra o abuso do poder estatal. (BOBBIO, 1995, p. 15)

Importante observar que a Inglaterra sempre foi marcada pela divisão de forças, sempre considerada, em certa medida, um Estado mais limitado[[6]](#footnote-6). A correlação de poder revela-se no “diálogo” das forças políticas dominantes entre o rei (a Casa Real – *Royal House*), a nobreza (a Casa dos Lordes – *House of Lords*) e a burguesia, já libertos (Câmara dos Comuns – *House of Commons*), passando de um período marcado pelo adágio *the king can do no wrong*, para o *the king in parliament*, dando origem ao Estado moderno.

Note que o problema fundamental do *Estado moderno* desenvolve-se como métodos de combater o *Estado absoluto* (que não reconhece limites). Deste período ficam marcados três grandes movimentos:

i) *Teoria dos direitos naturais*, ou *jusnaturalismos*. O poder do Estado tem um limite externo, que além do direito proposto pelo príncipe (*direito positivo*), existe um direito preexistente de todos os indivíduos, pela própria natureza do homem. Seriam os *direitos naturais*, que independem do Estado, tendo este o dever de reconhecê-los e garanti-los integralmente. O *Estado liberal* é próprio deste modelo;

ii) *Teoria da separação dos poderes* ou *Estado Constitucional*: Esta teoria sustenta que a melhor maneira de deter o poder é quebrá-lo, dividi-lo: ii.i) não concentrar o poder em uma só pessoa; e ii.ii) que as diferentes funções não sejam confundidas num só Poder. Eles se controlarão reciprocamente, considerando como funções fundamentais do Estado a Legislativa, a Executiva e a Judiciária*;*

iii) *Teoria da soberania popular* ou *democracia*:  aqui não se limitaria por imposição de um *direito natural* ou da *tripartição*, mas de alcançar a participação de todos os cidadãos. Divide-se o poder estatal, distribuindo a todos, conforme propõe Rousseau. Poder através do consenso popular. Concede-se poder a quem dele não pode abusar, isto é, à vontade geral.

Constitucionalismo e democracia são duas ideias que se acoplam para evitar os abusos de um poder soberano.

# *2.2. Ascenção do Poder Legislativo*

Com a mudança a um *Estado moderno*, há a proeminência do Poder Legislativo, que seria o mais aparelhado a observar a um só tempo o *princípio democrático* e o *princípio da legalidade[[7]](#footnote-7)*, pois sua atuação estava amparada em leis:

## enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria”. (MELLO, 2008, p. 99/100)

Trata-se de grande evolução da humanidade em relação à tirania, pois pretendia-se o governo das leis e não dos homens, o *rule of law, not of men[[8]](#footnote-8)* evitando o claro favorecimento que existia num sistema de castas. [[9]](#footnote-9)

A lei enquanto *norma geral* não era destinada a regrar casos individuais, mas sua edição seria em favor de uma classe de indivíduo ou da totalidade deles. Esta generalidade previne *privilégios* e *discriminação*, pois trata a todos de forma igual (função *igualizadora*). Deixando claro que a existência de leis *igualitárias* ou *desigualitárias* é um outro problema, que diz respeito ao conteúdo, mas que não faz parte da abordagem neste momento.

Tal é a importância destes ideais que na República Romana Cícero já havia pontificado: "*Legum omnes servi sumus, ut liberi esse possimus*" ("Somos todos servos da lei, para que possamos ser livres"). [[10]](#footnote-10)

O *Estado de Direito* nesta elaboração permite a um só tempo a segurança jurídica (previsibilidade das decisões) e isonomia, pois a lei trata a todos de maneira igual.

Mas isto seria o suficiente para prevenir a tirania e a opressão? Em complemento a esta elaboração, ganha grande importância quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e mediante quais procedimentos.

O governo das leis estaria associado ao seu agir coletivo, isto é, a um processo político democrático. Para modelar as diferentes visões de mundo sobre um determinado tema, a questão deveria ser resolvida diretamente pela sociedade ou por seus representantes, através do processo que a maioria entendeu adequada, naquelas circunstâncias. Esta é a regra fundamental que vigora até os dias atuais: a *democracia* é a regra da maioria, pois se as decisões são consideradas coletivas – e, portanto, vinculantes ao grupo – que assim o sejam aprovadas por ao menos a maioria daqueles que competem tomar a decisão e que melhor representem a vontade da população (BOBBIO, 1986, p. 17-18).

Evidentemente que a edição de determinado ato normativo não dissipa a existência de discordâncias morais em uma sociedade. O fato de se chegar a um determinado resultado não significa consenso, apenas revela que o jogo democrático possui um processo aberto, amplo e justo de definição, de modo que os que saíram vencidos deste processo aceitem a posição que foi adotada pela maioria naquele momento, cientes de que a sociedade precisa se posicionar. Isso não impede que no futuro, com a mudança do quadro político ou da conjuntura, os vencidos de ontem ganhem apoio para rever o quadro e tornem-se os vencedores de hoje. [[11]](#footnote-11)

Esta seria a elaboração inicial de um *governo das leis* e *democráticos*, que serviu de inspiração para o republicanismo e mais tarde foi sentido em todo o mundo. A favor do primado do governo das leis sobre o governo dos homens[[12]](#footnote-12), extraímos da idade clássica dois respeitáveis textos, um de Platão e outro de Aristóteles. O primeiro:

## chamei aqui de servidores das leis aqueles que ordinariamente são chamados de governantes, não por amor a novas denominações, mas porque sustento que desta qualidade dependa sobretudo a salvação ou a ruína da cidade. De fato, onde a lei está submetida aos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade; onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades *(Leis*, 715d apud BOBBIO, 1986, p. 152).

O segundo:

## ...é mais útil ser governado pelo melhor dos homens ou pelas leis melhores? Os que apoiam o poder régio asseveram que as leis apenas podem fornecer prescrições gerais e não provêm aos casos que pouco a pouco se apresentam, assim como em qualquer arte seria ingênuo regular-se conforme normas escritas... Todavia, aos governantes é necessária também a lei que fornece prescrições universais, pois melhor é o elemento que não pode estar submetido a paixões que o elemento em que as paixões são co-naturais. Ora, a lei não tem paixões, que ao contrário se encontram necessariamente em cada alma humana *(*ARISTÓTELES, *Política,* 1286ª **apud** BOBBIO, 1986, p. 152).

Mas o termo *Direito* e *Democrático* (Estado Democrático de Direito) nem sempre é algo tão simples quanto esta formulação inicial possa parecer.

# *2.3. Paradoxos da Democracia*

A visão mais simples – e poque não, romântica – da lei é própria da simplicidade de um Estado Liberal.

No Estado Liberal houve a ascensão e o protagonismo do Poder Legislativo, que, com as revoluções ocorridas neste período, o grande marco civilizatório foi o estabelecimento de limitações ao poder do monarca. Este período fica definido com a convenção de que só seria exigível o sacrifício do povo com o consentimento de seus representantes, em grande reforça à teoria democrática - a exemplo do *No Taxation Without Representation*).

Sem dúvida que o grande eixo do regime democrático é que as decisões sejam definidas e controladas pelo povo e, por isso, em público. [[13]](#footnote-13)

Estava em voga e em evidência os grandes ideais democráticos, mas que foram, com o tempo, demonstrando seus paradoxos. Compreende-se que o método democrático é essencial para um “bom governo” - vale dizer, está melhor capacitado do que outro para realizar o bem comum -, mas nem sempre ele é o único.

A história demonstra que a adoção por um sistema democrático conduz a uma busca gradual por Direitos e, com eles, tornam-se mais complexas as sociedades.[[14]](#footnote-14) As sociedades deixam de ser uma economia familiar e transformam-se em uma economia de mercado, de uma economia de mercado para uma economia protegida, regulada, planificada, aumentaram os problemas políticos que requerem competências técnicas. Os problemas técnicos exigem, por sua vez, expertos, especialistas, uma multidão cada vez mais ampla de pessoal especializado. Seria a substituição do governo dos legisladores pelo governo dos cientistas. Todos os Estados que se tornaram mais democráticos, com o tempo tornaram-se mais burocráticos.

Alguns conhecimentos nesta sociedade complexa não são acessíveis às massas e, se assim o fossem, sequer seriam compreendidos por eles. Surge então a necessidade de agentes especializados depositários deste conhecimento, os chamados *tecnocratas*, dando origem a *Tecnocracia*.

No entanto, *Tecnocracia* e *Democracia* são regimes antitéticos. Se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível atribuir esta tarefa ao cidadão comum. A *democracia* sempre se sustentou na ideia de todos decidirem tudo. Quando pensamos em democracia, lembramos o grande exemplo de Atenas de Péricles, da *ágora* ou da *eclesia*, com a reunião de todos em um local público para apresentar e ouvir propostas.

A *tecnocracia*, por outro lado, pretende que sejam ouvidos os pouco que detêm conhecimento específico, aqueles mais aptos a resolver os problemas complexos desta nova sociedade complexa (a luta contra a inflação, o pleno emprego, justa distribuição de renda - BOBBIO, 1995, 33-34).

Neste período também crescem as críticas ao próprio sistema de leis. Embora as Leis tenham aptidão para reduzir um sistema de *privilégios* e *discriminações*, elas também são produtos de bons ou maus governantes. Neste aspecto ganha relevo a crise da representação política[[15]](#footnote-15), com a dificuldade que o sistema representativo apresenta para expressar de modo efetivo a vontade majoritária da população.

 As críticas ao sistema crescem e a função de legislar acaba entrando em declínio com a constatação de que em um mundo cada vez mais dinâmico, a intervenção legislativa perde protagonismo. A partir de 1920, essa morosidade acabou por retirar do Parlamento muito de sua hegemonia e proeminência, sendo que Estado-Providência incentivou a centralização – e a crença - de que a solução seria uma atuação mais centrada no Poder Executivo e no governo dos técnicos. (FERREIRA FILHO, 2012, p. 121-150)

Agentes especializados ganham maior protagonismo à solução dos problemas desta nova sociedade complexa. Métodos técnicos acabam revelando-se essenciais para certos casos de deliberação e de tomada de decisão. Afinal, como seria o *processo penal* essencialmente *democrático*? Como seria o debate relacionado a *saúde* - exemplo tão em voga - sem um debate apropriado de especialistas? Decisões impopulares são necessárias à *defesa das minorias*, ao *processo penal* e à *liberdade de expressão* – para ficarmos nestes exemplos.

Fica claro que em uma *democracia* o *método democrático* nem sempre é o único, convivendo com outros métodos de tomada de decisões. Pegando o exemplo da Inglaterra, um país reconhecidamente *Democrático*, existe instituição própria de uma D*emocracia* (*House of Commons*), que convive com a *Casa Real* e a *Aristocracia* (*House of Lords*). [[16]](#footnote-16)

Um *sistema misto* de tomada de decisões sempre apresenta tensões sobre qual será o papel ou quando será utilizado cada um? Não há uma resposta rigidamente definida de quando será utilizado cada método. O problema de um *sistema misto* é que não temos uma linha definida de quando uma sociedade democrática deixa de assim o ser, isto é, não sabemos exatamente quando um país deixa de ser democrático, pela utilização de outros métodos (casos mais extremos são mais fáceis de serem identificados).

É seguro dizer, no entanto, que sociedades ditas mais *democráticas* prestigiam este método na solução de suas controvérsias, de modo que podemos sustentar que existem sociedades mais democráticas que outras. Por exemplo, questões que em um momento inicial sejam de competência do aparelho técnico do Estado, podem ganhar relevância perante o corpo social e passar a ser largamente debatidas no seio da comunidade. Informações e o conhecimento tornam-se de conhecimento público. Nestes casos, não é dever do cientista emitir juízos de valores, caprichosamente substituindo ou apropriando-se do poder de definir os rumos da sociedade.

Afinal, sabemos que num Estado burocrático o poder é ordenado do vértice à base – o que não é o ideal -, diametralmente contrário ao sistema de poder democrático. Em uma sociedade democrática o poder vai da base ao vértice (BOBBIO, 1986).

Todos estes acontecimentos, evidentemente, não passaram ao largo do Direito, que foi se transformando junto com a sociedade.

# **3 ESTADO DE DIREITO E JUDICIÁRIO**

Atualmente o termo *Judicialização* é um termo corriqueiro na prática jurídica e até intuitivo para quem lida com ela. Mas quais são os contornos semânticos que o termo abarca? Neste contexto de neoconstitucionalismo, Barroso vai nos explicar que o termo *judicialização* é no sentido ou na possibilidade de que questões que contenham repercussão política ou social haja um deslocamento natural de seu foco de decisão nas instâncias políticas tradicionais para o Poder Judiciário. (*Judicialização...*)

Estaria justificada atualmente a incursão mais incisiva do Judiciário no mundo político, justamente em razão da crise da representação política que vivemos. (BARROSO, 2015) Afinal, “em um país com o histórico do nosso, a possibilidade de assistir onze pessoas bem preparadas e bem intencionadas decidindo questões nacionais é uma boa imagem.”. (BARROSO, *Judicialização*)

Mas este seria propriamente o *Estado Democrático de Direito*?

# *3.1 Judicialização e questão históricas*

Da Inglaterra o princípio da *rule of law* espalha-se para as doutrinas jurídicas dos estados continentais, dando origem à doutrina ao *Estado de Direito*, isto é, do estado que tem como princípio inspirador a subordinação de todo poder ao Direito, através do processo de legalização de toda ação de governo. Este é o movimento denominada de *constitucionalismo*, conforme já visto.

Enquanto na *common law* a filosofia natural experimentava a transformação pelo conhecimento científico de Hobbes, na Alemanha isto só veio com Kant e Hegel, com a positivação do ordenamento.

Na Alemanha houve certo problema da positivação unitária do direito, face a desconfiança com a atividade política legislativa dos reis e príncipes, pois o contexto era muito diferente daquele da França pós-revolucionária.

Acabou sendo muito positivo o movimento do *positivismo* em transformar o Direito em um todo ordenado, organizado e coerente. Haveria uma grande conexão que formaria uma grande unidade. Como a *ciência natural*, o *positivismo* também operava com enunciados, axiomas e princípios primeiros no ápice de seu projeto sistemático. (VESTING, 2015)

Enquanto perdura o protagonismo do Legislativo, vamos ter o positivismo jurídico clássico, com seu desenvolvimento e suas variações em Jeremy Bentham e John Austin, na Inglaterra, a jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha, a Escola da Exegese, na França, e o formalismo norte-americano. (STRECK, 2014a)

O positivismo clássico era aquele que buscava o objetivismo, da subsunção do fato à norma, em que a atividade jurídica resumir-se-ia ao raciocínio silogístico (juiz boca da lei). Nesta formulação inicial o Judiciário não estaria autorizado a criar a lei, apenas aplicar aquilo que já havia sido previamente estabelecido.

Sem dúvida uma das grandes preocupações do positivismo clássico era com o viés democrático, que a lei fosse feita da fonte certa, da maneira correta (pessoas, instituições e procedimentos). Podemos dizer que neste período prevalece a concepção de que os *tribunais* são vistos como um órgão técnico especializado, que respeita a vontade democrática. (WALDRON, 2008, p. 24).

Bentham tinha grande preocupação com a transparência dos sistemas legais. Quem é governado por determinada norma deve ter a oportunidade de participar de sua elaboração. A legislatura deveria ser a prática de como são feitas ou alteradas as leis, fruto de processos formais especialmente dedicados a esta tarefa, ao contrário do processo de leis feitas por juízes, onde não se sabe o que está acontecendo (quando se aplica, se cria ou se modifica uma lei). (WALDRON, 1999)

Problema do positivismo clássico é que o mundo prático não pode ser descrito em pequenos enunciados, como se fosse possível o *paraíso dos conceitos*, uma *universalidade conceitual*. (STRECK, 2014b)

Com o declínio da função de legislar, ganha força as críticas ao *governo das leis*. Aristóteles já haviam antecipado os argumentos daqueles que defendiam o *governo dos homens*. Em o *Político*, os contrários à tese sustentada por Platão (*governo das leis*) sustentavam a Sócrates, neste diálogo platônico, “porque a lei jamais poderá prescrever com precisão o que é melhor e mais justo para todos, compreendendo aquilo que é mais conveniente”. A tese de a lei valer para todos e para todos os tempos é “semelhante a um homem prepotente e ignorante que não deixa a ninguém a oportunidade de realizar algo sem uma sua prescrição”:

## "Do mesmo modo que o timoneiro, estando sempre em defesa do que é útil para a nave e os navegantes, sem necessidade de leis escritas mas tendo por norma apenas a arte, acaba por salvar os companheiros de nave, assim e deste preciso modo, será que não seria possível, da parte daqueles que têm tal atitude ao governar, emergir uma correta forma de governo, graças à força da arte, que é superior à força das leis?" (296e) ARISTÓTELES, *Política, 294ab/296e* **apud** BOBBIO, 1986, p. 152).

Note que a crítica reverte o argumento. A *generalidade* e a *abstração* são vistas como positivas aos que defendem o *governo das leis* (tratar a todos de forma igual, sem paixões), mas que se transforma em um elemento negativo pelo argumento contrário. A generalidade e a abstração seria o mesmo que oferecer respostas antes das perguntas.

A virada linguística veio sedimentar as críticas. Palavras são “símbolos convencionais”. Se são símbolos, logo estão sujeitas à mudança e à incerteza decorrente desta forma de comunicação e, por isto mesmo, sujeita à interpretação. (CAPELLETTI, 1999; STRECK, 2014b)

Reconhecida a atividade criativa na aplicação do Direito, logo houve uma ampla insurgência contra a lógica pura e mecânica do processo. Surge, então, a revolta contra o *formalismo*, indo a momentos de maior extremidade, como o movimento do *Direito livre*, inicialmente na França, e o *realismo jurídico* norte-americano (STRECK, 2014a, p. 142-188).

Entra em crise o projeto sistemático-positivista. Jhering em seus trabalhos tardios, a jurisprudências dos interesses e a Escola do Direito Livre, todos buscavam alternativas ao pensamento sistemático.

Kelsen mesmo dá passos em direção a substituir a hierarquia entre norma jurídica e aplicação, por um modelo que não distinguia fundamentalmente da *produção do direito*. Agora o Direito em Kelsen constituía-se mais casuístico, tido como *norma individual*, nas possibilidades predeterminadas por uma *norma geral*. Ele mesmo caracterizava a interpretação do Direito como *função da vontade*, como um procedimento de caráter *jurídico-político*, que não se orientaria exclusivamente sob o aspecto do Direito positivo, mas também se orienta por outras situações e objetivos. (VESTING, 2015, p.123)

Kelsen reconheceu e aumentou o grau de indeterminação do Direito, sem conseguir oferecer soluções plausíveis. [[17]](#footnote-17)

A tendência passa a consistir em apagar as diferenças entre a criação e a interpretação do direito. Se o Judiciário cria e aplica as leis, logo não há rígida *separação dos poderes*. Talvez por isto que Kelsen prefira utilizar o termo *distribuição dos Poderes*. [[18]](#footnote-18) (KELSEN, 1881-1973)

Também começam a surgir formas, critérios e elementos novos à interpretação jurídica. Se antes a interpretação era mais focada na lógica e na análise linguística, agora há novos ingredientes neste novo mundo, como a história e a economia, a política, a ética, a sociologia e a psicologia.

Todo este movimento conduz a necessidade de um questionamento natural na relação entre *Constitucionalismo* e *Democracia*, como será visto no diálogo na academia americana.[[19]](#footnote-19)

# **4 INTERPRETAÇÃO JUDICIAL**

# *4.1 Positivismo jurídico em Hart e aspectos democráticos*

Seguindo a linha já inaugurada do positivismo contemporâneo (pós-exegético), não há como negar que Herbert L. A. Hart elaborou um dos mais influentes trabalhos já produzidos sobre a teoria do Direito.

Podemos sintetizar dois pontos de especial interesse na teoria hartiana, em um contexto de crescente judicialização: (i) o seu modelo de regras fundado em uma regra de reconhecimento de caráter eminentemente social e (ii) a discricionariedade do intérprete ao decidir sobre casos difíceis.

Hart se propôs a elaborar um rigoroso solo conceitual para estabelecer *um modelo de regras*, preocupando-se em estabelecer como as regras operam dentro da sociedade e explicar como aplicam-se as questões como *hábitos* e *padrões* e aceitabilidade ou legitimidade das decisões.[[20]](#footnote-20) (HART, 1994, p. 21)

Em relação às regras, a teoria hartiana irá dividir em dois tipos: (i) as *regras primárias* (ou de tipo primário), que dizem respeito àquilo que os seres humanos devem fazer ou deixar de fazer; e (ii) as *regras secundárias* (ou de tipo secundário), que permitem aos seres humanos, por meio de ações ou palavras, introduzir novas regras primárias ao sistema. (HART, 1994, p. 81)

Ainda neste contexto, vamos ter a *regra de mudança* (*rules of change*), quando um indivíduo ou um corpo pode *introduzir novas regras primárias* e *eliminar regras antigas*, e, em outra categoria, existem as *regras de julgamento* (*rules of adjudication*), que conferem poder a certos indivíduos para “fazer determinações autoritativas”. (HART, 1994, p. 96-97)

A solução para o *problema da incerteza* do sistema primitivo recai sobre – talvez – a mais importante categoria: a *regra de reconhecimento* (*rule of recognition*).

Hart estava ciente que não poderia a lei abarcar o mundo pela linguagem. Essa característica fundamental da comunicação humana significa que a descrição (linguística) da realidade está condenada à incompletude. Então Hart elabora a *regra de reconhecimento*, regra *última* e *suprema*, que serve como fundamento para que abandonemos o sistema baseado em meros hábitos de obediência. A sua existência é *mostrada* no modo como regras particulares são identificadas, seja pelas Cortes ou outros *oficiais* ou pessoas privadas e seus conselheiros. De acordo com Hart, retomando o ponto de vista *interno* do sistema, aqueles que identificam determinadas regras do sistema, utilizando-se, tacitamente, da regra de reconhecimento, estão, concomitantemente, *aceitando-a* silenciosamente. (HART, 1994, p. 102-103) É nesse sentido que a regra de reconhecimento deve ser entendida como uma *regra social* que pressupõe a *prática* pelos *oficiais* (*officials*) do sistema, com *pedigree*.

Note que Hart acredita na necessidade de reconhecimento das regras pelos *officials*, pois em um estado moderno, não se pode exigir a compreensão da população em geral sobre as regras. É por isso que, ao fim e ao cabo, em uma sociedade complexa, não se poderia cogitar de uma *regra de reconhecimento* amparada na prática social de toda a população, mas sim nesta prática técnica especializada (atenua-se com isto o déficit democrático face ao caráter técnico da expertise jurídica).

O positivismo nesta perspectiva hartiana rompe com o positivismo primitivo, em que a aspirações estavam direcionadas em como a lei é criada, organizada, modificada e aplicada. Não apenas pela classe que exerce poder político, mas para todas as pessoas.

Para Hart, basta que as regras sejam reconhecidas como legais e obedecidas pela população (seja por medo ou por outro motivo). Não há necessidade de se saber o que significa ser legal ou não.

No entanto, a regra de reconhecimento hartiana não exclui em pequena medida o caráter de aceitação - de legitimidade - do sistema. Para contextualizar, pegando um exemplo muito citado por Dworkin, de que determinada Lei da Califórnia somente permite a velocidade máxima de 55 mph, para Austin a velocidade limite da Califórnia torna-se uma premissa verdadeira porque o legislador editou uma regra para controlar isto. Para Hart, este limite é verdadeiro porque a Califórnia aceitou e continua a aceitar a autoridade depositada no Estado e nas constituições nacionais.

Em outro exemplo emblemático de Dworkin, para Austin a proposição de que motoristas descuidados devem indenizar por dano emocional ocasionado em acidentes de trânsito, de criação pretoriana, reside no fato de que as pessoas com poder político fizeram os juízes os senhores de adotar os comandos às suas vontades. Para Hart, esta proposição é verdadeira porque a regra de reconhecimento aceita que os *cidadãos permitiram* que as declarações judiciais sobre a lei tivessem poder sobre outros oficiais (legisladores) para repelir a lei se eles desejassem (DWORKIN,1986).

Hart admite uma aceitação implícita das regras pela população, pois muitas vezes as pessoas não se interessam por saber como o sistema funciona. No entanto, ele reconhece a problemática desta afirmação, pois adverte que a população que se comporta como ovelhas, acabará caindo no matadouro. Não saber como as regras funcionam ou como elas são modificadas irá permitir diversas formas de opressão (HART, 1994, p. 117 apud WALDRON, 2008, p. 31)

Para finalizar, Hart conclui que não importa qual seja o dispositivo de comunicação das regras – por meio do precedente ou da legislação –, nem o quão bom seja para a grande massa dos casos ordinários, todo mecanismo de transmissão dos regramentos será, em algum momento, indeterminado: eles terão o que Hart denominou de *textura aberta*.

As lições de Hart acabam revelando o grande problema na aplicação das *regras*, pois as constatações da *textura aberta* abrem um amplo leque de possibilidades ao intérprete para *escolher* de que modo resolverá uma disputa. Assim, Hart não irá se debruçar para encontrar uma solução para este assunto, mas apenas reconhecer que é natural aos intérpretes certa discricionariedade em situações dúbias (discrição). Nos *hard cases* haveria uma ampla autorização à autoridade judicial criar o Direito.

Na obra de Hart perde-se a preocupação com a análise de quem provê a lei (*tese da autoridade*, no sentido democrático) e, com a aceitação social tácita, perde-se um dos aspectos mais caros à perspectiva democrática: o caráter público do poder, em público, ou seja, em se saber como são feitas as regras e de como elas são modificadas.

# *4.2 Concepções na academia americana*

Após a concepção de Direito em Hart, é natural que seja abordada a posição do professor Ronald M. Dworkin. Nós vamos chegar lá, mas antes um breve panorama de algumas das mais das mais influentes correntes do direito americano.

Iniciando este estudo partindo do *Originalismo* (*Originalism*), de Hugo Black e o expressivo trabalho de Antonin Scalia (SCALIA, 1989). Podemos dizer que para o *Originalismo* a interpretação das disposições constitucionais deve basear-se no significado público original das disposições constitucionais, sendo este o fator decisivo (não exclusivo) da interpretação constitucional. Vale dizer, as futuras gerações e os Tribunais não têm autoridade para ir além do que já foi previamente estabelecido. O fundamento da interpretação constitucional consiste em questionar qual o significado dos termos empregados à época.

Note bem, o questionamento não é sobre as *intenções* dos *Founding*, mas qual o *significado público* da época. Há uma diferença nisto. As *intenções* estão na cabeça do indivíduo, já o *significado público* revela-se como um *fator social objetivo*.

Para o *Originalismo* os juízes não são eleitos, de modo que eles devem ser regidos nos julgamentos por *We the People*. Eles não têm licença para ir além do *significado público* estabelecido, invocando seus próprios julgamentos para impor suas compreensões sobre como *Nós* devemos entender as cláusulas constitucionais. Isso seria um abuso da autoridade judicial.

Isso não significa que a passagem do tempo e as inovações não tragam novas questões antes não previstas. Os casos não previstos podem e devem ser interpretados. Exemplo muito citado no *Originalismo* é a possibilidade de pena de morte no Direito americano. Este não se trata de um assunto contemporâneo, não previsto e debatido anteriormente, não sendo possível que, por interpretação dos Tribunais, venha a se entender pela sua inconstitucionalidade. Se *Nós, o povo* desejamos uma nova interpretação, há uma legislatura eleita para isto, que poderá alterar a legislação.

Em contraposição ao *Originalismo* surge a corrente denominada *Constituição Viva* (*Living Constitution*), sustentado especialmente por Oliver Wendell Holmes.[[21]](#footnote-21) Holmes rejeita o O*riginalismo*, entendendo que a *geração fundadora* não pretendia congelar a interpretação que foi pensada e determinada naquele tempo. Aliás, para Holmes a *geração fundadora* não era *Originalistas*, pois usaram *termos gerais* nas disposições constitucionais, revelando que sua intenção era a evolução do significado original, fruto da passagem do tempo.

Pegando como exemplo a *Declaração de Direito*, quando ela foi escrita e ratificada, fizeram-na sem saber a extensão da liberdade que se pretendia, em todas as suas dimensões. Deste modo, os *Foundings* teriam confiado às gerações futuras à proteção de seus Direitos, na medida em que aprendemos a inteireza do seu significado. Os *Fundadores* confiaram às gerações futuras uma carta e cabe a *Nós* o significado dela. Quando o significado de direitos constitucionais evolui, é porque os entendimentos da sociedade evoluíram e os juízes estão atentos a esta evolução (uma espécie de juiz porta-voz do sentimento da coletividade).

Esta visão é bastante controversa nos EUA, fazendo crer que a *Geração Fundadora* pretendia que as gerações futuras possam reinterpretar a constituição quando “aprendem” um novo significado. Historiadores já demonstraram que não foi esta a intenção.

Outros que rejeitam o *Originalismo* não partem desta visão. A questão seria de como interpretar a Constituição e a resposta não seria examinando a história. Estes entendem que a nossa ordem constitucional é muito melhor se concluirmos que não estamos obrigados pelo sentido original – sem ser rigidamente restringido por ele. Onde as *circunstâncias* e os *valores* mudaram, não estaríamos restringidos ao entendimento original, mas quando não houve alteração nas *circunstâncias*, faríamos melhor em seguir o texto, de maneira respeitosa ao entendimento original, mas sem uma vinculação rígida. Seria uma espécie de *princípios gerais*, em que o conteúdo muda com o tempo (SUNSTEIN, 2017, p. 69-72).

Como variante desta corrente temos a corrente da *Liberdade Ativa* (*Active Liberty*), do Juiz Stephen Breyer. Como o próprio nome diz, seria uma espécie de liberdade ativa, uma autogovernança ativa de *We the Peolple*. As disposições constitucionais ambíguas devem ser interpretadas a luz deste ideal. Na ambiguidade, pode-se invocar ideais democráticos mais amplos, relacionados à liberdade.(SUNSTEIN, 2017, p. 83)

Por fim, temos as *Leituras Morais* (*Moral Readings*), cujo maior expoente é Ronald M. Dworkin, que talvez tenha elaborado a teoria contemporânea mais influente sobre a atitude interpretativa perante o Direito.

Dworkin passa, ao longo de sua trajetória, por algumas fases de desenvolvimento dos seus pensamentos. Em um primeiro momento Dworkin irá tecer, principalmente em *Taking Right Seriously*, diversos argumentos contrários à discricionariedade que o positivismo atribui ao judiciário nos *border cases*. Neste momento ele irá desenvolver e constatar que no fenômeno do julgamento os juízes se sentem obrigados a se valer das decisões passadas como fundamento para decidir (o que denominou de *força gravitacional*).

O trabalho de Dworkin sempre foi no sentido de desenvolver uma teoria de como os juízes decidem, especialmente nos casos em que a Lei é silente, quando não é clara ou quando há ambiguidade, buscando sempre uma interpretação construtivista.

O que Dworkin contrapõe ao *positivismo* até então dominante de Hart, é que não haveria apenas respostas *diferentes* aos problemas nos casos incertos, mas que poderiam haver respostas *certas*.

Daí por que Dworkin inicia seu livro “O Império do Direito” (*Law’s Empire*) com a seguinte frase: “É importante o modo como os juízes decidem os casos”,[[22]](#footnote-22) de modo que a teoria de dwokiniana vai se debruçar sobre a análise substantiva dos argumentos utilizados pelos magistrados na solução dos casos. Nesse caminho, ele vai propor uma leitura diferente das tradições positivistas até então — nos casos difíceis os juízes teriam discricionariedade praticamente ilimitada (Hart) ou criariam normas arbitrariamente (Kelsen).

Em sua obra *Law Empire*, ele irá delimitar sua argumentação a partir de uma análise mais prática do Direito, pois, embora aceite que o Direito seja um fenômeno social, acredita que a abordagem deve ser realizada a partir da prática legal, eis que, ao contrário dos demais fenômenos sociais, é argumentativa. (DWORKIN, 1986, p. 13)

Dworkin irá enfrentar de modo muito hábil o debate candente que permeia – principalmente - a opinião do leigo (*layman*), no sentido de saber ser se o juiz “descobre” a lei ao caso concreto ou se ele “inventa” a lei ao caso concreto. Por exemplo, se o juiz *descobre* a lei, o caso de segregação racial, a partir do julgamento da Corte, sempre foi inconstitucional nos EUA. Se ele *inventa* a lei a partir do caso concreto, podemos dizer que a partir do julgamento esta lei passa a valer.

Este debate não auxilia na descoberta da origem do problema, pois isto somente seria possível se soubéssemos e tivéssemos certeza do que a lei realmente é de acordo com a visão estabelecida pelos “fatos simples” (*plain fact view*).

A visão sobre os fatos simples (*plain fact view*) irá estabelecer que o desacordo teórico é uma ilusão, pois todos são unânimes quanto aos fundamentos da lei, pois a lei é apenas uma questão da instituição legal (visão de Hart). Assim, bastaríamos pegar os atos editados pela legislatura, os conselhos populares e as cortes para sabermos o que decidiram no passado para resolvermos o presente. Então bastaria examinar o livro onde as decisões institucionais estão armazenadas para revelar o Direito.

Por isto que a visão dos que sustenta o *plain fact view* será no sentido de que eventuais desacordos entre os atores jurídicos seriam no sentido de discordarem sobre o que a *lei deveria ser*, e, portanto, seria questão de *moralidade* e *fidelidade*, mas não o debate em relação à lei.

O fato é que juízes e advogados divergem muito sobre a lei ou qual o teste correto a ser utilizado. Se esta divergência não é sobre a história dos fatos narrados e se não é sobre moralidade, que tipo de controvérsia é esta?

Ele, aqui, irá sistematizar que esta divergência pode se dar sob duas ordens. Uma em relação aos atores jurídicos concordarem sobre os fundamentos da lei (*grounds of the law*), mas discordarem se estes fundamentos estão de fato satisfeitos em determinado caso.

Por exemplo, eles podem concordar que a velocidade de 55 mph seja o limite de velocidade no Estado da Califórnia se esta regra estiver no *estatute*, mas podem discordar se este limite realmente está na legislação, a partir de sua leitura. Estes casos Dworkin irá denominar de “*empirical disagreement about the law*”. (DWORKIN, 1986, p. 5)

Ou eles podem discordar sobre os próprios fundamentos da lei. Isto é, qual a lei ou decisão aplicável ao caso, que ele irá denominar de “*theoretical disagreement of the law*”. (DWORKIN, 1986, p. 6)

Com esta habilidosa argumentação, Dworkin irá dizer que a divergência que ocorre nos tribunais não é no sentido do que a lei deveria ser, e, portanto, questão de *moralidade* e *fidelidade*, mas sim que há uma controvérsia genuína sobre o que a lei realmente é. Seria um debate propriamente jurídico e não político.

Mas então: o que fazer?

Dworkin sintetiza diversas visões a partir da indagação: o aplicador deve preencher a lacuna com o máximo do espírito da lei que circunda a questão? Ou deve ele procurar alcançar o resultado que chegaria os atores eleitos, caso eles fossem legislar? Ou como um aventureiro, ele deveria tentar o resultado mais justo possível, a partir de sua concepção? Com estes questionamentos Dworkin retrata grande parte da linha de pensamentos na academia em relação ao tema.

Ele irá sustentar que a atitude interpretativa não é tão simples assim. Embora uma regra costumeira possa parecer simples, sem oferecer, a princípio, maiores questionamentos, na evolução natural irão surgir questionamentos naturais sobre os valores de tais regras. Na execução de determinada regra o debate irá repassar sobre sua compreensão, aplicação, extensão, modificação, qualificação ou limitação a partir do intérprete. As pessoas tendem a colocar significado nas instituições, de forma que valor e conteúdo agora estão ligados.

No sentido de justificar a legitimidade da interpretação feita por tribunais, irá rebater a ideia de que interpretar é tentar alcançar o significado de algo. Uma visão mais crítica irá dizer que interpretar nada mais é do que buscar o resultado de algo o mais próximo do que ele é, não do que o intérprete pensa que ele deveria ser. Dworkin irá rebater a assertiva no sentido de que a interpretação seja no sentido da melhor maneira que ela possa ser.

Para responder as indagações sobre a natureza da interpretação, das intenções a ser descoberta, realiza dois questionamentos: a interpretação artística envolve descobrir a intenção do Autor? A descoberta da intenção do autor é um processo independente dos valores próprios do intérprete?

Após listar uma série de interpretações, responde a indagação fazendo uma analogia da interpretação jurídica com a interpretação artística, que seria uma interpretação consentânea da prática social.

A teoria dworkiniana vai afirmar que interpretação criativa não é relativa a conversação, mas sim construtivista, e sua preocupação essencial é com seu propósito, não com a causa. Assim, o propósito não é fundamentalmente descobrir o propósito do autor, mas sim a sensibilidade do intérprete, de modo que justifica que a interpretação da norma seria criativa. (DWORKIN, 1986)

De modo sintético, podemos dizer que Dworkin ao longo de sua obra irá trazer uma coletânea de julgados (*The Real World*) para entender a argumentação judicial, de modo a corroborar e construir a forma ou o que os juízes levam em consideração na hora da decisão. Com isto, a teoria dworkiniana busca responder: como os juízes devem responder os casos difíceis?

Nesta perspectiva que Dworkin também irá desenvolver seus trabalhos da concepção de Direito como integridade, onde as decisões constitucionais legítimas são baseadas em argumentos de princípios, que seriam trunfos dos cidadãos contra maiorias políticas, ainda que universalizáveis. Estabelece, assim, a diferença entre o raciocínio jurídico (de cunho deontológico) de uma atitude política (movida por interesses), que não poderia ser jurídica e adotada pelos tribunais.[[23]](#footnote-23)

Dworkin defende uma *leitura moral* da Constituição, isto é, extrair da Constituição o melhor sentido moral possível. Para Dwokin, temos a obrigação de ser fiéis ao texto da Constituição, interpretando quando há vagueza ou ambiguidade, sem o dever de sermos historiadores. Devemos pensar por nós mesmos sobre o que torna as previsões constitucionais as melhores possíveis – em bases morais. Seria a melhor interpretação dos direitos humanos. Dworkin reconhece que os juízes são *leitores morais*. Obviamente que uma leitura moral trará inúmeras discordâncias, mas não há problema nisto, pois eles estão discordando sobre a coisa certa. (SUNSTEIN, 2017)

Note que Dworkin procura identificar uma resposta do Direito às questões mais complexas, ainda que enverede largamente em questões morais. Mas e o problema do déficit democrático?

Reconhecida a relevância dos trabalhos do professor Dworkin, há inúmeras objeções a esta proposta. Ackerman, por exemplo, vai nos dizer que a interpretação dos compromissos constitucionais não pode ser aquilo que um ou outro filósofo entenda que deva ser feito. A construção do Constitucionalismo, na visão ackermaniana, preza pela construção da história americana por *We the People*. [[24]](#footnote-24)

Se não, é como se cortássemos fora ¾ de século, de evoluções e lutas que os americanos se mobilizaram com sucesso em expressar suas conclusões constitucionais,[[25]](#footnote-25) que foram encampadas pelas instituições centrais do Estado: “Neste ponto estou próximo ao *Justice* Scalia do que do Professor Ronald Dworkin” (ACKERMAN, 2007, p. 1754).

Sem dúvida que transformar nossa constituição em algo melhor que ela é revela-se uma bela visão. Problema é que as visões constitucionais são muitas, que competem entre si, e a constituição não deve ser sequestrada por uma ou por outra.

O professor Ackerman vai apontar as inconsistências de ambos os lados. Hugo Black privilegia a soberania popular, mas relativiza as conquistas mais modernas, ao interpretar a Constituição conforme o passado. Oliver Wendell Holmes reconhece que a Constituição foi muito além do constituinte, mas relativiza o princípio da soberania popular.

Mas ambos não praticam o que eles pregam. Juízes de ambos os lados, para não chegar a um resultado que não seja razoável, eles usam ficções legais para esconder quando julgam conforme o outro lado. (ACKERMAN, 2007).

Neste ponto também há a crítica de Jeremy Waldron, ao afirmar que a questão não é o fato de se chegar a respostas *corretas*. O problema é que as pessoas não conseguem demonstrar que a resposta esteja objetivamente *correta* do ponto de vista moral. O indivíduo pode ter seus critérios epistemológicos para dizer que a resposta seja a correta, mas eu posso não aceitar esta epistemologia como a *correta*. (WALDRON, 2012).

Waldron também irá tecer críticas à formulação Dworkiniana e a dificuldade de o Juiz Hércules levar em consideração tudo que já foi construído anteriormente. Waldron irá seguir numa perspectiva mais democrática do Direito e da legislação.

A crítica contundente de Waldron em relação a legitimidade consiste em que a fidelidade com a Democracia para alguns filósofos políticos modernos é limitada e este limite é definido essencialmente pela teoria de justiça favorita ou a teoria de direitos humanos que ele adota. O ideal democrático do Direito é tolerado enquanto não se afastar muito das concepções do filósofo ou do senso de justiça que ele prega. Entretanto, autores democráticos não querem estabelecer sua própria versão de *Lex injusta non est lex*, porque eles, mais do que os outros teóricos políticos, são sensíveis à realidade dos desacordos morais. Eles acreditam que os desacordos sobre justiça é uma questão política comum, devendo ser resolvida pelo procedimento justo de votação. Isso não significa que a opinião sobre justiça mudou por aqueles que foram vencidos no processo de votação. Por isto que o pensador democrático acredita que deve haver aceitação (não obstante sua visão sobre justiça), pois a norma foi adotada pelo *jeito certo*. Caso contrário, em todos os casos os vencidos achariam a lei injusta e poderiam questioná-la, pois nunca haverá unanimidade. [[26]](#footnote-26) (WALDRON, 2008, p. 33-38)

De onde e por quem a decisão foi tomada? Se existe uma controvérsia na sociedade, quem exatamente participou da tomada de decisão? Quem é governado por determinada norma tem o direito de participar em iguais termos “se” a decisão deve ser adotada.[[27]](#footnote-27) O indivíduo democrático acredita que as instituições políticas democráticas encampam este princípio e devem procurar reformar ou subordinar as outras instituições com poder de decisão que possui outra base de atuação. Esta concepção vai de encontro a ideia dworkiniana que associa democracia com a jurisprudência de direitos assegurada pelo Judiciário. (WALDRON, 2008, p. 20-21).

Infelizmente o presente trabalho não comporta desenvolver com a profundida apropriada a temática. Mas o que se espera ter demonstrado é tendência na academia americana de preocupação com o aspecto democrático em relação aos rumos que o Direito tomou.

# **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Inegavelmente a partir da revolução francesa e da independência americana começamos a ter um mundo com ideais mais democráticos. Não por outra razão que, com sua brilhante oratória, Abraham Lincoln eternizou o ideal democrático: “*No man is good enough to govern another man without that other’s consent*.”[[28]](#footnote-28) Esta frase é emblemática e, ao mesmo tempo, intuitiva! Ninguém precisa de grande esforço argumentativo para convencer o leigo de seu acerto.

A crise e o descrédito do Legislativo – além da paradoxal condução política alemã que levou à 2ª Guerra Mundial - levaram a se repensar novos fóruns de debate e deliberação sobre as grandes questões sociais, avançando, inclusive, sobre temas que dizem respeito aos desacordos morais.

Cabe o questionamento: este fato não conduz a pontos de tensão entre *Constitucionalismo* e *Democracia*? De fato, esta são duas ideias que se acoplam, mas não se confundem. *Constitucionalismo* está associado a poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, *Democracia*, por sua vez, significa soberania popular, governo do povo e naturalmente podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. (BARROSO, *Judicialização*).

O problema torna-se emblemático quando novas técnicas de interpretação jurídica propõe resolver os grandes dilemas morais da sociedade. Há uma grande inquietação em tudo isto. Enquanto o nexo entre o método democrático para resolver dilemas morais é direto, para justificar o nexo entre o judiciário como a arena adequada à solução de questões morais é mais problemático. Admitir a solução dos grandes conflitos morais por interpretação jurídica criativa dos tribunais podemos estar adotando um conceito seletivo de Direito, manipulando seus limites e, quando não, em parte ideologicamente orientado.

As questões mais caras ao cidadão dificilmente são resolvidas ou são aceitas com uma fórmula construtivista/argumentativa. Como dito, quem é governado por determinada norma tem o direito de participar em iguais termos. O lado vencido em um processo democrático dificilmente é “convencido” pelos argumentos da parte adversa, mas pode concordar com determinado método de tomada de decisões, ciente de que a sociedade precisa se posicionar.

John Austin reconhece que a função do juiz ou o propósito do juiz não é o estabelecimento de (nova) regra, mas sim decidir o caso específico. Ele legisla julgando adequadamente, mas ele não legisla adequadamente. Isso dificulta muito as pessoas acompanharem a lei que resulta. (AUSTIN, *Lectures* apud WALDRON, 2008, p. 28).

Isto explica a crescente insatisfação da população com o Direito e, em especial, com os tribunais. O cidadão leigo acredita e aceita decisões do Poder Judiciário quando entendem que a questão está sendo decidida “por Direito”, ainda crédulos que a decisão jurídica está amparada na atividade silogística do positivismo primitivo. No entanto, tem dificuldade em aceitar decisões quando sabidamente os fundamentos se afastam desta atividade silogística.

Por isto a justiça sempre foi perseguida pela suspeita de que a lei seja facilmente conhecida e compreendida pelas pessoas comuns. Quanto mais complexa e técnica for a lei, mais plausível é a reprovação por desconfiança que com estas imposições estranhas possam estar sendo exploradas e submetidas.

Mesmo Dworkin irá reconhecer que permeia o imaginário popular que sempre existe uma lei para o caso concreto e o juiz sempre deve segui-la. Mais do que isso, a população acredita que o juiz deve seguir a lei mesmo sendo ela injusta:

## A opinião mais popular, na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, insiste que os juízes devem sempre, em cada decisão, seguir a lei, em vez de tentar melhorá-la. Eles podem não gostar da lei que encontram - pode levá-los a despejar uma viúva na véspera de Natal em uma tempestade de neve - mas eles devem aplicá-la mesmo assim. Infelizmente, de acordo com essa opinião popular, alguns juízes não aceitam essa sábia restrição; disfarçadamente ou mesmo abertamente, eles dobram a lei para seus próprios objetivos ou política. Esses são os maus juízes, os usurpadores, os destruidores da democracia.[[29]](#footnote-29)

Interessante questionamento é proposto por Hart, cuja teoria sabidamente permite maior poder à discricionariedade de decidir os casos complexos. A teoria hartiana, em seu extremo, irá evidenciar a necessidade de aceitação das decisões dos tribunais em casos mais complexos pela comunidade. Normalmente esta autoridade é compreendida após o “êxito” da solução *ex post facto* e esta aceitação torna-se mais “palatável” quando fruto do grande prestígio que os tribunais desenvolveram por seguirem as normas em casos mais simples:

Uma modalidade do erro “formalista” consistente simplesmente em pensar que cada passo dado por um tribunal é garantido por alguma norma geral que lhe confere antecipadamente autoridade para tal, de modo que seus poderes de criação são *sempre* uma espécie de poder legislativo delegado. Na verdade, pode ser que, quando os tribunais decidem questões não contempladas anteriormente relativas às normas constitucionais mais fundamentais, a autoridade de que dispõem para resolvê-las só seja *aceita* após a questão ter surgido e já ter sido solucionada. Nesse ponto, “só o sucesso pode ter êxito”(...) Mas quando estão em jogo questões sociais menos essenciais, uma decisão judicial surpreendente para uma questão que envolva as próprias fontes do direito poderá ser “digerida” com toda a calma. Quando isso ocorrer será dito *em retrospectiva* e poderá realmente parecer que os tribunais sempre tiveram o poder “inerente” de agir como fizeram. Contudo, isso talvez não passe de uma ficção piedosa, se a única prova for o êxito alcançado por aquela atuação.

A manipulação das normas relativas à força vinculante do precedente pelos tribunais ingleses talvez possa ser descrita mais honestamente desta última forma: como uma iniciativa bem sucedida de assumir e de exercer certos poderes. Nesse caso, o poder adquire autoridade *ex post facto*, em razão de seu sucesso. (...) Mas a decisão, uma vez dada, é agora seguida como lei. A declaração de que o tribunal sempre teve o poder inerente de legislar dessa forma seria certamente apenas um modo de fazer a situação parecer menos controversa do que realmente é. Aqui, às margens dessas questões mais fundamentais, devemos acolher o ponto de vista do indivíduo cético em relação às normas, desde que este não esqueça que sua perspectiva só é acolhida nessa margem; e desde que esse acolhimento não obscureça o fato de que o que torna possíveis esses notáveis desenvolvimentos das normas mais fundamentais por parte dos tribunais é, em grande parte, o prestígio adquirido por estes como resultado de sua atuação inquestionavelmente pautada por normas quando exercem sua atividade jurisdicional sobre as vastas áreas centrais do direito.[[30]](#footnote-30)

No entanto, nem sempre o método democrático será o único para resolver conflitos, sobretudo os que necessitam de uma expertise técnica. Também se sabe que para algumas questões mais sensíveis, é necessário impor limites ao método democrático.

Em suma, há que se achar um campo de convívio positivo entre os limites do Constitucionalismo e os limites da soberania popular. Nisto, devemos prestar nossas homenagens aos grandes pensadores que têm se aventurado a encontrar um bom caminho para o Direito neste mar revolto. O embate das ideias é essencial para o desenvolvimento do Direito e, principalmente, para o aprendizado. Torcemos para que seja um empreendimento bem-sucedido e seja formulada uma resposta adequada à realidade atual.

Por fim, conforta o ensinamento de Hart, de que para que exista um ordenamento jurídico, nem tudo pode ser objeto de vontade: “embora a norma possa ter seus pontos discutíveis, uma condição verdadeira necessária para a existência de um sistema jurídico é que nem toda a norma possa ser posta em dúvidas em todos os seus aspectos”. (HART, 2009, p. 197).

# **REFERÊNCIAS**

ACKERMAN, Bruce, *2006 The Holmes Lectures: The Living Constitution*, HARVARD LAW REVIEW, volume 120, may 2007, number 7. Disponível em URL < [The Holmes Lectures: The Living Constitution (yale.edu)](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1115&context=fss_papers)>, acesso em 15/10/2020.

ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations* (vol. 1), Cambridge: Belknap Press, 1991;

ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations* (vol. 2), Cambridge: Belknap Press, 1998;

BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*, em REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS, Volume 5, número especial, UNICEUB, 2015;

BARROSO, Luís Roberto. *JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA.* São Paulo, Faculdade de Direito de Franca. Disponível em: <<https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>>. Acesso em 10.mar.2020;

BOBBIO, Norberto, 1909 – *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*, Trad. De Alfredo Fait, 3ª edição, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1995;

BOBBIO, Noberto. *EL FUTURO DE LA DEMOCRACIA*, México: Ed. Fondo de Cultura. Económica. 1986, tradução José F. Fernández Santillán;

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Tradução de Calos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999;

DWORKIN, Ronald. *Law’s empire. Cambridge: The Belknap Press*, 1986;

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously.* *Cambridge: Harvard University Press*, 1978;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*, 7ª ed., São Paulo: editora Saraiva, 2012;

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *É hora de reinventarmos a interpretação constitucional*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, SP, 30 mar. 2013. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2013-mar-30/observatorio-constitucional-teoria-juridica-reinventada>>. Acesso em: 12 jul. 2020;

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Juízes não devem julgar de acordo com a opinião pública, mas com o Direito*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, SP, 30 ago. 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-ago-30/observatorio-constitucional-juizes-nao-julgar-acordo-opiniao-publica-direito. Acesso em: 30 jul. 2020;

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Juízes representativos? A nova face do neoconstitucionalismo*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, SP, 3 mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-03/observatorio-constitucional-juizes-representativos-face-neoconstitucionalismo>. Acesso em: 30 jul. 2020;

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. *Oxford: Clarendon Press*, 1994;

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 3ª. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz., (tradução de Antônio de Oliveria Sette-Cãmara), São Paulo: Editora WMF MArtins Fontes, 2009;

KELSEN, Hans. 1881-1973a *Teoria geral do direito e do Estado*; TRADUÇÃO Luís Carlos Borges. – 5ª ed. – São Paulo: Martins Fontes – selo Martins – (Coleção Justiça e direito);

KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria Pura do Direito* (tradução João Batista Machado). 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed., Malheiros: São Paulo, 2008;

MONTESQUIEU, *O Espiríto das Leis*, Apresentação RENATO JANINE RIBEIRO, tradução CRISTINA MURACHCO, Editora: Martins Fontes, São Paulo, 2000, 2ª Edição;

SCALIA, Antonin, Essay, Originalism: The Lesser Evil***,*** 57 U. Cin. L. Rev. 849 (1989), Disponível em URL < <https://cdn.ymaws.com/www.phideltaphi.org/resource/group/64B1D1A9-0EB0-47ED-B979-F30E19C3AC06/conlaw-_weiner/originalism_the_lesser_evil.pdf>>, acesso em 30/1/2021;

SUNSTEIN, Cass. *Impeachment: A Citizen’s Guide*. Cambridge: Harvard University Press, 2017;

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014a;

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.* – 5 ed., ver., mod. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014b;

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from Courts. Princeton: Princeton University Press,* 2000;

WALDRON, Jeremy, *Can There Be a Democratic Jurisprudence?* *New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Papers Series*, nº 8-35, *november 2008*, Disponível em URL < [Can There Be a Democratic Jurisprudence? by Jeremy Waldron :: SSRN](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1280923)>, acesso em 13/8/2020;

WALDRON, Jeremy, *Constutionalism: A Skeptical View*, *New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Papers Series, nº 10-87, may* 2012, Disponível em URL <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\_id=1722771>, acesso em 7/7/2020;

WALDRON, Jeremy, *The Dignitiy of Legislation. Cambridge University Press, New York,* 1999; e

VESTING, Thomas. *Teoria do direito: uma introdução* – São Paulo: Saraiva, 2015 (série IDP: linha direito comparado).

1. \* Mestrando em Direito Público pela UNISINOS. Advogado do Senado Federal. [↑](#footnote-ref-1)
2. No movimento absolutismo estatal deve-se registrar o maquiavelismo (expressão que é utilizada no sentido depreciativo). O maquiavelismo significa como um aspecto da luta para a formação do Estado absoluto, isto é, do Estado sem limites.

Até aqui fala-se em poder absoluto no sentido jurídico, mas haveria outros limites (como o religioso e os morais). O rei não estaria acima das leis divinas e das leis morais. Maquiavel quebra também este limite, ele estaria acima do bem e do mal (utilizando esta expressão provocativa). O que é maquiavelismo? “O maquiavelismo é uma interpretação de O Princípio de Maquiavel, em particular a interpretação segundo o qual a ação política para a conquista e a conservação do Estado, é uma ação que não possui um fim próprio de utilidade e não deve ser julgada por meio de critérios diferentes dos de conveniência e oportunidade” (BOBBIO, 1995, p. 14). Ele seria o descobridor da política como critério autônomo da moral e da religião. Vale dizer, política não seria nem moral, nem imoral, mas sim amoral. O julgamento seria segundo as vantagens que ele ela oferece ao Estado. A pergunta seria sempre se aquela ação foi útil ou não para o Estado? As virtudes seriam em relação à conservação do Estado. O Estado teria suas próprias razões que o indivíduo desconhece razões de Estado. É uma outra maneira de afirmar o absolutismo Estatal. Ele não deve obedecer nem as leis jurídicas, nem as leis morais. [↑](#footnote-ref-2)
3. Locke é jusnaturalista, de modo que os indivíduos viviam somente obedecendo às leis naturais. Mas para ele, assim como para Hobbes, não é suficiente. Cada homem seria um juiz em causa própria que reagiria a agressões de maneira desproporcionada. O que deveria reinar a paz, transforma-se em estado de guerra e para sair deste estado é necessário a força, que eles constituem em estado civil. Quando há uma autoridade, é possível obter auxílio, podendo este poder resolver as controvérsias. Conserva-se a vida, que é um dos primeiros direitos naturais. Também há a proteção da propriedade (ele também é um representante do estado burguês), considerando o direito a propriedade um direito natural. Isto é, este direito precede ao Estado. Ela surge em decorrência de uma atividade pessoal do indivíduo, que é o trabalho. No Direito natural os homens têm os direitos, mas eles não estão garantidos. No estado civil ele não perde os direitos naturais e os tem garantido pelo poder supremo. Há duas correntes dos jusnaturalistas: 1) que a passagem do *estado natural* para o *civil* extingue os *direitos naturais*, ou pelo menos transformados. 2) que a passagem conserva estes direitos (Locke e Kant pertencem a este grupo). Também Locke que o homem, ao sair do estado de beligerância, ele busca um estado civil baseado no consenso. Logo, o poder em Locke é limitado, seja pelo direito natural, seja pelo consenso, pois os governantes devem exercê-lo dentro dos limites estabelecidos. Locke vai reconhecer somente dois poderes: Legislativo e Executivo. Este último estaria subordinado ao primeiro, pois deve cumprir o que emanado daquele. Este, por sua vez, estaria subordinado ao povo, cujo consenso deriva. (BOBBIO, 1995, p. 40)

Locke é amplamente favorável ao direito de resistência. O pensamento de Locke conclui o período das guerras civis na Inglaterra e abrindo as diretrizes do Estado liberal, que, através de Montesquieu, chegará aos estados americanos e à Revolução Francesa. [↑](#footnote-ref-3)
4. O capítulo parece um corpo separado dos demais elementos do livro. As três formas de governo que o estudo da história antiga e moderna revelou são: i) a república (inclui-se a democracia e a aristocracia), baseada no princípio da virtude; ii) monarquia que se baseia no princípio de honra; e iii) despotismo que se baseia no princípio do medo. Também faz uma distinção de governos moderados e absolutos, de acordo com o espaço ou margem de liberdade aos cidadãos e aos corpos intermediários. Ele terá um apreço pelo governo moderado, que podem ser encontrados tanto nas repúblicas quanto nas monarquias. Seria o governo da razão, em contraposição ao governo das paixões (despótico). A moderação é o prenuncio da separação de poderes. Aqui também a liberdade é mais retratada como autonomia, como negativa. Só deve fazer algo quando as leis intervêm, com ordens ou proibições. Distribuição de poder e controle recíproco são típicos de governos moderados. Montesquieu irá revelar a necessidade de separação de poderes. [↑](#footnote-ref-4)
5. Rousseau pode ser considerado o último jusnaturalista. A questão que se colocava nos jusnaturalistas eram ou a *anarquia no estado natural* ou a *servidão no estado civil*. O estado natural era um estado de liberdade, mas levava a guerra de todos contra todos. O estado civil era um estado de paz e segurança, mas permitia a obediência dos súditos até a opressão. Ou haveria liberdade sem paz ou haveria paz sem liberdade. Hobbes deposita tudo sobre um prato da balança, optando pelo mal que ele entendia menor. Como visto, os autores que se seguiram procuraram um meio termo. Locke buscava uma integração, a segurança sem perder a liberdade. Hobbes seria um *estado absoluto*, Locke os primórdios de um *estado liberal*. Rousseau volta a proposição radical de Hobbes, ele optando entre estado natural e civil, pelo segundo. Mas ele nega que o Estado civil seja incompatível com a liberdade. Aí que ele desenvolve seu livro *Do Contrato Social*. Hobbes vai propor o contrato social como renúncia e de transferência dos direitos ao soberano. Locke vai propor que o contrato social se renúncia o direito de fazer justiça, não os direitos naturais mais fundamentais (vida, liberdade, propriedade). Rousseau vai se associar a Hobbes, mas com uma diferença. A renúncia não é em favor de um soberano, “*mas por cada um em favor de todos*”, isto é, a favor da comunidade inteira ou do corpo político, que é a manifestação da vontade geral. [↑](#footnote-ref-5)
6. A revolução inglesa foi longa, que vai da reabertura do Parlamento (1640) até a guerra civil, da ditadura de Cromwell e da restauração monárquica, até a gloriosa revolução do ano de 1688. Importante observar que a monarquia inglesa nunca fora absoluta, portanto a reação contra o absolutismo dos Stuart foi mais forte que em outro lugar. O pensamento era que a monarquia jamais fosse absoluta, e, como limitada, contraposta à francesa. Era um Estado misto também: nem monárquico, nem aristocrático e nem democrático. Tinha um rei, uma câmara alta (princípio aristocrático) e uma câmara baixa (princípio democrático). As três formas apresentadas por Aristóteles. Há uma obra de Ilwain que vai dizer que o poder de governo era absoluto, mas em relação aos cidadãos era subordinado ao poder jurisdicional. A separação dos poderes traz a base do constitucionalismo moderno. (BOBBIO, 1995) [↑](#footnote-ref-6)
7. De modo bastante sintético, nas primeiras décadas do século XIV começa a tomar forma o bicameralismo no Parlamento inglês, com a adoção de mecanismos de limitação e controle político do poder real. A partir do século XV inicia-se a competência legislativa do Parlamento inglês. Com as revoluções liberais, a função legislativa é definitivamente transferida dos reis aos Parlamentos [↑](#footnote-ref-7)
8. Para esclarecer, deve-se refletir sobre o fato de que por *governo da lei* entendem-se duas coisas diversas embora coligadas: além do governo *sub lege,* que é o considerado até aqui, também o governo *per leges,* isto é, mediante leis, ou melhor, através da emanação (se não exclusiva, ao menos predominante) de normas gerais e abstratas. Uma coisa é o governo exercer o poder segundo leis preestabelecidas, outra coisa é exercê-lo mediante leis, isto é, não mediante ordens individuais e concretas. As duas exigências não se superpõem: num estado de direito o juiz, quando emite uma sentença que é uma ordem individual e concreta, exerce o poder *sub lege* mas não *per leges;* ao contrário; [↑](#footnote-ref-8)
9. Com esta expressão, Aristóteles quer demonstrar que onde o governante respeita a lei não pode fazer valer as próprias preferências pessoais. Em outras palavras, o respeito à lei impede o governante de exercer o próprio poder parcialmente, em defesa de interesses privados, assim como as regras da arte médica, bem aplicadas, impedem os médicos de tratar os seus doentes conforme sejam eles amigos ou inimigos. (BOBBIO, 1986; e MELLO, 2008., p. 342); [↑](#footnote-ref-9)
10. Como se sabe, o Direito Romano foi marcado por dois modelos: o pretoriano e o justinianeu. O primeiro deriva da fase pretoriana, da velha tradição romanista, que valorizava o *direito comum*, de elaboração espontânea da sociedade, com os acréscimos doutrinários e jurisprudenciais. O segundo período seria considerado uma evolução do primeiro, na fase mais recente da tradição romanista, que valorizava o *direito legislado*, de elaboração mais sofisticada e fundado na validade que a autoridade do legislador detinha. [↑](#footnote-ref-10)
11. “Primeiro de tudo nos vem ao encontro, legado por séculos de cruéis guerras de religião, o ideal da tolerância. Se hoje existe uma ameaça à paz mundial, esta vem ainda uma vez do fanatismo, ou seja, da crença cega na própria verdade e na força capaz de impô-la. Inútil dar exemplos: podemos encontrá-los a cada dia diante dos olhos. Em segundo lugar, temos o ideal da não-violência: jamais esqueci o ensinamento de Karl Popper segundo o qual o que distingue essencialmente um governo democrático de um não-democrático é que apenas no primeiro os cidadãos podem livrar-se de seus governantes sem derramamento de sangueAs tão freqüentemente ridicularizadas regras formais da democracia introduziram pela primeira vez na história as técnicas de convivência, destinadas a resolver os conflitos sociais sem o recurso à violência. Apenas onde essas regras são respeitadas o adversário não é mais um inimigo (que deve ser destruído), mas um opositor que amanhã poderá ocupar o nosso lugar. Terceiro: o ideal da renovação gradual da sociedade através do livre debate das idéias e da mudança das mentalidades e do modo de viver: apenas a democracia permite a formação e a expansão das revoluções silenciosas, como foi por exemplo nestas últimas décadas a transformação das relações entre os sexos — que talvez seja a maior revolução dos nossos tempos. Por fim, o ideal da irmandade (a *fraternité* da revolução francesa). Grande parte da história humana é uma história de lutas fratricidas. Na sua *Filosofia da história* (e assim termino com o autor que citei logo no início) Hegel definiu a história como um ‘imenso matadouro’.” (BOBBIO, 1986, p. 39) [↑](#footnote-ref-11)
12. No sentido do governo das leis é a posição de Norberto Bobbio: “Se então, na conclusão da análise, pedem-me para abandonar o hábito do estudioso e assumir o do homem engajado na vida política do seu tempo, não-tenho nenhuma hesitação em dizer que a minha preferência vai para o governo das leis, não para o governo dos homens. O governo das leis celebra hoje o próprio triunfo na democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? e em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente, não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranqüilamente que a democracia é o. governo das leis por excelência. No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos.” (BOBBIO, 1986, p 171) [↑](#footnote-ref-12)
13. “O regime democrático — e aqui entendo por ‘regime democrático’ o regime no qual o poder supremo (supremo na medida em que apenas ele está autorizado a usar em última instância a força) é exercido em nome e por conta do povo através do procedimento das eleições por sufrágio universal repetidas a prazo fixo. Em um trecho da sua Verfassungslehre, Carl Schtnitt capta com precisão o nexo entre princípio de representação e caráter público do poder, inclusive entendendo a representação como uma forma de representar, isto é, como um modo de apresentar, de fazer presente, de tornar visível o que de outra maneira restaria oculto: Em particular a carta n.° 10 de 23 de novembro de 1787, Il Federalista, Nistri-Lischi, Pisa, 1955, pp. 56 ss.” (Trad. bras. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1985 apud BOBBIO, 1986, p. 87): "A representação apenas pode ocorrer na esfera do público. Não existe nenhuma representação que se desenvolva em segredo ou a portas fechadas... Um parlamento tem um caráter representativo apenas enquanto se acredita que a sua atividade própria seja pública. Sessões secretas, acordos e decisões secretas de qualquer comitê podem ser muito significativos e importantes, mas não podem jamais ter um caráter representativo". 9. C. Schtnitt, *Verfassungslehre,* Duncker & Humblot, München-Leipzig» 1928, p. 208. [↑](#footnote-ref-13)
14. A própria democracia leva a isto. No início somente os proprietário tinham direito ao voto, ele queria direitos negativos, propriedade (Estado limitado, Estado mínimo)... Quando isso cresceu, se solicitou mais direitos e com isto cresce a procura por Direitos.

A partir do momento em que o voto foi estendido aos analfabetos tornou-se inevitável que estes pedissem ao estado a instituição de escolas gratuitas; com isto, o estado teve que arcar com um ônus desconhecido pelo estado das oligarquias tradicionais e da primeira oligarquia burguesa. Quando o direito de voto foi estendido também aos não-proprietários, aos que nada tinham, aos que tinham como propriedade tão-somente a força de trabalho, a consequência foi que se começou a exigir do estado a proteção contra o desemprego e, pouco a pouco, seguros sociais contra as doenças e a velhice, providências em favor da maternidade, casas a preços populares, etc. (BOBBIO, 1986) [↑](#footnote-ref-14)
15. Muitos reconhecem que a democracia não conseguiu superar por completo o *poder oligárquico*. Evidentemente que elites no poder não é o ideal. Obviamente que democracia com elites é diferente de aristocracia, que, este sim, não é desejável. Para fugir da representação de interesses pode-se pensar em formas de aprofundar hipóteses de democracia direta. O problema é que nada é mais perigoso para a democracia do que o excesso de democracia. Os cidadãos têm seus afazeres cotidianos, seja no trabalho, seja em relação à família, lazer, estudos... Se cada cidadão fosse chamado a participar todos os dias e se inteirar dos diversos dilemas sociais, o efeito da saturação política é a apatia de muitos (BOBBIO, 1986); [↑](#footnote-ref-15)
16. Evidentemente que o regime jurídico daquele país dá especial preponderância ao primeiro. Se assim não o fosse, possivelmente teria um país menos democrático. [↑](#footnote-ref-16)
17. Para uma compreensão detalhada de toda a controvérsia, o capítulo 1. *Sobre o positivismo e a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD): algumas considerações iniciais*, do livro *Verdade e Consenso* (STRECK, 2014) [↑](#footnote-ref-17)
18. “O conceito de ‘separação dos poderes’ designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções. No entanto, essa pressuposição não é sustentada pelos fatos. Como vimos, não há três, mas duas funções básicas do Estado: a criação e a aplicação do Direito, e essas funções são infra e supraordenada. Além disso, não é possível definir fronteiras separando essas funções entre si, já que a distinção entre criação e aplicação de Direito – subjacente ao dualismo de poder legislativo e executivo (no sentido mais amplo) – tem apenas o caráter relativo, a maioria dos atos do Estado sendo, ao mesmo tempo, atos criadores e aplicadores do Direito. É impossível atribuir a criação de Direito a um órgão e sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções...” (KELSEN, 1881-1973a, p. 385-386). [↑](#footnote-ref-18)
19. Importante reconhecer as importantes contribuições do professor Lenio Streck, para o desenvolvimento do tema no contexto brasileiro. [↑](#footnote-ref-19)
20. Em relação ao modelo de regras, Hart irá voltar aos aspectos de (1) *generalidade*, que deve ser compreendida sob duas perspectivas: (i) as condutas prescritas são *gerais* e (ii) se aplicam a uma *classe genérica* de pessoas, de quem se espera que saibam que elas se lhes aplicam e lhes sejam obedientes. A essa generalidade, soma-se o (2) *caráter duradouro* do direito: as leis têm uma característica de *persistência* ou de “permanecer de pé”, uma vez que existem e devem ser observadas continuamente no tempo. [↑](#footnote-ref-20)
21. Note bem. Aqui se faz uma pequena e superficial análise sobre as diversas concepções e teorias do direito americano, sem profundidade e nem exame de suas variantes. [↑](#footnote-ref-21)
22. Tradução nossa da passagem em inglês: *It matters how judges decide cases*. (DWORKIN, 1986, p. 1). [↑](#footnote-ref-22)
23. Excelente síntese da teoria, conferir GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Juízes representativos? A nova face do neoconstitucionalismo*. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, SP, 3 mar. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mar-03/observatorio-constitucional-juizes-representativos-face-neoconstitucionalismo. Acesso em: 30 jul. 2020). [↑](#footnote-ref-23)
24. Para Ackerman a legitimidade do regime constitucional deve vir da noção de soberania popular, que é o exercício político decisório pelo próprio povo. Para ele há um regime dualista, de exercício do poder: I - política ordinária, na qual os políticos profissionais tomam as decisões cotidianas em representação ao povo; e a II - política extraordinária, momentos políticos únicos de grande comoção nacional, em que povo toma as rédeas de seu destino e faz escolhas políticas fundamentais. Esses momentos únicos de política extraordinária são o que Ackerman denomina de *momentos constitucionais*.

Ackerman pretende retirar o protagonismo dos juízes dando ao povo o poder de estabelecer os compromissos constitucionais. Aos tribunais caberia apenas monitorar se, durante o período de política ordinária, os políticos profissionais estariam respeitando as decisões fundamentais do povo, mas não desencadear uma mudança constitucional em nome dele.

É por isso que a crença do povo na Constituição é tão importante para o pensamento ackermaniano. O povo precisa conhecer a constituição. O povo precisa ser consciencioso! [↑](#footnote-ref-24)
25. Ackerman procura demonstrar que os grandes marcos legais da américa não são decorrentes de um simples ponto, simples evento, um simples julgamento, mas sim de um processo extenso de debates que leva uma década ou duas. Por exemplo, o papel de *Brown vs Board of Education* foi de precipitar este debate. O resultado que nunca veio, porque ele não pode ser ditado ao povo, uma decisão vindo de cima, mas sim de um debate e uma decisão vindo de baixo. *Do povo*.

Na verdade, como diz Ackerman, o caso Brown sempre foi muito vulnerável e ele só foi efetivamente aplicado quando reforçado pelas políticas públicas do presidente Johnson. Explica ele que após o julgamento do caso pela Suprema Corte, houve um *backlash* com Jim Crow (que foram inúmeras leis raciais nos estados mais ao sul), que depois foram combatidas com força pela presidência de Kennedy.

Com a morte de Kennedy entra Lyndon B. Johnson, que estava muito alinhado às questões raciais e efetivamente concretiza o caso Brown.

A dificuldade na implementação do caso *Brown* e o crescimento do sentimento americano é confirmada por Dworkin (1986), que refere que após o julgamento do caso *Plessy vs Fergusson* (segregados, mas iguais), crescia o sentimento na população de a segregação racial ser errado. Este sentimento cresce após a guerra, que muitos negros haviam morrido lutando. Ainda assim, os Estados mais ao sul resistiam à mudança. Quando a Suprema Corte julgou o caso *Brown*, ela não determinou que fosse revista a decisão imediatamente, mas sim o mais rápido possível. Na época houve inúmeras críticas de que a decisão era antijurídica. [↑](#footnote-ref-25)
26. Esta seria uma nova versão da separação entre direito e moral. [↑](#footnote-ref-26)
27. E o procedimento é importante para Waldron, pois é o que possibilita a igual participação. É importante que a lei venha da fonte certa e da forma correta. (2008, p. 24). [↑](#footnote-ref-27)
28. Tradução livre: Nenhum homem é bom o bastante para governar outro homem sem o seu consentimento. [↑](#footnote-ref-28)
29. Tradução livre: “The most popular opinion, in Britain and the United States, insists that judges should Always, in every decision, follow the law rather than try to improve upon it. They may not like the law they find – it may equire them to evict a widow on Chistmas eve in a snowstorm – but they must enforce it nevertheless. Unfortunaly, according to this popular opinion, some judges do not accept that wise constraint; covertly or even nakedly, they bend the law to their own purposes or politics. These are the bad judges, the usurpers, destroyers of democracy”. (DWOKIN. Law. Ob. cit. p. 8) [↑](#footnote-ref-29)
30. Nesta citação mais extensa, nos valemos da versão traduzida de Hart: HART, H. L. A. O Conceito de Direito. 3ª. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz., tradução de Antônio de Oliveria Sette-Cãmara, São Paulo: Editora WMF MArtins Fontes, 2009, p. 198-199 [↑](#footnote-ref-30)