

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**BACHARELADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

**RODRIGO ARAGÓN NEVADO**

**O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO VISÃO EPISTÊMICA DA DEMOCRACIA**

**PORTO ALEGRE**

**2021**

**RODRIGO ARAGÓN NEVADO**

**O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO VISÃO EPISTÊMICA DA DEMOCRACIA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Caruso Baptista Macdonald

PORTO ALEGRE

2021

# **O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO VISÃO EPISTÊMICA DA DEMOCRACIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Caruso Baptista Macdonald

Aprovado em: .....

## **BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Paulo Caruso Baptista Macdonald

---

Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa

---

Doutorando Edison Dri Consiglio Filho

## **AGRADECIMENTOS**

A minha namorada, Marcela Acosta Schuh, que enormemente me auxiliou neste trabalho e na minha vida.

Ao meu orientador, Paulo Caruso Baptista Macdonald, pelo exemplo como docente e pela profundidade das conversas que embasaram este trabalho.

Aos meus pais, que fizeram o melhor trabalho possível.

À Téia e à Caki, que sempre me guardam e me protegem.

Ao Crediné, por sempre ser fonte de inspiração.

Aos meus amigos, pelo apoio, compreensão e companhia.

Aos meus familiares mais distantes, que sempre torcem por mim.

## RESUMO

O presente trabalho busca analisar a doutrina neoconstitucionalista a partir de uma teoria combinada da democracia, por meio das obras *Democracy Disfigured – Opinion, Truth and the People*, de Nadia Urbinati, e *La Forma del Derecho*, de Fernando Átria. A justificativa para tal reside na influência que o neoconstitucionalismo exerce em variados Estados democráticos. Assim, a investigação começará por uma exposição de cada uma das duas doutrinas, de modo a entender se o neoconstitucionalismo tem lugar em uma democracia saudável, ou se é uma desfiguração democrática. Ao final, a teoria combinada nos dará uma teoria institucional sobre a democracia diárquica, que fornecerá o arcabouço teórico para a análise pretendida.

**Palavras-Chave:** Neoconstitucionalismo. Democracia diárquica. Teoria institucional. Visão epistêmica da democracia.

## **ABSTRACT**

The present work seeks to analyze the neoconstitucionalist doctrine from a combined theory of democracy, through the books *Democracy disfigured – Opinion, Truth and the People*, by *Nadia Urbinati*, and *La Forma del Derecho*, by *Fernando Atria*. The justification for this lies in the influence that neoconstitucionalism has in various democratic states. Thus, the investigation will begin with an exposition of each of the two doctrines, in order to understand whether neoconstitucionalism takes place in a healthy democracy, or if it is a democratic disfigurement. The combined theory of the two authors will give us an institutional theory on diarchical democracy, which will provide the theoretical framework for the intended analysis.

**Keywords:** Neoconstitucionalism. Diarchic democracy. Institutional theory. Epistemic view of democracy.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 NADIA URBINATI – DEMOCRACIA COMO DIARQUIA .....</b>	<b>11</b>
2.1 PROCEDIMENTALISMO POLÍTICO .....	12
2.2 OPINIÃO.....	13
<b>2.2.1 Doxa e Opinio.....</b>	<b>14</b>
2.3 EPISTEMIC VIEW.....	16
2.4 BARREIRAS AO FÓRUM PÚBLICO DE OPINIÕES.....	17
2.5 VANTAGENS DA DEMOCRACIA.....	19
2.6 EM RESUMO.....	20
<b>3 FERNANDO ÁTRIA – A FORMA JURÍDICA NA DEMOCRACIA.....</b>	<b>21</b>
3.1 POSITIVISMO E DIREITO NATURAL .....	22
3.2 NEOCONSTITUCIONALISMO COMO DIREITO PRÉ-MODERNO.....	26
3.3 O “FORMALISMO” DO DIREITO MODERNO.....	27
<b>3.3.1 Expressão imprópria e expressão indeterminada .....</b>	<b>27</b>
3.4 O CICLO DA ADJUDICAÇÃO .....	29
3.5 FORMA E ESTRUTURA .....	30
<b>3.5.1 Conceitos estruturais, nominais e funcionais .....</b>	<b>30</b>
<b>3.5.2 Estrutura e função dos conceitos jurídicos.....</b>	<b>32</b>
<b>3.5.3 Teoria geral dos conceitos jurídicos.....</b>	<b>33</b>
3.6 O DIREITO COMO VONTADE DO POVO .....	34
<b>3.6.1 O que quer o povo? .....</b>	<b>35</b>
3.7 ESTRUTURAS DE LEGITIMAÇÃO MATERIAL – PRINCÍPIO COMISSARIAL E DA INDEPENDÊNCIA .....	36
3.8 CONCEITOS CONSTITUCIONAIS COMO CONCEITOS POLÊMICOS.....	39
<b>3.8.1 Conflito jurídico versus conflito político.....</b>	<b>39</b>
<b>3.8.2 Constituição e lógica da equivalência .....</b>	<b>40</b>
3.9 DELIBERAÇÃO E AÇÃO ESTRATÉGICA .....	42
3.10 O POVO COMO INSTITUCIONALIDADE.....	43
3.11 TEOLOGIA NEGATIVA E ALIENAÇÃO.....	45
3.12 SIGNIFICAR IMPERFEITAMENTE .....	47
3.13 O POVO COMO CONCEITO PÓS-INSTITUCIONAL.....	48

3.14 EM RESUMO.....	49
<b>4 PERSPECTIVAS COMBINADAS PARA A CRÍTICA AO NEOCONSTITUCIONALISMO .....</b>	<b>51</b>
4.1 PONTOS DE CONEXÃO.....	51
4.2 UMA TEORIA COMBINADA.....	53
4.3 DETURPAÇÕES DA FIGURA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	56
<b>4.3.1 Teorias epistêmicas da democracia.....</b>	<b>56</b>
4.3.1.1. O neoconstitucionalismo como visão epistêmica da democracia .....	58
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>62</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O neoconstitucionalismo é uma corrente de pensamento que enfatiza o surgimento de uma diferente compreensão da dignidade da legislação e sua relação com a constituição<sup>1</sup>. Uma enunciação que sintetiza essa doutrina é bem expressada por FERRAJOLI:

Aplicar a lei somente se é constitucionalmente válida, e sua interpretação e aplicação são sempre, por isso, também um juízo sobre a lei que o juiz tem o dever de censurar como inválida mediante a denúncia de sua inconstitucionalidade, quando não seja possível interpretá-la em sentido constitucional.<sup>2</sup> (Tradução livre).

Essa descrição de Ferrajoli sobre o neoconstitucionalismo, à primeira vista, não parece despertar grandes objeções; na verdade, a doutrina é adotada por alguns sistemas jurídicos. Na verdade, em nenhuma parte do mundo o neoconstitucionalismo foi tão bem recebido como na América Latina<sup>3</sup>. Isso se deve, em grande parte, aos princípios desse movimento: garantia, preservação e promoção dos direitos fundamentais. Na verdade, esses princípios parecem a pura essência do Estado Democrático de Direito.

Este trabalho tem como objetivo uma análise da doutrina neoconstitucionalista, ou, mais especificamente, uma análise do caráter democrático (ou não) dessa doutrina. Porém, para possibilitar essa análise, é necessário, primeiramente, expor uma teoria da democracia que exponha uma base para ela. Para isso, explorarei dois autores contemporâneos que apresentarão arcabouço conceitual suficiente para possibilitar a análise do caráter democrático (ou não) do neoconstitucionalismo. São eles Nadia Urbinati e Fernando Átria, por meio de suas obras respectivas: *Democracy Disfigured – Opinion, Truth and the People*, e *La Forma del Derecho*.

A obra de Urbinati estabelece uma teoria da democracia representativa. É uma teoria sobre a democracia como um procedimento, que, inigualavelmente, promove a liberdade política. De outro lado, Átria propõe uma mudança de ótica do Direito: uma passagem da ótica teórica para uma visão institucional do Direito, além de fazer sua própria crítica ao

---

<sup>1</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 67.

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi. «**Pasado y futuro del Estado de derecho**», em CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Trotta, 13-29 2003, p.18, *apud* ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 70.

<sup>3</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 67.

neoconstitucionalismo. As obras combinadas desses autores poderão fornecer fundamentos para entender o neoconstitucionalismo a partir dos prismas da democracia e do Direito.

No primeiro capítulo, explorarei o livro: *Democracy Disfigured – Opinion, Truth and the People*, que tratará sobre a democracia como uma diarquia de vontade e opinião. No segundo capítulo, tratarei da obra *La Forma del Derecho*. Descreverei uma teoria institucional do Direito, que englobará o que é político e o que é jurídico em nosso Estado Democrático do Direito. Ao final, combinarei as duas teorias em um terceiro capítulo, do qual pretendo extrair a resposta ao objetivo do trabalho.

Ao final, a teoria combinada das duas obras supracitadas fornecerá o arcabouço teórico necessário para entender que o neoconstitucionalismo é um caso particular de visão epistêmica da democracia<sup>4</sup>, um tipo que coloca estrutura e função democráticas em contradição (embora esteja camuflado pelas mesmas estruturas democráticas que ofende); e, em adição, ofende os dois pilares da democracia diárquica.

---

<sup>4</sup> Uma visão da democracia que pensa a função democrática como “busca pelos resultados corretos” (URBINATI, 2014).

## 2 NADIA URBINATI – DEMOCRACIA COMO DIARQUIA

A autora italiana Nadia Urbinati, em seu livro *Democracy Disfigured – Opinion, Truth and the People*, inicia, em sua introdução, uma comparação da democracia representativa com uma figura; no caso, um corpo que se apresenta, na realidade, desfigurado:

Um regime tirânico é caracterizado por alguns traços ou possui uma figura que torna um observador bastante certo de sua identidade, como eleições não-regulares, ausência de divisão de poderes, e declarações de direitos. Da mesma forma, uma sociedade democrática possui certas características que pertencem somente a ela, e a tornam reconhecível a um observador. Na figura que a democracia expõe ao mundo, eu detecto algumas desfigurações (Tradução livre)<sup>5</sup>

A autora, então, caracteriza onde podem atuar esses tipos de deformações, que não alteram a forma de governo, mas são percebidas externamente como notáveis mutações da democracia. Introduce, logo na segunda página da introdução, sua teoria da *democracia diárquica*. Segundo ela, a democracia representativa é uma diarquia composta por *vontade (will)* e *opinião (opinion)*; ou, respectivamente, “o direito de votar, os procedimentos e instituições que regulam as decisões dotadas de autoridade” e o “domínio extrainstitucional das opiniões políticas”<sup>6</sup>, e são nesses locais (ou em apenas um deles) que pode ocorrer a desfiguração da democracia.

Esses dois domínios são os dois poderes dos cidadãos soberanos – embora a opinião não tenha capacidade dotada de autoridade, pois as opiniões dos cidadãos não têm status vinculante no Estado Democrático de Direito –, que são diferentes e devem permanecer distintos, ainda que em eterna comunicação. A opinião faz parte da soberania, embora não tenha um poder vinculante. Sua força é externa às instituições e sua autoridade é informal (ou seja, não está solidificada institucionalmente)<sup>7</sup>. Em outras palavras, a opinião existe de forma a permear a vontade, dando legitimidade a essa vontade.

Tendo estabelecido esses conceitos, Urbinati procede à análise de deformações relevantes que irão pautar o resto de seu livro. Para este trabalho, será relevante a combinação

<sup>5</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 1.

<sup>6</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 2.

<sup>7</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 2.

da ideia de uma democracia desfigurada com a de uma visão epistêmica ser uma desfiguração da democracia.

A principal preocupação da autora é, como ela mesmo revela, o elemento “opinião” da diarquia democrática. Sua tese é que as desfigurações da democracia representativa se dão nesse pilar; elas são: (i) uma reação ao fato que a democracia é um governo de opiniões, por meio de opiniões, ou (ii) um uso instrumental do pilar da opinião<sup>8</sup>. Na recapitulação que faremos de Fernando Átria, poderemos dizer que a não observância desse pilar coloca estrutura e função democráticas em contradição.

## 2.1 PROCEDIMENTALISMO POLÍTICO

Vilfredo Pareto, ignorando a importância da soberania informal, chegou a afirmar que números eram simplesmente um meio para exercer força através de consenso, e democracia era o modo mais efetivo de atingir o objetivo que todos os tiranos desejaram e não conseguiram, uma vez que foram incapazes de ter o poder dos números ao seu lado<sup>9</sup>. Giovanni Sartori, revisitando o ceticismo de Pareto, afirmou que os cidadãos não aprendem a votar simplesmente pelo ato de votar, e resultados corretos não são atingidos simplesmente pelo fato do fórum público de opiniões ser elaborado<sup>10</sup>. Urbinati refere que esse não é o ponto central de uma visão diárquica da democracia. O direito ao voto nos é caro não porque nos permite alcançar resultados corretos, mas porque é parte do exercício da nossa liberdade política, mesmo quando os resultados não são desejáveis<sup>11</sup>.

Portanto, o que verdadeiramente está em questão é a liberdade. Exercer a nossa liberdade política e permanecermos livres no processo é o verdadeiro valor da democracia representativa, e não os resultados corretos que tal processo produz ou pode produzir. Aí reside a força normativa da democracia como diarquia. Os procedimentos democráticos, ao final, não

---

<sup>8</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 4.

<sup>9</sup> PARETO, Vilfredo, **The Mind and Society**, 4 vols., trans. Andrew Bongiorno and Arthur Livingston (New York: Harcourt, 1935), vol. 4, § 2244, *apud* URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 16.

<sup>10</sup> SARTORI, Giovanni, **The Theory of Democracy Revisited: Part One: The Contemporary Debate** (Chatman, NJ: Chatman House, 1987), pp. 117-18 *apud* URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 16.

<sup>11</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 17.

garantem a melhoria da capacidade decisória dos cidadãos; o que proporcionam é a permanente possibilidade de revisão das decisões tomadas<sup>12</sup>.

Reside aqui um ponto interessante. Procedimentalismo pode ser encarado como um valor negativo para a democracia; afinal, não deveríamos ter o melhor sistema de governo possível? E decisões corretas não seriam o objetivo de todos os cidadãos? É fácil entender que percebemos tanto representantes legitimamente eleitos quanto uma vasta gama de opiniões deploráveis como nocivas socialmente. O que Urbinati sustenta é exatamente o contrário: que não é o objetivo da democracia estabelecer resultados corretos, e sim promover e proteger a liberdade política dos cidadãos, pois a democracia, nessa seara, possui capacidade inigualável.

Portanto, o conceito chave que descreve a visão diárquica de democracia é a promoção da liberdade política que o processo democrático produz, assim como concebido em sua gênese, em Atenas:

Atenas foi concebida como uma *politeia em logois* (uma politéia baseada no discurso) e seus cidadãos foram definidos como *hoi boulomenoi* (“aquele que desejar dirigir-se a assembleia”). A transformação eleitoral da democracia moderna não alterou esse princípio.<sup>13</sup> (Tradução livre)

## 2.2 OPINIÃO

O pilar “opinião” da visão diárquica da democracia é, ao mesmo tempo, intuitivo e contra intuitivo. “Opinião” transcende o que se refere ao dia da eleição, criando, permanentemente, o fórum aberto de opiniões. Ele é inexistente na democracia direta, porque as opiniões se traduzem imediatamente em vontade, mas central na democracia representativa. Portanto, uma teoria da democracia diárquica é também uma teoria da democracia representativa<sup>14</sup>.

Um fórum aberto de opiniões é um sinal de liberdade. Em primeiro lugar, porque para haver chance de contestar e controlar um regime político, é necessário que as opiniões dos cidadãos não estejam confinadas em suas mentes como opiniões privadas; em segundo lugar, porque a democracia é um sistema político que é baseado e engendra a dispersão do poder; e em terceiro lugar porque torna possível a formulação de múltiplas opiniões políticas segundo

<sup>12</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 17.

<sup>13</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 20.

<sup>14</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 18.

as quais os cidadãos tomam suas escolhas<sup>15</sup>. Essas três justificativas da soberania informal são o que baseia a soberania informal -- a soberania formal existe para que possamos fazer valer a soberania informal.

Como já referi, a importância do fórum aberto na teoria da democracia diárquica é essencial não só para a solidificação da vontade vinculante (na forma do pilar da “vontade”), mas também para a promoção da liberdade política, verdadeiro bem da democracia. Portanto, é lógico concluir que é necessário que tal fórum não pode, de maneira alguma, ser enfraquecido ou deturpado. A soberania formal (vontade), precisa estar unida com a soberania informal (opinião). Conforme Urbinati, os cidadãos precisam ter reais oportunidades de, não apenas estarem informados politicamente, mas de formar, expressar, verbalizar e dar às suas ideias políticas o peso e a influência devidos, ainda que tal influência seja matematicamente difícil de estimar<sup>16</sup>.

Cabe ainda ressaltar que quando dizemos que a democracia é um governo baseado em opinião, implicamos que opinião tem um papel político. Isso significa que, como disse Maquiavel, o “príncipe precisa sentir que é afetado pelo povo, e o povo precisa sentir que afeta o príncipe”<sup>17</sup>. Evidentemente não existem príncipes na democracia, mas o princípio se mantém: não existem governos de opinião se ela não afeta a soberania formal.

### 2.2.1 *Doxa e Opinião*

*Doxa* ou *opinião* combinam dois significados, que são a) de uma ideia que é impermeável à verdade e de b) um julgamento que sinaliza como uma visão ou um ato de uma pessoa é percebida pelas outras<sup>18</sup>. O primeiro avalia pela perspectiva do resultado cognoscível; o último julga a partir da perspectiva da conversação entre pessoas que interagem em um ambiente público.

<sup>15</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 18.

<sup>16</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 28.

<sup>17</sup> MAQUIAVEL, **The Prince**, in Selected Political Writings, ed. and trans. David Wootton (Indianapolis: Hackett, 1994), cap.18, *apud* URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 48.

<sup>18</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 29.

Opinião, segundo Platão, é uma visão ou uma crença que não passa pelo exame filosófico; habita na zona cinzenta entre o certo e o errado<sup>19</sup> – opinião envolve permanente mudança, tanto por tender a aproximar-se da verdade quanto porque induz indivíduos, devido a sua natureza instável e incerta, à experimentar diferentes visões e estilos de pensamento para o processo de tomada de decisão, sem garantia de que essa busca um dia cesse<sup>20</sup>.

O problema principal para Platão, segundo Urbinati, é, portanto, que opinião não deságua em verdade. Pior, resulta em relativismo. Esse aspecto da opinião que se discute é referente ao significado filosófico de *doxa*, por focar na impermeabilidade à verdade da opinião.

Ainda segundo a autora, Aristóteles, em sentido contrário, apresenta uma visão da opinião como verossimilhança (aquilo que se assemelha à verdade), não como aquilo que habita na zona cinzenta entre o certo e errado, e sim como um processo cognoscível a todos os homens e não pertencente a nenhuma ciência social<sup>21</sup>. Nessa visão, opinião é sinônima a uma ordem política constitucional ou a uma república, e, portanto, à liberdade.

O autor, na visão de Urbinati, entende que há casos que são melhor entendidos na lógica de “escolher ou evitar”. Perguntas como “devemos ir à guerra? ”, que não clamam por uma resposta científica ou filosoficamente corretas, mas sim por considerações de prudência a partir de um julgamento pertencem ao reino da verossimilhança.

Portanto, quando julgada pela perspectiva epistêmica, opinião pertence ao domínio do incerto e do prejudicial, e, dessa forma, é condição para a desordem e disputa que se prestam a desestabilizar a autoridade<sup>22</sup>. O objetivo do conhecimento é ultrapassar o reino da opinião e transformá-la em conhecimento provado e incontestável. Quando julgada a partir de sua perspectiva comunicativo-social, opinião é um meio pelo qual o povo cria um espaço de troca de julgamentos e ideias<sup>23</sup>.

O segundo sentido de *doxa* é o sentido utilizado pela autora durante a sua obra. Em contraposição às visões epistêmicas da democracia (que acreditam que o objetivo da

<sup>19</sup> PLATÃO, *The Republic*, p. 156 (479e– 480), 1992, *apud* URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 30

<sup>20</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 30.

<sup>21</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 31.

<sup>22</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 35.

<sup>23</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 35.

democracia é buscar resultados corretos), entender a opinião como verossimilhança nos faz entender a democracia como liberdade.

### 2.3 EPISTEMIC VIEW

Para explicar o que seria uma visão epistêmica da democracia representativa, e quem seriam os seus principais partidários, Urbinati recapitula algumas ideias de Rousseau. O autor foi quem primeiro desenvolveu a ideia da opinião pública como a autoridade mais básica sobre o qual o sistema de tomada de decisões encontrava legitimidade. No Contrato Social, “l’opinion” era a alma da vontade geral, uma vez que retirava da lei o seu caráter coercitivo, fazendo o povo senti-la como a sua própria voz. “L’opinion” foi o ponto que Rousseau utilizou para provar que a regra da maioria é condição para autonomia política dos cidadãos, incluindo daqueles que são vencidos por essa regra<sup>24</sup>. Segundo Urbinati, James Bryce, inspirado por essa visão, chegou a dizer que o grau em que a vontade geral corresponde à opinião geral que circula em público é o termômetro que mede a força e saúde da liberdade política<sup>25</sup>.

Contudo, é somente até aí que Urbinati e Rousseau trilham o mesmo caminho. Conforme explica a primeira, Rousseau adicionou que a opinião irrefletida da vontade geral é incompetente para detectar e reconhecer o que deve ser feito, e necessita confiar na opinião dos poucos sábios, porque, ainda que a opinião geral esteja sempre certa, o julgamento pode ser facilmente desviado pela ignorância ou pelo preconceito.<sup>26</sup> A solução proposta pelo autor foi que a instituição de uma Assembleia de cidadãos que votasse “sim” ou “não” diretamente e em silêncio em propostas vindas de um conselho ou senado. A opinião pública seria mantida em segredo, sem comunicação externa ou publicidade. A alternativa seria a permanente circularidade e perene troca de opiniões, dois fatores aos quais Rousseau se opôs radicalmente – para ele, a vida pública deveria ensinar o raciocínio introspectivo epistêmico, aprendendo como as coisas são, para, então, votar na Assembleia<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 37.

<sup>25</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 38.

<sup>26</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 40-41.

<sup>27</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 40-41.



Rousseau, portanto, simboliza o embrião da teoria epistêmica, que também podemos chamar de teoria da democracia não-política. Sua opinião geral funciona como uma fé substantiva ou opinião sagrada, quase religiosa, que apenas os “poucos sábios” poderiam decodificar, apesar de nunca estar errada<sup>28</sup>. Por isso, não é de fato a opinião geral de Rousseau que governa, e sim a razão<sup>29</sup>.

Teorias modernas da democracia epistêmica reivindicam uma distribuição igualitária de potencial de conhecimento entre seus cidadãos, e elogiam a sabedoria de uma multidão. Porém, o seu foco em resultados corretos parece implicar que procedimentos democráticos não são legítimos a menos que possam canalizar o conhecimento da multidão em decisões que excedem suas opiniões ou o princípio da liberdade política igualitária<sup>30</sup>.

No geral, essas teorias são paradoxais, pois sugerem que a legitimidade para obedecer às leis descansa num resultado provado, mas os cidadãos não podem testar os resultados das leis antes de as obedecerem<sup>31</sup>. Além do mais, os critérios de correção são misteriosos, pois quem poderia, numa democracia, definir a correção dos resultados senão o povo<sup>32</sup>. E, se considerarmos que a democracia é composta de decisões abertas à revisão, quando parariamos de revisar as nossas decisões?

Apesar de virem em muitas formas, as teorias epistêmicas da democracia têm em comum o fato de desprezarem o caráter diárquico da democracia, e de ignorarem o caráter propriamente político da democracia, substituindo *doxa* por *episteme*.

## 2.4 BARREIRAS AO FÓRUM PÚBLICO DE OPINIÕES

Qualquer barreira que impeça que os cidadãos façam pleno uso de sua soberania informal deve ser derrubada. Ou, ao menos, os cidadãos devem acreditar que, de alguma forma, sua voz tem possibilidade de participar do fórum aberto de opiniões

<sup>28</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 40-42.

<sup>29</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 40-42.

<sup>30</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 82.

<sup>31</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 97.

<sup>32</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 97.

Nesse sentido, a liberdade de expressão é o tipo de liberdade que a sua proteção requer um estado ativista. Isso se dá devido ao pilar da opinião; a negação dessa proteção resultaria em uma desfiguração da própria democracia, pelo aleijamento do fórum público de ideias. A liberdade de expressão não pode ser tomada como um valor meramente individual: sua dimensão política está atrelada a esse valor, tornando-a o meio pelo qual a voz dos cidadãos deixa de ser muda e passa a caracterizar cidadãos como *hoi boulomenoi* (aquele que desejar dirigir-se à assembleia<sup>33</sup>), na democracia representativa.

Liberdades civis clássicas, como a liberdade de expressão, são fundacionais da democracia, uma vez que são essenciais na formação das duas condições sem as quais ela é inexistente: (i) que os cidadãos tenham acesso à informação política, e (ii) que eles sejam permanentemente livres, não somente durante a campanha eleitoral ou no momento de exercer a sua vontade soberana<sup>34</sup>. Dessa maneira, a negação das liberdades civis, em relação às quais a liberdade de expressão é condição primordial, é uma barreira que jamais poderia ser percebida como vencível pelos cidadãos.

Outro tipo de barreiras existente, e um dos que mais enfraquece o fórum aberto de opiniões nas democracias modernas, são as barreiras socioeconômicas. Os cidadãos marginalizados são despidos do que o voto deveria lhes dar: um ponto de apoio na sociedade e nas instituições em que as leis são feitas. Hoje em dia, o número de pessoas nas democracias pelo mundo que são mudas porque são socialmente excluídas, é grande o suficiente para fazer cidadãos se preocuparem com o futuro do regime político<sup>35</sup>.

A máxima da influência democrática deriva da ideia da democracia representativa como diarquia. Ela reconhece que a participação política na democracia representativa é complexa e não significa meramente a seleção de criadores de lei, mas também a efetiva representação fora e dentro das instituições<sup>36</sup>. Em resumo: que as pessoas tenham iguais oportunidades de participação no fórum aberto de opiniões como eleitores e cidadãos sem barreiras que os impossibilitem disso.

<sup>33</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 20.

<sup>34</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 50.

<sup>35</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 55.

<sup>36</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 55.

## 2.5 VANTAGENS DA DEMOCRACIA

Ainda que a democracia não nos possa fornecer nenhuma garantia sobre resultados corretos, ela possui três argumentos que podem ser utilizados em seu favor, se adotada a perspectiva da democracia diárquica:

- a) O reconhecimento da liberdade política como condição para a liberdade individual - Como já dito, Urbinati considera a liberdade política uma condição para a liberdade individual, diferentemente de uma visão liberal de “não-interferência”. Portanto, a democracia diárquica age em sentido contrário da concentração de poder no domínio da vontade e da opinião. A liberdade entre iguais na política é uma reivindicação contra despotismo e oligarquia porque é uma reivindicação contra a concentração de poder no domínio da vontade e da opinião<sup>37</sup>. Esse entendimento de liberdade é apto para descrever a liberdade política igualitária porque estipula que, para que alguém não esteja sujeito ao poder de outro, esse alguém deve participar das decisões que deve obedecer<sup>38</sup>.
- b) A natureza imanente da legitimidade democrática - a democracia não necessita conjecturar a existência de uma natureza pré-política como a base de direitos inalienáveis para justificá-los e respeitá-los<sup>39</sup>. Ao contrário, ela aparece quando uma comunidade começa a reivindicar a existência desses direitos inalienáveis; ou seja, quando adota o instrumento de “direitos” para solucionar seus conflitos internos e desacordos e regular suas relações públicas<sup>40</sup>.
- c) Auto-contenção - na democracia os meios são consistentes, porque ela é tanto um objetivo quanto é os seus procedimentos para tais objetivos<sup>41</sup>. E não há atalhos para isso, porque a democracia não é apenas um modo funcional de atingir resultados – ela deve ser encarada como um procedimento que promove, de maneira inigualável,

<sup>37</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 74.

<sup>38</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 74.

<sup>39</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 75.

<sup>40</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 75.

<sup>41</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 77.

a liberdade política<sup>42</sup>. Portanto, seus aspectos formais e materiais sempre devem ser concebidos conjuntamente.

## 2.6 EM RESUMO

Resumidamente, Urbinati afere desfigurações da democracia moderna, que a desfiguram: o escopo deste trabalho se limita às visões epistêmicas da democracia. Todas elas ocorrem pela deformação do pilar da opinião, e todas podem ser evitadas com a concepção da democracia como vontade e como opinião.

Opinião é, ao mesmo tempo, uma ideia que é impermeável à verdade, e um julgamento que sinaliza como uma visão ou um ato de uma pessoa é percebida pelas outras. Opiniões envolvem busca por consenso, e adquirem autoridade por um tipo de razão que é difundido na sociedade na forma da conformidade ou aceitação das pessoas de algo que consideram razoável em relação as circunstâncias de suas vidas sociais e morais, seus aspectos ético-culturais e suas ideias de bem comum.

Visões epistêmicas da democracia veem esse pilar da opinião com maus olhos, pois opinião é algo que, no máximo, é verossimilhante, e não deve fazer parte de um processo que busca a verdade. Portanto, a “soberania informal” não deveria ter a mesma força que a soberania formal. Os resultados corretos, que deveriam ser alcançados, são prejudicados por um procedimentalismo político que é “niilista”, insuficiente ou ilegítimo.

Para Urbinati, a força da democracia não deriva da obtenção de resultados corretos, e sim da igualdade política que promove, de sua imanente legitimidade e da sua capacidade de auto-contenção. A democracia é um procedimento; ou melhor, “seus procedimentos, que têm valor normativo porque possibilitam a competição política em substituição da violência, e o fazem protegendo e realçando a liberdade política igualitária”<sup>43</sup>.

Para que a democracia diárquica se desenvolva plenamente, contudo, é necessário a remoção das barreiras do fórum público de opiniões. É necessário que barreiras sócio-econômicas ou às liberdades civis sejam derrubadas, de maneira que os governantes sintam que são afetados pelas opiniões dos governados, e vice-versa.

<sup>42</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 77.

<sup>43</sup> URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014, p. 77.

### 3 FERNANDO ÁTRIA – A FORMA JURÍDICA NA DEMOCRACIA

Fernando Átria está focalizado em outras questões, em seu livro *La forma del Derecho*. Como ele mesmo refere, é um livro que trata do “direito e suas formas”, mas que responde, a partir de outra ótica, a problematização deste trabalho. Seu objetivo é vencer um paradigma comum na ciência do direito: aquele que rejeita o formalismo, isto é, aquele que, em sua versão moderna, rejeita uma compreensão do direito que entende que suas formas são a chave de sua inteligibilidade<sup>44</sup>.

O autor desenvolve uma teoria institucional, que pretende se afastar do viés puramente conceitual do Direito que foi desenvolvido pela maioria dos positivistas do último século. Para isso, faz uma investigação não só do Direito, mas também da política e das instituições, integrando sua teoria às formas atuais em que o Direito existe.

Toda forma é inteligível como a formalização de algo informe. Ao dar forma ao que é informe, o direito se faz provável<sup>45</sup>. É assim, por exemplo, no direito tributário. É improvável que as taxações ocorram conforme uma ideia pré-institucional de capacidade contributiva; o provável é que tal ideia seja ignorada. Com a formalização de leis que respeitem a capacidade contributiva dos contribuintes, a ideia pré-institucional de capacidade contributiva se faz provável. <sup>46</sup>Em razão de como se deu a evolução da ciência jurídica, operadores do direito acreditam que suas formas são prescindíveis, e apenas a materialidade, ou o conteúdo dessas formas é o que importa. Este é o erro que Átria pretende corrigir. Pretende mostrar que a hostilidade contra o Direito não deve ser contra o direito, e sim contra ideias mortas.

Semelhantemente à Urbinati, Átria detecta uma deformação. No caso do autor, a grande ameaça ao Direito (e também à democracia), é o neoconstitucionalismo. A aberração disforme é criada justamente pela hostilidade quanto às formas do nosso Estado Democrático de Direito moderno, no momento em que a hostilidade às formas vazias é malconduzida às instituições democráticas. A autora constrói a sua argumentação contra a visão epistêmica da democracia a partir da crítica à uma visão que detecta incorretamente a função democrática <sup>47</sup> e, a partir daí, estabelece diferentes mecanismos para “o bom andamento da democracia. O autor, observando

<sup>44</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 18.

<sup>45</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 19.

<sup>46</sup> Essa noção será explicada com mais detalhes no resto da exposição de Átria.

<sup>47</sup> A visão epistêmica advoga que o objetivo da democracia é buscar resultados corretos.

desde uma ótica constitucional, critica o neoconstitucionalismo por colocar estruturas e funções em contradição a partir do Direito.

A visão neoconstitucionalista é uma visão epistêmica da democracia, que opera a partir do Direito. Uma teoria combinada dos dois autores, isto é, uma teoria que leva em conta o caráter diárquico da democracia e compreende o Direito a partir de uma ótica constitucional pode tranquilamente concluir isso, como veremos.

Para explicar a teoria institucional de Átria, a exposição será mais dividida, por serem necessários conceitos menos tradicionalmente explorados que os de Urbinati. Nas quatro primeiras seções, será trabalhada a diferenciação entre direito moderno e direito pré-moderno, bem como a será feita a comparação do neoconstitucionalismo com o direito pré-moderno, ao fim culminando com a detecção de um fenômeno conhecido como o ciclo da adjudicação. Na quinta seção, será exposto o cerne da teoria institucional, por meio de uma teoria geral sobre os conceitos jurídicos. Essas serão as seções mais propriamente referentes ao que é jurídico na obra de Átria. Na sexta até a décima seção, tratarei do que é político e constitucional: o direito como vontade do povo, as estruturas de legitimação material, a diferença do momento político e do momento jurídico, a diferença da função constitutiva e apelativa da verdade. De certa forma, essas duas primeiras partes da exposição nos darão elementos suficientes para uma crítica ao neoconstitucionalismo, e para a caracterização do neoconstitucionalismo como uma visão epistêmica da democracia. As três últimas sessões são referentes a fatores justificantes da teoria que embasa essa crítica. Para que seja possível aceitar uma teoria institucional do Direito, e para que as nossas estruturas democráticas estejam legitimadas, é necessário entender que essas estruturas significam imperfeitamente. O *gap* entre estrutura e função que existe para um instituto é compensado pela dimensão antecipatória, pós-institucional, assim como o povo, que pode ser apreendido por meio de teologia negativa.

### 3.1 POSITIVISMO E DIREITO NATURAL

Os autores positivistas, principalmente nos últimos séculos, debruçaram-se sobre uma infértil discussão acerca de Direito e Moral; o que, sob o prisma de uma teoria institucional, não é um problema que deveria ter tanta importância.

A versão inglesa do positivismo jurídico nasceu com Bentham, como uma crítica do Direito subjacente à *common law*<sup>48</sup>. Isso se dava porque Bentham observava o *common law* a partir de uma concepção moderna do Direito, que se insurgia contra o Direito Natural.<sup>49</sup> A versão americana acrescenta alguns detalhes, que os revolucionários estadunidenses referiram na revolução de 1776: que os seres humanos estavam naturalmente dotados de direitos, mas que eram vulneráveis. Portanto, a proteção desses direitos necessitava de governos que detivessem tais direitos. Essa unidade política constituída não seria natural, e sim artificial. Foi constituída a partir de uma declaração, um ato, cujo sentido era mudar o mundo ao dizer que o mundo foi mudado. Tal unidade possui uma finalidade externa a ela: a salvaguarda de certos direitos inalienáveis, que é o sentido da constituição do governo<sup>50</sup>.

Porém, a revolução estadunidense não continha uma ideia central para os dias de hoje: a de que o direito é a vontade do povo<sup>51</sup>. Os revolucionários apenas exigiam a proteção de direitos que já estavam dados. Para acontecer a mudança de paradigma, seria necessário esperar até a Revolução Francesa:

É esse o ponto decisivo em que a Revolução Francesa se aparta do modelo americano e do qual vão resultar dois sistemas jurídicos completamente diferentes. A grande operação de instaurar um poder democrático tem como objeto próprio, ainda que hoje seja surpreendente, justamente construir essa vontade geral e fazer possível que a mesma se dirija a criação dessas salvíficas leis que produzirão a restituição da liberdade absoluta do homem, acorrentado mais por sua ignorância do que por malvados opressores. (Tradução livre)<sup>52</sup>

A lei em sentido moderno é, portanto, uma declaração de vontade que manda, proíbe ou permite<sup>53</sup>. Em outras palavras, uma norma que manifesta a vontade de alguém chamado

---

<sup>48</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 49.

<sup>49</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 49-50.

<sup>50</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 49.

<sup>51</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 50.

<sup>52</sup> Enterría de, GARCÍA, **La democracia y el lugar de la ley, en El Derecho, la Ley y el Juez**. Dos estudios, Madrid: Civitas, 1997, p.31, *apud* ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 51.

<sup>53</sup> Ressalve-se que o autor não pretende dividir o direito pré-moderno e o moderno a partir da revolução francesa. Tal passagem não é uma evolução progressiva, mas um marco de estudo no qual as mudanças de paradigma se solidificam.

soberano. A lei, tal como a esfera política, é artificial, não natural<sup>54</sup>. Uma lei não é válida porque é razoável, e sim porque é expressão da vontade, do querer do soberano (*autorictas, non veritas, facit legem*). A legislação, então, não vale por sua racionalidade intrínseca; vale porque o direito moderno é direito positivo<sup>55</sup>.

O Direito moderno se entendia não como razão, mas como vontade. Ou seja, a partir de uma declaração de vontade, o Direito cria a regra<sup>56</sup>, contrastando com o Direito Natural, em que o Direito é o que define a regra<sup>57</sup>:

Regula est, quae rem quae est breuiter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur breuis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo uitata est, perdit officium suum (D. 50.17.1: uma regra é algo que brevemente descreve como uma coisa é. O Direito não deriva de uma regra, senão a regra surge do Direito como é. É como se mediante uma regra recebêssemos uma descrição resumida das coisas, como disse SABINO, é como a causae coniectio, que perde sua força quando torna-se defeituosa em algum sentido.<sup>58</sup> (Tradução livre)

Para entender melhor, cabe entender um sentido que regra que é capitulado por Rawls, o de regras como resumos:

Alguém supõe que cada pessoa decide o que faria em casos particulares por aplicação do princípio utilitarista. Supõe que diferentes pessoas decidirão do mesmo modo o mesmo caso particular e que casos como os já decididos são “resumos”. Então ocorrerá que em casos de certas características a mesma decisão terá que ser tomada pela mesma pessoa em momentos distintos ou por diferentes pessoas ao mesmo tempo. Se um caso ocorre de modo suficientemente frequente, se supõe que se formula uma regra que cobre casos desse tipo. Chamo essa concepção “visão sumária” porque as regras como resumos são entendidas como resumos de decisões passadas, para chegar as quais o princípio utilitarista foi diretamente aplicado aos casos particulares. As regras se consideram como informes de que certos tipos de casos foram resolvidos apropriadamente de certa maneira, sobre outras bases.<sup>59</sup> (Tradução livre)

Nessa concepção as regras carecem de normatividade: não impõem nenhuma obrigação, já que a obrigação se deve ao princípio fundamental e não a uma regra. Átria utiliza como um exemplo de Direito, nessa concepção, “viver honestamente, não prejudicar outros e dar a cada

<sup>54</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 52.

<sup>55</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 52.

<sup>56</sup> E por isso era considerado artificial

<sup>57</sup> Nesse sentido, uma regra não é uma norma, e sim uma proposição normativa e, por isso, pode ser falsa.

<sup>58</sup> SABINO D. 50.17.1 *apud* ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 56.

<sup>59</sup> RAWLS, 1955, **Two Concepts of Rules, en Philosophical Review**, p.19, *apud* ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 57.



um o seu”. Então uma regra, como a que diga que “sendo nulo um legado na hipótese de que o testador morresse no momento em que o testamento estivesse sendo feito, então aquele legado não terá validade, seja quando for que o testador morra”, não é Direito, e apenas flui da concepção supracitada, como um precipitado de experiências passadas, que facilitam a determinação da validade ou invalidade de um legado<sup>60</sup>. Isso leva a conclusão que as regras melhoram com o tempo<sup>61</sup>. Assim é que, na concepção de POCOCK, uma norma consuetudinária não se prova com sua verificação racional, senão com o simples fato de que se mantém em uso<sup>62</sup>.

Essa é a maneira que o Parlamento era entendido para o Direito pré-moderno. É possível que o Parlamento erre, no mesmo sentido que uma decisão judicial pode errar se não reflete ou não é uma correta determinação das leis aplicáveis<sup>63</sup>. Porém, por razões institucionais, as decisões do Parlamento não eram revisadas, pois nenhuma instituição poderia possuir esse poder. Se dizia que o Parlamento, através da common law, produzia uma “razão artificial” do Direito<sup>64</sup>.

Nessa recapitulação, o nascimento do positivismo jurídico se deu enfatizando a ideia de que o Direito era um produto humano, e, portanto, um instrumento da política. A doutrina negava a existência de uma razão artificial especial do Direito, insurgindo-se contra tal arbitrariedade<sup>65</sup>. O ponto central do positivismo, assim, era criar um ethos de respeito à autoridade do direito legislado enquanto legislado<sup>66</sup>.

<sup>60</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 58.

<sup>61</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 58.

<sup>62</sup> POCOCK, **The Machiavellian Moment**, Florentine political thought and the Atlantic republican tradition, Princeton, NJ: Princeton University Press, p.16, *apud* ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 60-61.

<sup>63</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 62.

<sup>64</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 62.

<sup>65</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 65.

<sup>66</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 66.

### 3.2 NEOCONSTITUCIONALISMO COMO DIREITO PRÉ-MODERNO

Neoconstitucionalismo, segundo Átria, é um fantasma que percorre a Europa, para o qual os poderes da cultura jurídica europeia entraram em uma Santa Aliança para defesa e exportação”<sup>67</sup>.

O neoconstitucionalismo se nega a aceitar a ideia moderna de que o Direito é vontade. É uma corrente de pensamento que enfatiza o surgimento de uma diferente compreensão da dignidade da legislação e sua relação com a constituição<sup>68</sup>. O direito neoconstitucionalista inclui normas constitucionais redigidas em termos amplos que se referem a princípios morais e enfatiza que esses princípios constitucionais são normas diretamente aplicáveis; princípios esses que, segundo o mesmo neoconstitucionalismo, devem ser ainda interpretados à luz de um processo de ponderação e balanceio em substituição ao de subsunção simples. Isso leva a uma concepção de Direito guiada por um pluralismo de princípios, e uma ciência do Direito líquida e flexível<sup>69</sup>. Nesse prisma, os juízes e a ciência do direito não são mais servos da lei, senão que possuem um *dever mais fundamental com a constituição*<sup>70</sup>.

Átria afirma que neoconstitucionalismo é Direito pré-moderno, que, assim como referido, é “arbitrariedade até a perfeição”. A afirmação é verossímil porque a constituição neoconstitucional é material: vale porque é substancialmente correta, e não porque é produzida a partir de um determinado procedimento<sup>71</sup>. Portanto, a Constituição não possui normas que proíbem, ordenem ou permitem, e sim um conteúdo substancial que o juiz deve aplicar, e, quando as expressões contidas formalmente na constituição sejam más descrições, não terão valor<sup>72</sup>: serão descrições falsas<sup>73</sup>. Como referido na seção anterior, a lógica constitucionalista funciona como se “regras como resumos” fossem extraídas de uma Constituição material,

<sup>67</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 67.

<sup>68</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 67.

<sup>69</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 68.

<sup>70</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 68.

<sup>71</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 70.

<sup>72</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 70.

<sup>73</sup> Conforme visto na seção 3.1.

porque, nessa concepção, as disposições constitucionais fluem da constituição, um tipo de substrato fundamental que cabe aos juízes decodificar.

### 3.3 O “FORMALISMO” DO DIREITO MODERNO

Para diferenciar adequadamente o momento jurídico do momento político, uma discussão que farei mais à frente, cabe desmitificar uma falsa ideia presente na academia: o que aponta que os “formalistas” do século XVIII e XIX, como Montesquieu e Savigny, ignoravam a existência de lacunas ou de textura aberta.

#### 3.3.1 Expressão imprópria e expressão indeterminada

Savigny distingue duas expressões, tratando do problema de interpretação das leis, a expressão indeterminada e a expressão imprópria.

Na expressão indeterminada, a expressão do legislador não é suficiente para comunicar sua vontade, tendo o caráter de um discurso interrompido, que deixa o seu sentido suspenso. Na expressão imprópria, o conteúdo da lei, aplicado a um caso concreto, contradiz o seu pensamento. Savigny ainda afirma que, em vista dessa contradição, a palavra deve se subordinar ao pensamento, por ser aquela o meio desse<sup>74</sup>.

As maiores críticas do folclore acadêmico, podemos ver, acusam Montesquieu e Savigny de não se importar com as expressões indeterminadas:

Não vê ou finge não ver que os termos gerais desta regra são suscetíveis de diferentes interpretações e que há possibilidade de escolher sem estar controlado por convenções linguísticas. Ignora, ou é cego ao fato de estar em uma área de penumbra e que não pode tratar o caso como um caso comum. (Tradução livre)<sup>75</sup>

É importante enfatizar que, nem para Montesquieu e nem para Savigny, a possibilidade de leis de expressão indeterminada era um problema sério<sup>76</sup>. A explicação tradicional, ensinada nas Universidades, para isso é que tais autores possuíam a crença em um Direito “perfeito”.

<sup>74</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 118.

<sup>75</sup> HART, **Positivism and the separation between law and morals**, en DWORKIN, R., **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Oxford: Clarendon Press; ed. orig., 1983, p.67, *apud* ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 119.

<sup>76</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 119.

Porém, na realidade, a explicação é muito mais simples: que a indeterminação poderia ser formalmente detectada e corrigida, ainda que não fizesse parte de funções típicas do judiciário.

Ocorreu uma clara perda de objeto na discussão, que Átria explica pela mudança de visão da tradição positivista, que deixou de observar o Direito a partir de uma ótica institucional e passou a observá-lo a partir de uma ótica teórica. Uma ótica institucional tem como ponto de referência a pergunta pelas condições de estabilidade de uma prática jurídica que responde a uma compreensão moderna do Direito. Uma ótica teórica, por sua vez, toma essa ótica institucional como dada e pretende descrevê-la de modo valorativamente neutro<sup>77</sup>. A neutralidade valorativa dessa descrição implica que a expressão imprópria deve ser ignorada, porque, nessa ótica, só haverá uma objeção político-jurídica ao Direito procedimentalmente validado, como observou KELSEN<sup>78</sup>. Assim, só haveria a expressão indeterminada, e chegaríamos a uma posição como a de HART, que entende que o formalista é aquele que nega a textura aberta das regras<sup>79</sup>.

Esse é um ponto-chave da teoria atriana e uma de suas considerações mais importantes: a de que a teoria do direito não pode assumir uma posição puramente teórica, e deve entender-se a partir de uma ótica institucional. Isso é importante porque a dimensão institucional é independente da dimensão conceitual pelo fato de que nem tudo que pode ser identificado e tematizado conceitualmente pode ser assim feito institucionalmente<sup>80</sup>. De certa forma, a lição que pode ser extraída é que a sujeição do juiz à lei era necessária não porque, e sim apesar de que a lei não poderia prever todos os casos. A razão para isso é institucional<sup>81</sup>: tratava-se de dar forma a ideia de que o Direito vale como declaração de vontade, e não razão<sup>82</sup>.

O problema que preocupava autores como Montesquieu, na gênese do Direito Moderno, era criar instituições que assegurassem a sujeição do juiz à lei, levando em conta que: a) a lei não pode prever todas as situações e desse modo dar resposta adequada a cada caso de

<sup>77</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 123.

<sup>78</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 123.

<sup>79</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 123.

<sup>80</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 124.

<sup>81</sup> Nas próximas seções poderemos dizer que a forma é uma tentativa de fazer a substância se tornar provável, e que os positivistas do último século entenderam os conceitos jurídicos apenas como estrutura.

<sup>82</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 124.

aplicação; e b) a autocompreensão tradicional da função judicial era tal que fazia provável que dar ao juiz o poder para adequar a expressão da lei somente reforçou a ideia pré-moderna que o dever do juiz não é decidir conforme ela, senão fazer justiça<sup>83</sup>.

O jurista contemporâneo que critica a ingenuidade da teoria da “completude da lei”, toma como dado o fato da distinção entre legislador e juiz, como se tal fosse um fato da estrutura básica do direito, e não algo institucionalmente produzido<sup>84</sup>.

### 3.4 O CICLO DA ADJUDICAÇÃO

Segundo POSTEMA, a contradição do common law é que ele não pode prover um equilíbrio sustentável entre a necessidade de regras e a necessidade de deixar abertas questões que só podem ser resolvidas quando surjam. Assim, o common law estaria condenado a oscilar, como um pêndulo, entre arbitrariedade e rigidez, formando um ciclo de três etapas<sup>85</sup>.

Na primeira etapa, caracterizada por decisões judiciais não solidificadas, cada juiz decide de acordo com suas apreciações. Como não existe regra de precedentes, as decisões judiciais não podem começar a servir o fim da segurança jurídica, função básica do direito<sup>86</sup>. Em reação à primeira etapa, a segunda começa com a solidificação das decisões, com regras de *stare decisis*, no qual as decisões judiciais são vinculantes para os juízes atuais<sup>87</sup>. Porém, no endurecimento dessas decisões, juízes e advogados acabam fazendo “parcialmente o mal”, e causando injustiças em alguns casos, provocando uma “dureza de coração”, nas palavras de Bentham<sup>88</sup>. A terceira etapa começa quando o povo, cansado da injustiça promovida por regras de *stare decisis*, exerce pressão suficiente para que se volte à situação original, mas com um

<sup>83</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 125.

<sup>84</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 125.

<sup>85</sup> POSTEMA, G., Bentham and the Common Law tradition, Oxford: Clarendon Press. pp. 279-280, *apud* ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 104.

<sup>86</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 105.

<sup>87</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 105.

<sup>88</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 106.

agravante: agora o sistema não é mais arbitrário, e sim arbitrário até a perfeição, porque agora o juiz pode beber tanto da fonte do *stare decisis* quanto da fonte da discricionariedade<sup>89</sup>.

Bentham acreditava que esse ciclo tinha solução, e o problema era o *common law*. O direito positivo a partir da codificação solucionaria o problema, porque as regras legisladas podem ser “suficientemente amplas em alcance” e “suficientemente precisas em sua formulação”<sup>90</sup>.

Veremos que o neoconstitucionalismo é um tipo de doutrina que, ainda que aplicável ao direito positivo, se beneficia da terceira etapa do ciclo da adjudicação. Isso não quer dizer, necessariamente, que Bentham esteja equivocado. O pensamento benthaniano se apoiava num pensamento institucional que, para grande parte dos positivistas, é desprezado em prol de uma ótica teórica. Para desfazer esse erro positivista, do qual o neoconstitucionalista se aproveita, é necessário entender as relações entre forma e estrutura.

### 3.5 FORMA E ESTRUTURA

#### 3.5.1 Conceitos estruturais, nominais e funcionais

Átria retoma a classificação de Moore, para o qual existem classes de três tipos: naturais, nominais e funcionais. Uma classe é estrutural quando seus elementos compartilham a mesma natureza<sup>91</sup>. O exemplo de Moore é a água, que se define por uma determinada estrutura molecular. Em segundo lugar, há classes que são nominais, o que quer dizer que seus elementos não compartilham características adicionais senão o nome<sup>92</sup>. Por último, as classes funcionais são as que seus elementos compartilham uma função<sup>93</sup>; o exemplo de Moore é o estômago:

<sup>89</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 106.

<sup>90</sup> BENTHAM, J. **Justice and Codification Petitions**, Edinburgh: William Tait; ed. orig., 1827, p.430, *apud* ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 108.

<sup>91</sup> MOORE, **Educating Oneself in Public: Critical essays in jurisprudence**, Oxford: Oxford University Press, 2000, p.294 *apud* ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 136.

<sup>92</sup> MOORE, **Educating Oneself in Public: Critical essays in jurisprudence**, Oxford: Oxford University Press, 2000, p.294 *apud* ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 136.

<sup>93</sup> MOORE, **Educating Oneself in Public: Critical essays in jurisprudence**, Oxford: Oxford University Press, 2000, p.294 *apud* ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 136.

qualquer coisa que cumpra a função de processar comida é um estômago, independentemente de sua estrutura.

Átria, porém, faz a classificação de forma diferente, apenas com duas classes: a natural e a nominal. A diferença é que, nas classes naturais, o elemento pode ser estrutural (formal) ou funcional (substancial), mas os significados das classes se mantêm como na classificação de Moore. Essa diferenciação ajuda enquanto aproxima as classes estruturais e funcionais, o que é necessário para uma compreensão dos conceitos jurídicos.

Em relação aos conceitos jurídicos, para Capelletti, conceitos como “direito penal” eram estruturais, por não serem definidos pelas funções que cumprem<sup>94</sup>. Porém, tal afirmação é falsa, porquanto uma caracterização estrutural precisa cumprir, ao menos, o requisito de ser suficientemente individuada para não se confundir com outras. O requisito da individuação não se verifica no caso de um conceito como “Direito Penal”, se o definirmos como um conjunto de regras que especifica as condições de aplicação da pena. Se o conceito de Direito Penal fosse estrutural, inviduado por uma estrutura “abc”, o mesmo deveria ser dito da pena. O problema é que há entidades indistinguíveis da pena em sua forma, mas que são, mesmo assim, indistinguíveis caso não haja atribuição funcional, como a multa e o imposto<sup>95</sup>. Obviamente, no caso, não diríamos que uma multa é uma pena; se disséssemos seria sob *pena* de tornar o conceito inútil para forçar uma individuação sem sentido.

Não é que não existam conceitos puramente estruturais. A água é o exemplo, por excelência, de um elemento propriamente estrutural, definido por suas propriedades únicas. Isso ocorre porque a água tem uma existência anterior às nossas teorias sobre a água, diferentemente dos conceitos institucionais<sup>96</sup>.

Não seria demasiadamente ousado acrescentar que a água, além de anterior às nossas teorias, possui diversas funções e não parece estar ligada a um propósito (como o estômago), ou o Direito Penal. A função deve estar ligada a um fim, e a finalidade da água não é algo caracterizável cientificamente, salvo parta-se da existência de um Deus criador que disponibilizou a água unicamente para saciar a nossa sede, ou assemelhados<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> CAPELETTI, M. **The Judicial process in Comparative Perspective**, Oxford: Oxford University Press, 1989, pp.31-32, *apud* ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 137

<sup>95</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 139.

<sup>96</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 142.

<sup>97</sup> Mesmo assim, estaríamos atribuindo uma função a uma estrutura particular. Essa estrutura não é um construto humano

No fim, a tentativa de transformar conceitos jurídicos em estruturais recai em um de dois becos sem saída: ou as propriedades abc definem um instituto porque sempre o entendemos assim, e, então, é um conceito nominal, porque compartilha apenas o nome com institutos assim chamados; ou porque tais propriedades guardam relação com uma função que analisam, e, portanto, é um conceito funcional<sup>98</sup>.

### 3.5.2 Estrutura e função dos conceitos jurídicos

Não existem conceitos jurídicos que são *estruturais em definitivo*. Essa expressão do autor é de grande importância e embasa toda a sua teoria do Direito.

Lei, por exemplo, é um conceito funcional. Um conceito funcional de lei (norma geral e abstrata que vai ao encontro do interesse de todos), se manifesta em uma estrutura (processo legislativo)<sup>99</sup>. A lei não deixa de ser um conceito funcional, mas é identificado porque se manifesta em uma estrutura<sup>100</sup>: para saber quais as condições de um ilícito, não é relevante o que vai de encontro ao interesse de todos, mas sim o que o legislador decidiu através de um determinado procedimento<sup>101</sup>. Em outras palavras, a autonomia do conceito estrutural em respeito ao conceito funcional de lei é consequência de que o Direito é um sistema normativo institucionalizado. E a institucionalização supõe conceitos estruturais e distribuições de competências<sup>102</sup>.

A importante conclusão é que a função do Direito, nos casos mais relevantes, se cumpre por uma estrutura que é identificada por referência a uma função, estrutura que, em sua operação, é cega a essa função<sup>103</sup>. Mas, em definitivo, o conceito é funcional. Algo é jurisdicional justamente porque desempenha uma função jurisdicional. A estrutura facilita o

<sup>98</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 142.

<sup>99</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 147.

<sup>100</sup> Da mesma forma, se uma água artificial fosse produzida, seria para cumprir uma função. Para cumprir essa função, ela teria a sua estrutura desenhada de modo que tornasse provável cumprir essa função. Portanto, água artificial seria um conceito funcional mediado por uma estrutura.

<sup>101</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 147.

<sup>102</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 147-148.

<sup>103</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 148.



desempenho dessa função, e serve como critério de individuação<sup>104</sup>. O que resta de funcional em um conceito *funcional em definitivo* é a ideia de que a estrutura está subordinada a uma função. Porém, essa ideia não é transitiva<sup>105</sup>. Se uma função identifica uma estrutura, e uma estrutura identifica os elementos “abc”, não significa que a função identifica “abc”. A estrutura é racionalmente dependente, ou seja, em seus próprios termos é arbitrária e irracional, mas operativamente autônoma da função<sup>106</sup>.

### 3.5.3 Teoria geral dos conceitos jurídicos

Uma explicação de um conceito jurídico é uma especificação de:

a) uma ideia pré-institucionalmente identificável, cujo desempenho é naturalmente improvável (por exemplo, é improvável que a organização natural da sociedade, sem Direito, desempenhe a função de promover a paz, ou a liberdade); b) as razões pelas quais esse desempenho é naturalmente improvável; c) o modo em que uma estrutura neutraliza ou compensa as causas dessa improbabilidade identificada em “b)” e, assim, faz provável o desempenho da ideia pré-institucional identificada em “a)”.<sup>107</sup> (Tradução livre)

Átria utiliza, para provar essa teoria, o conceito de “contrato”.

Por que o Direito reconhece como obrigatórios os contratos? Uma resposta possível é: porque são intercâmbios justos. O Direito Contratual, visto dessa perspectiva, é uma forma institucional para identificar intercâmbios justos. Um intercâmbio é justo quando as prestações são suficientemente equivalentes entre si.<sup>108</sup> (Tradução livre)

Mas esse contrato não pode ser identificável a partir de sua função. Um intercâmbio justo é algo demasiadamente aberto ao julgamento. Por isso, a estrutura do contrato segue algumas regras formais (no caso brasileiro, previstos no Código Civil e demais fontes normativas), que diminuem essa janela de julgamento. Partes capazes, inexistência de vícios e inexistência de proibição em lei são alguns dos casos previstos na lei brasileira. Assim, diz-se que a estrutura *faz (ou torna) provável* uma função. Ela não faz com que a função seja

<sup>104</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 148-149.

<sup>105</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 149.

<sup>106</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 149

<sup>107</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 154

<sup>108</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 155

automaticamente ou perfeitamente desempenhada, como se os elementos do contrato fossem imediatamente identificáveis a partir da função, mas a sua existência existe na medida que torna provável essa função.

O neoconstitucionalista poderia acreditar que um contrato é injusto, se confrontado com a materialidade constitucional. Certamente o advogado pré-moderno<sup>109</sup> poderia pensar que tal contrato é constitucionalmente injusto, e entender que um específico caso necessita de um ajuste de constitucionalidade, de acordo com certa concepção constitucional. Mas isso é incompatível com a existência do Direito de Contratos, que estabelece as formas pelas quais um contrato é ou não inválido e pode ser licitamente descumprido<sup>110</sup>.

### 3.6 O DIREITO COMO VONTADE DO POVO

A ideia de lei como vontade do povo não se manifesta apenas na lei, senão como fundamento de todo poder público<sup>111</sup>. Como sustenta Ernest-Wolfgang BÖCKENFÖRDE:

O princípio de soberania do povo se apoia em duas ideias: na ideia de que o poder que exerce o domínio político (...) não é algo que está dado ou há de se supor, senão que é algo que necessita ser deduzido mediante uma justificação (legítima); e a ideia de que essa legitimação só pode partir do povo e não de qualquer instância alheia a ele. A ordenação da vida em comum de um povo tem que poder retroagir ao reconhecimento daqueles que vivem sob ela, precisa ser a expressão da liberdade e autodeterminação do Povo (...) que todo exercício de poder público deve ser reconduzível ao povo implica que dito exercício deve ser parte de uma “cadeia ininterrupta de legitimidade”. (Tradução livre)<sup>112</sup>

Assim, a pretensão não é que a lei seja a vontade do povo, senão que toda forma de poder que exerce o domínio político seja reconduzível ao povo, porque o povo é a única fonte de normatividade<sup>113</sup>.

Átria distingue duas cadeias de legitimação, a partir de três de Böckenförde. Em primeiro lugar, a legitimação orgânico-pessoal, que consiste que os cargos públicos que a gestão dos assuntos estatais tem mandato devem repousar sobre uma cadeira de legitimação

<sup>109</sup> O neoconstitucionalista é o pré-moderno da terceira fase do ciclo de adjudicação, arbitrário até a perfeição.

<sup>110</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 156.

<sup>111</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 170.

<sup>112</sup> BÖCKENFÖRDE, E-W. **La democracia como principio constitucional, en Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**, Madrid: Trotta; ed. orig., 1991, 2000, p.48, *apud* ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 170.

<sup>113</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 170.

ininterrupta que deve retroagir ao povo<sup>114</sup>. Essa é a forma mais comum de legitimação, e que engana justamente por nos fazer pensar que é a única necessária. A cadeia de legitimação menos conhecida, porém, é a cadeia de legitimação material<sup>115</sup>, cujo sentido é assegurar que, pelo que se refere ao seu conteúdo, o exercício do poder do Estado deriva do povo ou se concilia com a vontade do povo, e que desta forma se garante o exercício do poder de Estado pelo povo<sup>116</sup>.

### 3.6.1 O que quer o povo?

A ideia de que a lei é a vontade do soberano, unida à tese adicional de que o povo é soberano é central na teoria democrática<sup>117</sup>. O que faz com que o povo seja um povo é o fato de que possua uma vontade.

Isso nos deixa com um problema. Como identificar a vontade do povo?

Átria recapitula o golpe de Pinochet no Chile, ocorrido em 1973. Salvador Allende possuía legitimação orgânica, pois havia sido democraticamente eleito. Os militares golpistas, porém, entenderam que o governo de Allende não possuiria legitimidade material:

As Forças Armadas assumiram o dever moral que a Pátria a impõe, de destruir o governo que, ainda que inicialmente legítimo, descambou em flagrante ilegitimidade, assumindo o poder apenas pelo lapso exigido pelas circunstâncias, apoiado pela evidência do sentir da grande maioria nacional.<sup>118</sup>

Entender o que o povo de fato queria, nesse momento, para Átria, é uma decisão que envolve tomar partido. Isso porque Allende também reclamava estar ao lado do povo:

Têm a força, podem avassalar-nos, mas não se detêm os processos sociais nem com o crime, nem com a força (...) Neste momento definitivo, o último em que eu posso

<sup>114</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 171.

<sup>115</sup> A legitimação material tem uma função importante: localizar corretamente a regra da maioria, nunca no começo, e sim ao final, pois a decisão por um processo de maioria é o final de um processo de discussão em um contexto no qual os participantes alegam que distintas posições são as que vão ao interesse de todos, ou melhor, são a vontade do povo. Colocar a regra da maioria antes disso seria entendê-la como um critério de correção (do que é correto), portanto, epistêmico: ou seja, é correto o que a maioria quer, porque a maioria quer. Colocá-la ao final é entendê-la como regra de decisão, deixando o critério de correção como o que vai ao encontro do interesse de todos. É através da discussão que podemos clarificar nossas posições e entender o que é o interesse de todos. Evidentemente, o critério de correção não pode funcionar como regra decisória, porque suporia que não existirá desacordo (ÁTRIA 2016, p.173).

<sup>116</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 172.

<sup>117</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 177.

<sup>118</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 181.

dirigir-me a vocês, quero que aproveitem a lição: o capital estrangeiro, o imperialismo, unidos a reação, criou o clima para que as Forças Armadas rompessem a sua tradição, a que lhes ensinou o general Schneider e reafirmou o comandante Araya, vítimas do mesmo setor social que hoje estará em sua casa esperando com mão alheia reconquistar o poder para seguir defendendo suas fazendas e seus privilégios (Tradução livre).<sup>119</sup>

De certa maneira, as pretensões são perfeitamente simétricas: ambas reclamam atuar em nome do povo, que a sua pretensão é genuína e a do outro um mero disfarce para exercer a vontade de facções<sup>120</sup>. Politicamente falando, se eu digo que a verdade está com Allende somente quero dizer que eu estou do lado de Allende. É um conflito puramente substantivo, que não pode ser solucionado por procedimento algum. Não há diferença entre uma pessoa expressar o que o povo realmente quer e tomar partido<sup>121</sup>. Esse é o motivo pelo qual a lei necessita ser estruturalmente mediada. Quando a questão se torna disputa substancial, o conflito político não tem forma de ser resolvido senão alcançando seu grau máximo de intensidade, o da distinção amigo/inimigo<sup>122</sup>.

Há uma improbabilidade, portanto, que é que a controvérsia política se resolva sem recorrer ao recurso de calar, subjugar e, se necessário, de matar o outro. Este é o sentido da forma, da estrutura legislativa: permitir a identificação imparcial da vontade do povo.

### 3.7 ESTRUTURAS DE LEGITIMAÇÃO MATERIAL – PRINCÍPIO COMISSARIAL E DA INDEPENDÊNCIA

Átria compara os poderes executivos e judiciário, para mostrar a oposição necessária de tais, e erige dois princípios, o princípio de independência e o princípio comissarial. Ele nota que as duas estruturas são não apenas diferentes, mas quase opostas quanto ao funcionamento na maioria das democracias modernas.

Tradicionalmente, os funcionários da Administração Pública não possuem independência nem inamovibilidade. Ao contrário, o presidente é seu chefe e está habilitado a trocar seu quadro conforme conveniência (ao menos para os cargos de confiança, no Brasil) A

<sup>119</sup> ALLENDE, S., **Discursos escogidos**, Santiago: Ediciones Biblioteca Clodomiro Almeyda del Partido Socialista de Chile 2013, pp. 161-162, Salvador *apud* ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 182.

<sup>120</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 182.

<sup>121</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 182-183.

<sup>122</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 183.

avocação é a regra geral<sup>123</sup>. Os juízes, ao contrário, não são de exclusiva confiança de ninguém, mas são inamovíveis. A avocação é proibida, em respeito aos princípios da independência judicial e do juiz natural, e eles não ocupam uma posição de “chefe de serviço”<sup>124</sup>.

Os modos de legitimação material jurisdicional e da administração são distintos. O fim da Administração é o interesse geral, mas o que de fato um órgão cuja função é o interesse geral não pode ser previsto e antecipado pela lei<sup>125</sup>.

Perseguir o interesse geral através da ação de órgãos do Estado obriga esses órgãos a formular políticas e programas, a desenvolver planos de ação que, para serem eficazes, devem tomar em consideração as circunstâncias concretas da ação e do conhecimento disponível. Por isso a Administração se caracteriza por ser ordenada de modo finalista: deve fazer o que convenha ao interesse geral, dentro das circunstâncias (...) a decisão sobre que meios utilizar nas circunstâncias não pode ser legitimada materialmente por vinculação concreta à lei. Deve ser legitimada mediante uma estrutura que permita entender que a ação do funcionário inferior é a execução de programas ou instruções dadas pelo funcionário superior, que retém, por isso, responsabilidade por sua formulação e execução<sup>126</sup> (Tradução livre)

Portanto, a Administração é organizada de forma a perseguir o seu fim: age por conveniência e oportunidade em situações não concretamente identificadas pela lei num sistema hierárquico de mandante/mandatário ou de responsabilidade/dependência. Em outras palavras, age dentro da lei quando não ultrapassa seus limites e faz o que a lei habilita.<sup>127</sup> É claro que a estrutura da Administração é mais complexa do que essa simplificação; porém, esses fatores retratam muito bem funções típicas da maioria das Administrações pelo mundo, e evidenciam o que chamamos de princípio comissarial.

Em outra ponta, temos o Poder Judiciário. Os tribunais estão vinculados à lei de um modo muito mais intenso do que a Administração<sup>128</sup>. Para os tribunais, a lei aparece como determinando “o que” e “como” fazer. Por isso, os tribunais são independentes. A maneira em que o conteúdo de suas decisões se legitima é mostrando que o conteúdo de suas decisões está determinado pela lei, que é ditado mediante um procedimento que *torna provável* sua

<sup>123</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 190.

<sup>124</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 190.

<sup>125</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 192.

<sup>126</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 192.

<sup>127</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 198.

<sup>128</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 199.

legitimação material. Sua legitimação está desvinculada do mecanismo representativo e centrada exclusivamente na autoridade da realização objetiva do Direito<sup>129</sup>. Se o princípio da Administração é o comissarial, o princípio da estrutura jurisdicional é o princípio da independência<sup>130</sup>.

Isso não quer dizer que o juiz é um aplicador mecânico da lei. Se assim fosse, a função judicial se confundiria com a função legislativa. Ele deve atuar também sobre as expressões indeterminadas, completando seu sentido, e sobre as expressões impróprias<sup>131</sup>, moderando sua aplicação. Por mais que atue com discricção, não pode ser da mesma forma que a administração, porque deve seguir *a melhor interpretação do direito vigente* para isso<sup>132</sup>. Aliás, nem mesmo aplica a lei quem aplica mecanicamente. Já foi mencionado que nem Montesquieu e nem Savigny consideravam as expressões indeterminadas como um grande problema para o Direito (aliás, consideravam que completar a expressão era função do juiz).

A aplicação de normas diz respeito a um caso particular. Para expressões impróprias, não se avalia se a lei, em abstrato, é injusta, e sim se, no caso concreto, é aplicável. O que quer dizer que circunstâncias do caso específico podem tornar inaplicável, para determinado caso, a lei abstrata.

A jurisdição se torna provável com o princípio da independência e com a negação do princípio comissarial. Para fazer provável a jurisdição, é necessário entender o que é improvável; que aquele que decide faça apenas visando “dar a cada um o que é seu” e não qualquer sorte de outros interesses. Os juízes não podem ser como funcionários de uma organização, e esse é o sentido de sua independência<sup>133</sup>.

Não é o Poder Judiciário que decide um caso ou dita uma resolução, é o tribunal respectivo. O Poder Judiciário não aparece; é um Poder que não atua como tal, pois não tem agência nem autopercepção<sup>134</sup>. É um poder que é nulo, porque só assim é um poder legítimo materialmente (que torna provável que as suas decisões sejam as decisões do povo).

<sup>129</sup> PAREJO, L. **Derecho Administrativo**, Barcelona: Ariel. 2003, p. 107 *apud* ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 199.

<sup>130</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 200.

<sup>131</sup> Conforme exposto anteriormente, na classificação de SAVIGNY.

<sup>132</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 201

<sup>133</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 216

<sup>134</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 216

## 3.8 CONCEITOS CONSTITUCIONAIS COMO CONCEITOS POLÊMICOS

### 3.8.1 Conflito jurídico *versus* conflito político

O conflito jurídico, como o conflito entre comprador e vendedor, é tal que pode ser resolvido pela aplicação imparcial de normas comuns às partes<sup>135</sup>. Isso se dá porque:

as regras às quais o juiz deve recorrer para solucionar o problema não são alheias às partes; 2) o conflito surge não sobre regras abstratas, surge porque existe desacordo sobre como essas regras abstratas definem as posições relativas das partes em concreto; 3) a razão pela qual as partes estão em desacordo é, ao menos em considerável medida, que tendem a ser mais generosos com seus interesses que com os interesses alheios; 4) o juiz deve decidir o problema desde o ponto de vista jurídico, o ponto de vista das regras comuns.<sup>136</sup> (Tradução livre)

As disposições normalmente constitucionais possuem uma natureza diferente das demais disposições normativas; ao menos, as disposições dogmáticas. Elas expressam conceitos, e não concepções<sup>137</sup>, a exemplo de “dignidade da pessoa humana”. Conceitos são os que nos permitem entender o rol constitutivo dos direitos. Assim entendida, uma comunidade política se define pelo seu compromisso com certos conceitos políticos: por exemplo, dar a cada um o que é seu (justiça), tratar a todos com igual consideração (igualdade), ordenar as interações sociais de modo que cada um possa ser autor de sua biografia (liberdade)<sup>138</sup>. A consequência disso é que os conceitos não aparecem no conflito político normal: o conflito político normal é o conflito sobre como devemos entender nossos conceitos comuns, ou seja, sobre concepções<sup>139</sup>. Portanto, não é possível satisfazer duas das exigências: se são normas comuns sua aplicação imparcial não pode solucionar o conflito; se a sua aplicação imparcial pode solucionar o conflito, não são normas comuns<sup>140</sup>.

<sup>135</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 273.

<sup>136</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 273.

<sup>137</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 276.

<sup>138</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 275.

<sup>139</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 275.

<sup>140</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 276.

A tentativa de solucionar um conflito que é político pela via jurídica passa pela tentativa de transformar um conceito em concepção. Significa que o juiz deverá preencher conceitos vagos, como igualdade, com a sua própria noção de igualdade, não prevista constitucionalmente. Essa pequena regressão torna óbvio o fato de que conceitos constitucionais são polêmicos e carecem de uma concepção, diferenciando o conflito político do jurídico. Sua aplicação não pode ser puramente declarativa, como uma aplicação de regras sobre vícios de consentimento do Código Civil<sup>141</sup>.

### 3.8.2 Constituição e lógica da equivalência

Na lógica constitucionalista, a lógica da constituição na tradição democrática, a constituição marca a fronteira entre o polêmico do político e o imparcial do direito e é, por isso, em sua parte substantiva (dogmática), polêmica<sup>142</sup>. Na sua parte orgânica, a Constituição configura procedimentos de decisão para produzir a transformação do polêmico em imparcial. A lei, por sua parte, é resultado de um desses procedimentos, e por isso seu conteúdo não é polêmico<sup>143</sup>.

O neoconstitucionalista altera essa lógica, ao substituir o conceito de constituição por lei constitucional, o exemplo do que diz Dworkin: “A Constituição é, ao fim, um tipo de lei.<sup>144</sup> Porém, como bem aponta Schmitt, e explicarei adiante, esse processo renuncia por completo a significação objetiva de Constituição<sup>145</sup>.”

Uma maneira de entender melhor a questão é retratada por Ernesto Laclau. O autor afirma que a Constituição se encontra no ponto de fricção entre a “lógica da diferença” e a “lógica da equivalência” e os conceitos constitucionais são os que permitem a passagem de uma à outra<sup>146</sup>. Esse ponto é vital para a crítica neoconstitucionalista e carece de maiores explicações:

<sup>141</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 277.

<sup>142</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 279.

<sup>143</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 279.

<sup>144</sup> DWORKIN, **Law's Empire**, London: Fontana, 1986, p. 379, *apud* ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 277.

<sup>145</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 278.

<sup>146</sup> LACLAU, E. **On Populist Reason**, London: Verso, 2005, p.73, *apud* ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 280.



Pensemos em uma massa de imigrantes agrários que se instala nos bairros marginais de uma cidade industrial em desenvolvimento. Surgem problemas habitacionais, e o grupo de pessoas afetados por eles pedem às autoridades locais alguma forma de solução. Existe aqui uma demanda que, a princípio, é provavelmente só uma petição. Se a demanda é satisfeita, tudo termina aí. Mas se ela não é, então as pessoas começam a perceber que seus vizinhos têm outras demandas igualmente insatisfeitas vinculadas a problemas de saúde, educação, provisão de água potável, etc. Se a situação se mantém sem variação por algum tempo, as demandas insatisfeitas começam a se acumular e a crescente incapacidade do sistema institucional de absorvê-las de forma diferente (cada uma isolada das demais) tende a produzir uma relação de equivalência entre elas.<sup>147</sup> (Tradução livre).

O que existe, a princípio, é a demanda de um grupo, que carece de conteúdo político. O conteúdo político surge na medida que a demanda deixa de ser uma demanda particular e passa a ser uma demanda que, a partir de sua particularidade, se move em direção ao universal<sup>148</sup>. O que a princípio aparece como uma demanda por melhores condições habitacionais se transforma em uma demanda baseada no direito a uma moradia digna, e essa demanda básica se transforma em uma demanda menos diferenciada na medida que pode se unir, sob o conceito de “direitos sociais”, a demandas de outros grupos por problemas educacionais, de saúde e etc.<sup>149</sup>. E quando se trata de exigências fundadas em direitos constitucionais, quem os exige é o povo<sup>150</sup>.

Por isso as disposições constitucionais são vagas (abertas). Os direitos constitucionais estão, a princípio, sempre disponíveis para serem reinterpretados, quando mudam as condições culturais ou políticas<sup>151</sup>. É possível dizer que as nossas práticas são tais porque elas são abertas dessa forma, podendo incluir uma variedade tão extensa de concepções quanto os nossos modos de vida permitirem.

O neoconstitucionalista não aceita a questão retratada por Laclau. Como, para ele, Constituição é lei constitucional, afirma que os direitos sociais devem ser exigíveis como os direitos de compradores e vendedores<sup>152</sup>. E, ao fazê-lo, desconstitucionaliza a constituição, judicializando-a. Ignora totalmente o conteúdo do que é propriamente político.

<sup>147</sup> LACLAU, E. **On Populist Reason**, London: Verso. 2005, p. 73, *apud* ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 279-280.

<sup>148</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 280.

<sup>149</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 280.

<sup>150</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 280.

<sup>151</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 284.

<sup>152</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 280.

### 3.9 DELIBERAÇÃO E AÇÃO ESTRATÉGICA

É contraditório dizer, em primeira pessoa: creio que x (está correto), mas estou equivocando. Não posso crer ao mesmo tempo que x e ao mesmo tempo crer que seria correto pensar de modo distinto<sup>153</sup>. A democracia, porém, somente é possível na medida em que cada cidadão aceite que suas opiniões, carecem, ante as demais, de qualquer status especial: elas valem tanto como as opiniões contingentes de outros<sup>154</sup>. Por isso, o político começa quando, frente ao desacordo, os membros de uma comunidade estão dispostos a ver suas crenças desde a perspectiva de uma terceira pessoa, simplesmente como crenças que podem ou não ser corretas<sup>155</sup>. Isso não quer dizer falta de fidelidade às próprias crenças: quer dizer que entre as crenças está a de que a existência da comunidade política torna possível uma forma de vida cujo sentido não é negado pelo fato de que as decisões tomadas em seu nome sejam incorretas<sup>156</sup>, possibilitando uma *polis* democrática.

Há a possibilidade de uma posição ser tão oposta a outra que priva de sentido uma comunidade política. Aí, abrem-se as portas da guerra. Mas essas decisões são nossas, e não dos juízes, que, sobre isso, não podem pretender ser algo senão meros cidadãos<sup>157</sup>. O papel do direito é, ao máximo, reduzir a contingência, porque nossas vidas necessitam mecanismos de redução de contingência, de transformação do polêmico em comum<sup>158</sup>.

Uma pergunta que surge a partir disso é: podemos hoje entender a política como algo além de luta de facções que através da negociação e compromissos buscam se impor sobre o resto? Há sentido em falar de lei como vontade do povo, como o que vai ao interesse de todos?

<sup>153</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 343.

<sup>154</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 344.

<sup>155</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 344.

<sup>156</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 344.

<sup>157</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 344.

<sup>158</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 345.

O princípio que anima as formas institucionais de direito moderno é que, através da deliberação política, podemos identificar o que é o interesse de todos, ou melhor, qual a vontade do povo. Isso é o que se chama, propriamente, de princípio democrático<sup>159</sup>.

A deliberação depende da verdade, de certa forma. É assim porque, numa disputa de quem afirma “creio que x” contra quem afirma “creio que não-x”, não havendo verdade, somente há opiniões privadas; e isso é oposto à prática política e democrática. Porém, o reclamo do acesso privilegiado à verdade não pode ser anterior às crenças, à busca por ela, caso contrário, o erro será de um e o acerto será do outro.<sup>160</sup> Ou seja, a verdade não pode ter função apelativa<sup>161</sup>, que surge quando a referência a ela pretende substituir a necessidade do argumento<sup>162</sup>.

Em sentido contrário, a verdade deve ter uma função constitutiva para a argumentação, quando a referência a ela opera não dentro da prática argumentativa, senão como uma de suas premissas - <sup>163</sup> quando define o sentido da argumentação;

Somente práticas nas quais a verdade cumpra uma função constitutiva podem ser práticas verdadeiramente políticas. Uma prática é política nesse sentido quando supõe o igual reconhecimento do outro<sup>164</sup>.

### 3.10 O POVO COMO INSTITUCIONALIDADE

Marx observou: “como pode a democracia ser solução ao enigma de toda constituição se a democracia supõe a constituição”? Em efeito, a democracia é a ideia de que “o poder do Estado deve articular-se de modo que tanto sua organização quanto seu exercício derivem

<sup>159</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 355.

<sup>160</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 364.

<sup>161</sup> Ou seja, quando alguém afirma que uma proposição é verdadeira e utiliza isso como argumento

<sup>162</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 364.

<sup>163</sup> Que é o que impede a privatização da verdade, em última instância. A assunção de uma verdade objetiva como premissa implica que há um sentido objetivo para a nossa discussão, e cada um não tem apenas “a sua verdade”, ou o seu ponto de vista. Argumentamos porque cremos que a própria argumentação nos aproxima da verdade. No sentido de Urbinati, podemos dizer que as opiniões são “verossimilhantes”.

<sup>164</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 365.

sempre da vontade do povo ou possam ser atribuídos a ele”<sup>165</sup>. Isso resulta, porém, que parte do que deve ser atribuído ao povo são regras de imputação da vontade do povo. Isso sugere que o povo tem dois modos de ação: um institucional e outro pré-institucional.<sup>166</sup> Institucionalmente falando, povo é aquilo que se manifesta mediante a operação das normas de imputação já mencionadas: pré-institucionalmente, povo é aquele cuja vontade forma essas normas de imputação<sup>167</sup>.

Se precisamos dizer, então, que a vontade do povo é o que corresponde imputar ao povo por aplicação de certas regras de imputação, devemos ser capazes de identificar, ao menos em princípio, o que pode significar que o povo queira algo, que tenha uma vontade, em sentido pré-institucional. Aqui pareceria que teríamos que optar por uma de duas respostas<sup>168</sup>:

- 1) O povo é uma entidade física, caracterizada por alguma nota pré-política; pela raça, religião, linguagem, etc.<sup>169</sup>.
- 2) Povo é o nome que usamos para referir-nos a agregação dos indivíduos, e sua vontade é a vontade que resulta da soma de todas essas vontades. Nesse sentido, não há povo, e sim “gente”<sup>170</sup>.

Para as duas respostas, as formas democráticas de mediação acabam por dificultar a aferição da vontade do povo, e não por a fazer mais provável. Se a segunda resposta é correta, a democracia institucional pode ser tranquilamente substituída por uma e-democracy, em que a vontade do povo será muito mais facilmente aferida. Se a primeira resposta é a correta, da mesma forma as instituições são um mero obstáculo, porque não poderá fazer o que especificamente faz o povo, conforme Schmitt, que é aclamar, gritar viva ou morra, festejar um chefe ou uma proposição, negar a aclamação com silêncio. Uma votação individual e secreta,

<sup>165</sup> MARX, K. *Critique of Hegel's Philosophy of Right*, Cambridge: Cambridge University Press; ed. orig., 1843. 1970, p.30, *apud* ÁTRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 426.

<sup>166</sup> ÁTRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 426.

<sup>167</sup> ÁTRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 426.

<sup>168</sup> ÁTRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 428.

<sup>169</sup> ÁTRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 428.

<sup>170</sup> ÁTRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 428.

como é a democrática, seria uma meta expressão do individualismo liberal<sup>171</sup>. Ao fim, as estruturas democráticas, para qualquer uma das duas respostas, são obstáculo e não um meio de fazer provável a vontade do povo.

### 3.11 TEOLOGIA NEGATIVA E ALIENAÇÃO

Ackerman observa que a Teoria da Constituição de Schmitt é uma obra de teologia negativa<sup>172</sup>. Porém utiliza o argumento para desqualificar, para dizer que o argumento é mágico, irracional.

A teologia política é muito mais radical que a tese, interessante, mas hoje domesticada até virar lugar-comum, de que “todos os conceitos sobressalentes da moderna teoria do Estado são conceitos teológicos secularizados”<sup>173</sup>. No seu sentido importante, a teologia política não é uma tese sobre a genealogia dos conceitos políticos, senão sobre o seu sentido e em particular sobre o seu modo de significação<sup>174</sup>. Como a teologia e a política compartilham o mesmo modo de significação, a ininteligibilidade dos conceitos políticos é a ininteligibilidade dos conceitos teológicos. Isso é ocultado porque, à diferença dos conceitos políticos, os conceitos teológicos não nos parecem inteligíveis (e por vezes parecem simplesmente falsos)<sup>175</sup>. Mas os conceitos teológicos assim rejeitados ou aceitados são conceitos teologicamente distorcidos, formas de idolatria. Parte importante de nosso dilema é que discutimos esses problemas acreditando que entendemos os termos que usamos, quando na realidade não os entendemos<sup>176</sup>.

Átria recorre a teologia negativa, que utiliza um linguajar invertido, para explicar os conceitos políticos. O ponto é que nossa linguagem não pode dar conta dos conceitos teológicos. É por isso que, falando sobre Deus, recorreremos a analogias como “criador” e “pai”<sup>177</sup>. Nem por

<sup>171</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 429.

<sup>172</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 433.

<sup>173</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 434.

<sup>174</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 434.

<sup>175</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 434

<sup>176</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 434.

<sup>177</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 439.

isso, quando falamos, por exemplo, sobre Deus, devemos parar de falar. Apenas devemos ter consciência que significamos imperfeitamente, pois estiramos a linguagem até o seu ponto máximo.

Os nossos conceitos políticos compartilham o modo de significação teológico. Átria exemplifica o conceito marxista de alienação, visto através de Perez. Para Perez, se nossas formas de vida são inumanas, isso é consequência de algo externo à dimensão humana. Por isso é possível atuar tendo como horizonte a ideia de uma humanidade, em essência, livre.

A ideia de alienação implica que a maneira que vive uma humanidade livre não pode ser vista a partir de nossa perspectiva alienada. Na mentira, há consciência da diferença entre discurso e ação; no erro não há consciência da diferença. Mentira e erro, portanto, são fenômenos da consciência. Mas a alienação não é reduzível a um fenômeno da consciência<sup>178</sup>. Não se pode dizer que alguém está alienado. Esse alguém é a sua alienação. Somente a partir de outra alienação é possível ver a alienação. E não se pode deixar de estar nela até que se mude o que se é. Não existe um ponto de vista não-alienado em uma situação de alienação. Isso significa que superá-la não pode ser um processo epistemológico, senão um processo especificamente político<sup>179</sup>.

Como, então, podemos sequer formular a ideia de uma vida não-alienada? O crucial é a experiência existencial de um déficit, um sofrimento que exige e empurra para romper a relação que a constitui, para mudar a vida. A mobilidade possível da consciência alienada provém da contradição flagrante, existencial, empírica, entre o que a consciência harmoniza e o que a experiência imediata sofre<sup>180</sup>. Essa experiência flui das contradições das nossas formas de vida, do fato de que elas prometem o que não podem dar. Através da radicalização dessas promessas de nossas formas de vida é que podemos formular a ideia de uma vida não alienada. O que torna possível tanto a consciência da alienação como a ação que tende a superá-la é que o déficit é identificado. A consciência da alienação aparece como contradição entre o que a consciência harmoniza e a experiência sofre<sup>181</sup>.

<sup>178</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 440.

<sup>179</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 440.

<sup>180</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 442.

<sup>181</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 442.

A ideia de alienação, conforme concebe Perez, exige localizar-se em um ponto no qual podemos assumir compromisso com nossas formas de vida, enquanto elas não são somente falsas promessas: é vivendo nelas que podemos entender o que seria viver vidas não-alienadas. Assim, mesmo que não haja um ponto de vista não-alienado numa situação de alienação, podemos saber quais aspectos de nossas formas de vida não queremos, como coisificação, predomínio de interesses de classes e exploração, porque essas condições são as que suscitam uma experiência existencial do déficit<sup>182</sup>.

### 3.12 SIGNIFICAR IMPERFEITAMENTE

A tese da lei como vontade do povo é distorcida se não é primeiramente entendida negativamente: não é a vontade de ninguém mais. A ideia da vontade do povo, então, expressa a transformação dos súditos em cidadãos, porque não existem súditos<sup>183</sup>.

Em condições naturais de humanidade, identificar o interesse comum é improvável; o provável é que cada um perseguirá seus interesses individuais imediatos. Por isso, a criação de um poder comum capaz de atemorizar a todos é o que faz provável a paz. Porém, não faz provável a liberdade, porque nos transforma em súditos de uma vontade heterônoma<sup>184</sup>. O sentido das instituições democráticas é que elas tornam provável que vivamos sujeitos somente ao que vai ao encontro do interesse de todos. Para isso, elas introduzem critérios formais de reconhecimento. Quando esses critérios são satisfeitos, podemos tratar a decisão como uma que foi tomada a partir do ponto de vista de todos. Podemos expressar isso dizendo que a decisão foi tomada em nome de todos; que é a decisão de todos, mas não é a soma da preferência de todos, e sim foi produzida considerando a perspectiva de todos. E a pretensão da lei de ser a decisão de todos se baseia no fato de que, ao avançar através das diversas etapas dos procedimentos institucionais, é provável que a proposta respectiva vá sendo purgada dos interesses particulares. Ao menos, mais provável que mecanismos alternativos de identificação<sup>185</sup>.

<sup>182</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 460.

<sup>183</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 456.

<sup>184</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 456

<sup>185</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 459

A brecha entre o sentido formal da lei (a aplicação dos procedimentos legislativos), como sendo o que vai ao interesse de todos (lei em sentido substantivo), só pode ser salva por uma compreensão sacramental da lei<sup>186</sup>. Sacramentos são sinais da presença de Deus entre nós. São sinais que, conforme Tomás de Aquino, significam imperfeitamente, ou seja, que seu significado é inacessível para nós dada a nossa forma de vida<sup>187</sup>.

O Direito, portanto, é um sacramento (significando imperfeitamente) de reconhecimento radical<sup>188</sup>. Implica que a lei tem duas caras: ante aos cidadãos, se apresenta como vontade, como o que é bom para nós; ante ao indivíduo, se apresenta como heteronomia: como uma decisão que vale porque foi adotada de acordo com procedimentos válidos, e que seguirá vigente, queira ele ou não, até que seja derrogada pelos mesmos procedimentos<sup>189</sup>.

### 3.13 O POVO COMO CONCEITO PÓS-INSTITUCIONAL

A inteligibilidade das instituições políticas democráticas depende, como a inteligibilidade de todo conceito jurídico, da correlação com algum conceito pré-institucional, ou seja, algum conceito cuja compreensão não suponha a existência do conceito institucional respectivo. À diferença de todos os conceitos jurídicos, o conceito de povo não pode ser entendido pré-institucionalmente<sup>190</sup>.

Para poder escapar dessa disjuntiva, é necessário significar imperfeitamente. Então poderemos dizer: diferentemente de toda forma institucional, o conceito de povo que dá inteligibilidade às formas institucionais não é pré-institucional, senão pós-institucional: é uma forma antecipatória de falar da humanidade completa<sup>191</sup>.

O povo é portador de uma negatividade; é o universal, purgado de todo o particular. É a humanidade, a comunidade universal. Mas a comunidade humana não é algo que se possa dizer que realmente existe, e sim uma meta da história. Nem por isso deve-se dizer pura e simplesmente que não existe. (...) O povo existe antecipatoriamente,

<sup>186</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 460.

<sup>187</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 443-444.

<sup>188</sup> Supõe que nossas formas de vida são alienadas, mas isso não é base da condição humana, que pode ser transformada.

<sup>189</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 460.

<sup>190</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 464.

<sup>191</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 464.



nas nossas práticas políticas, que são entendidas como fundadas em sua vontade. O povo é a maneira em que atuamos para esse futuro de que não conseguimos falar a respeito (...). Por isso, quando falamos do povo, ainda que não saibamos significar perfeitamente, há um sentido importante em que sabemos o que essas palavras significam. Sabemos como falar do povo, não pelo conhecimento dele, senão pelo que sabemos acerca de sua vontade<sup>192</sup>

### 3.14 EM RESUMO

A tradição positivista alongou-se, no último século, em infrutíferas discussões ao analisar o Direito sob o prisma teórico. Autores como Savigny e Montesquieu não possuíam preocupações quanto ao “poder judicial” em relação às expressões indeterminadas, fossem ou não caso de textura aberta. Havia certa preocupação quanto às expressões impróprias, mas que era limitada. O motivo disso é que as instituições significam imperfeitamente, e uma estrutura que media uma função não pode fazê-la perfeitamente.

O nascimento da tradição positivista se deu em torno da ideia de vontade, e não de razão. Um fenômeno detectado por POSTEMA, quando o direito era compreendido como razão, era o ciclo da adjudicação, o qual, em sua terceira etapa, produzia arbitrariedade até a perfeição. O neoconstitucionalismo, uma doutrina que entende a constituição como material (razão) se satisfaz desse ciclo.

Não existem conceitos *estruturais em definitivo*. Não existem porque conceitos como “direito penal” não são anteriores às nossas teorias sobre ele. É uma forma que existe em razão de uma substância, e, assim, sua estrutura media e identifica uma função. Para situar esse arcabouço teórico, é necessária uma teoria institucional, e não puramente teórica. Uma estrutura em contradição com a sua função é uma estrutura desestabilizada, prestes a descambar para uma forma vazia.

Uma teoria institucional não pode analisar o Direito separadamente: ela necessita integrar os fatores institucionais do nosso Estado Democrático de Direito, entendendo o momento institucional. Por isso, são relevantes noções como a legitimidade do Poder Público. Átria explica que essa legitimidade se dá somente quando as decisões possam ser tidas como decisões do povo. A legitimação da Administração se dá de maneira diferente da legitimação do Judiciário. O “poder judicial” é um poder nulo e imparcial, que não segue agenda, e, por isso, é baseado no princípio da independência. É, por isso, mais correto referir-se a juízes do que a Poder Judiciário.

<sup>192</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 464.

O conflito jurídico é tal que pode ser resolvido pela aplicação imparcial de normas comuns às partes. O mesmo não pode ser aplicado ao conflito constitucional (político). A Constituição, entendida como um compromisso situado entre a lógica da diferença e da equivalência, expressa, em sua parte polêmica, conceitos, e não concepções. Nossos conceitos são o que permite que a nossa vida seja política. Aplicar uma concepção a um conceito é um ato que envolve tomar partido. Portanto, um conflito político não pode ser solucionado da mesma forma que um conceito jurídico; o momento jurídico ocorre pela transformação do que é polêmico no que é imparcial.

A teologia negativa explica os nossos conceitos políticos, que significam imperfeitamente, como sacramentos. É o que torna inteligível as nossas instituições democráticas, com o princípio que as animam. No caso do Direito, cujo sentido é identificar a vontade do povo, é inteligível apenas se levamos em conta que o conceito de povo é pós-institucional, antecipatório: por não aceitarmos a alienação, vivemos de forma a antecipar uma humanidade completa, ainda que nossas formas democráticas não estejam à altura de suas pretensões. Pelas formas institucionais, aferimos então a vontade daquilo que uma humanidade completa será.

A alienação não é um fenômeno da consciência, como a mentira ou o erro. A vida política é o único método de sair da alienação. Assim, uma visão epistêmica não é suficiente para superar formas de vidas alienadas.

## 4 PERSPECTIVAS COMBINADAS PARA A CRÍTICA AO NEOCONSTITUCIONALISMO

### 4.1 PONTOS DE CONEXÃO

Após essa longa reconstrução do pensamento de Nadia Urbinati e Fernando Atria, cabe entender como essas duas obras podem se conectar e emitir uma teoria combinada.

O primeiro passo para elaborar essas conexões é entender o passo institucional. Como Atria explica longamente, a tradição positivista, a partir do século XX, esteve perdida em elucubrações inférteis acerca da conexão entre direito e moral e o conceito de jurisdição. As teorias desenvolvidas (principalmente a partir de Hart) detiveram-se exclusivamente no plano teórico, buscando compreender o Direito sem levar em conta o seu prisma institucional. Portanto, os conceitos jurídicos acabavam por serem entendidos como nominais ou estruturais. De outro lado, o paradigma neoconstitucionalista entendia os institutos jurídicos como funções sem estrutura, também descaracterizando sua correta compreensão.

É importante entender, então, por que a compreensão institucional é a abordagem correta: isso ocorre devido ao fato dos conceitos jurídicos serem nossas criações e, por isso, não possuírem uma existência natural que precede as nossas teorias sobre eles. Diferentemente da água, que pode ser descrita como possuindo uma estrutura “abc”, os conceitos jurídicos tiveram estrutura desenvolvida pensando em uma função. São, portanto, estruturas que mediam funções, a exemplo do contrato: sua função é o justo intercâmbio<sup>193</sup>. Poranto, com a compreensão institucional dos conceitos jurídicos, podemos caracterizar o Direito como uma estrutura que torna provável uma função. O mesmo pode se aplicar a qualquer construto teórico humano, como a democracia ou a constituição. Assim, o Estado Democrático de Direito moderno pode ser entendido como uma estrutura que media uma função.

Tal compreensão harmoniza-se integralmente com Urbinati, que parte de uma concepção de democracia como o procedimento que visa a promover a liberdade política (= uma função mediada pela estrutura democrática).

O segundo passo é entender a lógica constitucionalista: a constituição marca a fronteira entre o polêmico do político e o imparcial do direito e é, por isso, em sua parte substantiva (dogmática), polêmica. Na sua parte orgânica, a Constituição configura procedimentos de

---

<sup>193</sup> Não é necessário para o argumento que a função seja um conceito literal expresso exatamente dessa forma) e sua forma é a descrita pelas fontes do Direito (principalmente pelo Código Civil.

decisão para produzir a transformação do polêmico em imparcial<sup>194</sup>. Ou, nas palavras de Ernesto Laclau: a Constituição se localiza no ponto de fricção entre a lógica da diferença e a lógica da equivalência<sup>195</sup>.

Para entender melhor, podemos pensar no exemplo fornecido por Atria: no início, há uma demanda não satisfeita, como um problema de habitação. Se essa demanda permanece insatisfeita, as pessoas começam a perceber outras demandas insatisfeitas como saúde, problemas trabalhistas e assemelhados. Essas demandas, então, começam a se acumular e se unir, tornando-se cada vez mais iguais, recebendo uma denominação como “direitos sociais”; aí a demanda passa a receber caráter político. Por esse exato motivo, os conceitos constitucionais são abertos e sempre disponíveis para serem reinterpretados: porque as demandas que deram origem a eles e as condições materiais e sociais sempre podem mudar, ou mesmo podem mudar as nossas compreensões abrangentes sobre o mundo.

Urbinati, a partir do ponto de vista da democracia como diarquia, complementa essa visão, quando assinala que é vital na democracia que as nossas decisões estejam sempre abertas para revisão. Numa democracia constitucional que se situa entre a lógica da diferença e da equivalência, não poderia ser de outra forma.

O terceiro passo, ou ponto de conexão, é a cadeia de legitimação material do princípio de soberania do povo. Átria, retomando Böckenförde, ressalta que esse requisito é frequentemente esquecido pelos teóricos. A cadeia de legitimação material existe quando o exercício do poder de Estado deriva do povo ou se concilia com sua vontade. Átria retoma esse pensamento com suas estruturas de legitimação material: as instituições democráticas devem, portanto, assegurar que o exercício do poder se dê de acordo com a vontade do povo. Para isso, por exemplo, os juízes devem se pautar pelo princípio da independência, e a administração pública deve seguir o princípio comissarial<sup>196</sup>.

Para além disso, podemos fazer uma conexão que não é tão óbvia com a teoria da democracia como diarquia: a soberania informal, isto é, o pilar da opinião, existe no Estado Democrático de Direito como uma estrutura fantasma, não-oficial, que, acrescida aos demais institutos do Direito, torna provável a legitimação material. É o fórum aberto de opiniões que,

<sup>194</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 279.

<sup>195</sup> LACLAU, E. **On Populist Reason**, London: Verso. 2005, p.73, *apud* ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 280.

<sup>196</sup> Ver seção 3.6.

quando os cidadãos podem influir politicamente nas decisões estatais, torna provável que o exercício do poder pelo Estado se concilie, de fato, com a vontade do povo.

O quarto ponto de conexão é a crítica a uma concepção epistêmica da democracia. Urbinati afere que Rosseau criticava a opinião irrefletida sobre a vontade geral, por ser incompetente para detectar e reconhecer o que deve ser feito, necessitando o povo confiar na opinião dos poucos sábios, porque, ainda que a opinião geral estivesse sempre certa, o julgamento poderia ser facilmente desviado pela ignorância ou pelo preconceito. Aí nasceu o embrião de uma visão epistêmica, que diz que a função da democracia é perseguir resultados corretos.

Ambos os autores rejeitam concepções epistêmicas da democracia; no fundo, os dois o fazem por entender que a democracia é um governo de opiniões. Urbinati o faz mais explicitamente, afirmando que os cidadãos possuem inclusive, nesse sentido, soberania informal, e uma visão epistêmica é um dano irremediável ao pilar da opinião. Átria rejeita a concepção epistêmica (porém, não explicitamente), de um lado por entender que uma estrutura que não torna provável uma função é uma ideia morta, naturalmente instável, e que se transformará em outra coisa. O Estado Democrático de Direito, postulado a partir da lógica da vontade e não da razão, com suas instituições próprias, não torna provável a função de buscar decisões corretas. No fim, torna provável a função que expõe Urbinati: a promoção da liberdade política, realizável pela transformação jurídica do que é polêmico no que não é polêmico. De outro lado, pelo viés da teoria pereziana, considera que, se a verificação da alienação ocorre pela experimentação de um déficit no nosso modo de vida, o processo para que se possa deixar de ser a própria alienação é um processo político, e não epistêmico<sup>197</sup>.

Portanto o último ponto de conexão é a função que é mediada pelo procedimento democrático. Urbinati diz que a democracia possui um valor normativo: promoção da liberdade política; Átria ressalta que o povo deve ser autor da sua própria autobiografia.

## 4.2 UMA TEORIA COMBINADA

Juntos, os dois autores oferecem uma compreensão absolutamente complementar do Direito e da Política. Átria importa excelente reflexão: quando falamos de conceitos políticos, significamos imperfeitamente. Quando falamos, por exemplo, sobre “o povo”, por não saber caracterizar adequadamente sobre o que falamos, desaguamos ou no paradigma de uma

---

<sup>197</sup> Ver seção 3.11.

homogeneidade pré-constituída, ou na concepção de povo como somatório das preferências dos cidadãos considerados individualmente. Portanto, falar sobre Direito, democracia ou qualquer um desses conceitos, sob o paradigma teórico, é recorrer a analogias e metáforas que não compreendem integralmente o significado do que queremos significar. O autor diz que tais conceitos possuem o modo de significação da teologia negativa, no sentido de que sabemos, por exemplo, o que é o povo, porque sabemos o que *não* é o povo: por exemplo, uma massa que prioriza os seus interesses de classe<sup>198</sup>. Essa é uma caracterização importante, porque nos ajuda a entender como deve ser pensada a estrutura dos institutos estatais, pelo processo contrário: de forma a não favorecer interesses de classe.

Quando me refiro ao conceito de dimensão antecipatória, quero ressaltar que é ela que compensa a natural falha entre estrutura e função que possui um instituto. Por exemplo, a lei, que é uma estrutura procedimental, pode ser entendida como o que tem a função de ir ao encontro do interesse de todos. Porém, a própria existência do neoconstitucionalismo mostra que, muitas vezes, a estrutura adquire formas vazias que clamam por compensação. Somente podemos aceitar uma compreensão institucional como a que melhor media o interesse do povo se aceitamos a dimensão antecipatória, que diz que nossas formas imperfeitas nos guiam a um ideal que tal estrutura mediará realmente certa função.

No dia a dia, é natural que as nossas formas democráticas nunca sejam à altura do que prometem. Talvez, inclusive, nunca estejam, justamente porque é uma promessa antecipatória que fazem. Portanto, para entender uma forma sadia para o Estado Democrático de Direito, o ponto de partida é entender uma organização institucional que medie adequadamente a sua função. É estabelecer instituições que mediem adequadamente uma função necessária: essa função é fazer provável o interesse da coletividade povo sobre qualquer outra, e isso é feito a partir de instrumentos de deliberação, estruturas que promovam a liberdade política; construtos democráticos que tornem provável que o povo exerça a sua soberania. E, para que o improvável (que os interesses pessoais predominem sobre os do povo) seja provável (que o interesse do povo seja perseguido), precisamos pensar institucionalmente.

Quando uma estrutura não é capaz de mediar uma função, mesmo que imperfeitamente, detectamos formas vazias. Com o tempo, as pessoas se revoltam contra essas estruturas, e as desfigurações da democracia são tornadas visíveis. Urbinati detecta três deformações de tais estruturas, uma delas sendo a visão epistêmica sobre a democracia. Átria detecta o neoconstitucionalismo, outra forma de deturpação constitucional e democrática.

---

<sup>198</sup> Ver seção 3.12.

Urbinati, noutra direção, identifica um problema latente na forma em como são a maioria das democracias representativas. Em termos de teoria institucional, há um déficit, não compensado estruturalmente, na nossa forma representativa: nossas barreiras ao fórum aberto de opiniões (socioeconômicas, de influência, legais...) tornam improvável que os cidadãos possam ser mais do que eleitores. Apenas a soberania formal está protegida pela legislação, reservando à soberania informal um papel secundário. Portanto, decorrente do fato da voz dos cidadãos não alcançar as decisões, é improvável que as decisões sejam, de fato, decisões do povo. Nos termos de Átria: a cadeia de legitimação material não detectava o interesse do povo, nem mesmo imperfeitamente. Assim, é natural que essa contradição entre estrutura e função democrática clame por novas formas, e até novas funções. Na melhor hipótese, uma visão epistêmica da democracia é um desvio estrutural em decorrência da vontade do povo ser sempre correta - porém ineducada e que necessita de mediador -, que, inclusive, acarreta num desvio de função (perseguir resultados corretos em vez de promover a liberdade política).

Portanto, a autora tem grande mérito em entender que a democracia representativa, símbolo da democracia moderna, necessita de uma soberania informal; ou seja, necessita de meios para que as decisões do povo sejam realmente do povo. Isso acontece no momento em que os cidadãos são eleitores, mas também precisa perpassar o momento da eleição e descansar numa cadeia de legitimação material.

Urbinati ainda traz sugestões estruturais para manter saudável a forma da democracia: um estado ativista que atue de forma a proteger a liberdade de expressão, principalmente em seu caráter político. Institucionalmente, isso poderia vir na forma de uma legislação atuante que fortalecesse a soberania informal dos cidadãos, retirando-a da informalidade e a erigindo como uma segunda soberania formal. De certa forma, essa é uma mudança que necessitaria ser experimentada e vivida para entender suas implicações.

Assim, o Estado Democrático de Direito possui uma figura, mas também uma função intimamente ligada a ela. Chegar a resultados corretos é uma deturpação da função que ela exerce: fazer com que o povo seja autor da sua própria biografia; ou promover a liberdade política.

Para além disso, podemos identificar algumas vantagens, ou justificativas de porque adotamos o regime democrático, que Urbinati afere. São elas:

- a) Promoção da liberdade política - A própria função da democracia é um valor em si. Esse valor se concentra em combater o desvalor da concentração de poder, por ser uma forma de vida que experimentamos e não mais queremos. Em termos atrianos,

a liberdade desejável porque permite que o povo seja autor da sua própria autobiografia. É um clamor contra a opressão e concentração de poder

- b) Imanência - A democracia não necessita uma existência pré-política. Ela surge exatamente na tensão entre a lógica da diferença e da equivalência, quando decidimos pela deliberação como modo de resolver os nossos problemas. Ela é vontade, e não razão.
- c) Auto-contenção - A democracia é tanto um objetivo quanto os procedimentos para alcançá-la. Ela não prevê atalhos justamente por causa disso. Garante, no fim, que os fins não justificam os meios; ou, que a forma não pode ser sacrificada em prol da função.

### 4.3 DETURPAÇÕES DA FIGURA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

#### 4.3.1 Teorias epistêmicas da democracia

Quando estrutura e função estão em tensão, uma das duas sofre uma pressão para mudar para se adequar a outra. No caso das concepções epistêmicas da Democracia, há, ao primeiro momento, uma transformação desejada da função ou da estrutura que a embasa. Ou as formas democráticas mudam para que alguns “poucos sábios” consigam aferir corretamente a visão do povo, ineducado, em detrimento de formas que proporcionem a participação política e a deliberação, e, assim, a vontade do povo seja satisfeita<sup>199</sup>, ou a função democrática sofre uma súbita mudança, para que uma “democracia plantonista”, que prima pelo valor democrático de produzir resultados corretos, seja instaurada.

Porém, tais mudanças residem na improbabilidade. É pouco provável que a forma democrática, pensada para promover a liberdade política e combater a concentração de poder, se realize conforme os poucos sábios, tanto como é improvável. Em primeiro lugar porque os poucos “sábios”, durante a história da humanidade, pouco conseguiram prever sobre os rumos da humanidade, sobre as tendências econômicas e as relações humanas em geral. Em segundo lugar, porque não há um sábio primordial para eleger outros sábios, e nenhuma garantia que “os poucos sábios” serão realmente sábios. E, em terceiro lugar, porque é provável que os “poucos sábios”, com grande concentração de poder, realizem sua própria vontade antes da vontade que creem ter o povo. O que costuma acontecer na prática é que detentores de algum título social

<sup>199</sup> O que seria a leitura que Urbinati faz de Rousseau, como o autor da gênese da democracia epistêmica.



ou econômico se apoderam do poder decisório para satisfazer os seus próprios interesses egoísticos. Qualquer que seja o desempenho dos poucos sábios aferindo a vontade do povo, o verdadeiro problema é que o passo seguinte é muito simples. Se os sábios sabem o que o povo quer, e os cidadãos apenas devem ser figuras passivas, sem voz, não sendo necessárias eleições. Os “wise few” sabem melhor que qualquer um o que a entidade “povo” quer e necessita, mas sabem ainda mais o que é melhor para o povo, mesmo que ele não queira. A partir daí uma função é muito melhor realizada pelos poucos sábios: a de escolher os melhores resultados para o bem-estar geral. E então novamente temos uma estrutura em contradição, que se adequa muito melhor a uma forma tecnocrática. Isso ocorre porque uma estrutura democrática em que os cidadãos não podem ter as suas opiniões ouvidas e as barreiras de sua participação política derrubadas não torna provável a promoção da liberdade política, nem o povo autor de sua própria biografia<sup>200</sup>.

Da mesma forma, a função de perseguir resultados corretos, se promovida por uma súbita alteração da substância democrática, é improvável de ser realizada nas formas democráticas. Isso porque a função da lei é perseguir o interesse do povo, e não perseguir o interesse do povo habilitado por uma corretude superior. É uma quebra dos nossos compromissos, consubstanciados no momento constitucional, com a passagem da lógica da diferença para a lógica da equivalência. Nossos conceitos necessitariam de um julgamento anterior às nossas formas de vida neles, para se situarem apenas na zona do que é correto, que, se fosse feito pelo mesmo povo que os anima, seria uma redundância, pois seriam estabelecedores e julgadores do que é correto; se fosse feito por outros atores, a constituição não remeteria, verdadeiramente, ao povo, e sim aos outros atores que estabeleceram os critérios de correção. Outro problema óbvio é que, num sistema em que as decisões estão sempre abertas a revisão, seria impossível dizer quando a busca pelo resultado correto teria fim. O fato de uma decisão estar aberta à revisão é mais do que suficiente para inutilizar a forma democrática para a busca de verdades, pois a verdade deve ter apenas função constitutiva, e não apelativa<sup>201</sup>. Novamente, para salvar a função é necessária a troca da estrutura.

Apesar de virem em muitas formas, as teorias epistêmicas da democracia têm em comum o fato de desprezarem o caráter diárquico da democracia, e de ignorarem o caráter propriamente político da democracia, substituindo *doxa* por *episteme*. Elas valorizam a correção

<sup>200</sup> É semelhante ao ciclo da adjudicação, que no último passo encontraríamos “arbitrariedade até a perfeição”. Nesse caso, as formas tecnocráticas estariam plenamente justificadas no passo final, por se adequarem perfeitamente à sua função.

<sup>201</sup> Conforme seção 3.9.

dos resultados democráticos muito antes da liberdade política produzida pelo processo democrático, em estruturas que tornam improvável a realização dessa função.

#### 4.3.1.1. O neoconstitucionalismo como visão epistêmica da democracia

O neoconstitucionalismo também é uma transformação decorrente do fato de que a nossa democracia é considerada, por muitos, uma forma vazia, que não realiza a sua função. A diferença é que o neoconstitucionalismo aproveita-se ao máximo das formas estatais democráticas, sem, contudo, descartá-las completamente. Pode-se dizer que ele mantém as estruturas como estão, sempre que elas funcionam de acordo com a sua função constitucional. Quando, porém, não funcionam dessa forma, as estruturas são completamente descartadas em prol de uma visão particular de disposições constitucionais. Isso ocorre, por exemplo, na situação em que uma norma jurídica sofre uma súbita repolitização, pois está em “desacordo” com a Constituição; a estrutura legal é removida - embora todo o arcabouço formal que operou a transformação do polêmico do político ao imparcial do jurídico continue de pé -, para que se possa extrair a “substância constitucional” da forma legal.

Como já enfatizado nesse trabalho, o neoconstitucionalismo é uma corrente de pensamento que enfatiza o surgimento de uma diferente compreensão da dignidade da legislação e sua relação com a Constituição<sup>202</sup>. O direito neoconstitucionalista inclui normas constitucionais redigidas em termos amplos que se referem a princípios morais e enfatiza que esses princípios constitucionais são normas diretamente aplicáveis; princípios esses que, segundo o mesmo neoconstitucionalismo, devem ser ainda interpretados à luz de um processo de ponderação e balanceio em substituição ao de subsunção simples. Isso leva a uma concepção de Direito guiada por um pluralismo de princípios, e uma ciência do Direito líquida e flexível. Então, os juízes e a ciência do direito não são mais servos da lei, senão que possuem um dever mais fundamental com a constituição<sup>203</sup>. O neoconstitucionalismo é um tipo especial de visão epistêmica da democracia, no sentido de que substitui a deliberação política pela deliberação jurídica. O “mérito” neoconstitucionalista é ser um direito que vale porque corresponde a critérios de justiça que podem se opor ao direito positivo, se eles não estão de acordo com uma concepção muito particular de um conceito constitucional.

<sup>202</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 67.

<sup>203</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 68.

A constituição, para o neoconstitucionalista, é como qualquer outra lei. A diferença é que ela é, apenas, mais rígida. A constituição, portanto, não se situa entre a lógica da diferença e a da equivalência. Critérios de justiça fluem para os juízes e o para o Tribunal Constitucional, à semelhança do direito pré-moderno. É a terceira etapa do ciclo da adjudicação: arbitrariedade até a perfeição<sup>204</sup>.

Provavelmente o principal erro neoconstitucionalista é confundir o momento político com o momento jurídico. O adepto a essa doutrina mistura político e jurídico a seu bel-prazer, e encarrega os juízes de embutir as suas próprias concepções nos conceitos abertos presentes em uma constituição.

Como já mostrei neste trabalho, na recapitulação de Átria, a função do judiciário é aplicar imparcialmente normas comuns às partes<sup>205</sup>. O neoconstitucionalista age como se fosse possível realizar essa função para conceitos como “dignidade da pessoa humana”, e afirma que juízes podem contrariar o direito posto se uma lei infraconstitucional está em contradição com a sua interpretação da Constituição.

Ora, já foi tratado que o Direito consiste em despolemizar o polêmico. Os conceitos constitucionais são abertos porque pretendem englobar todos que participam das nossas práticas políticas, embora possam entender diferentemente o que significa tal e qual conceito. O jurídico existe num passo ulterior ao político, no qual os conceitos passaram por uma produção legislativa advinda de poderes com legitimação material e orgânica para produzir normas comuns que podem ser aplicadas com imparcialidade<sup>206</sup>. O processo de juridicização não aniquila os compromissos políticos que fizemos com os nossos conceitos constitucionais, pois a constituição continua exibindo os mesmos conceitos, com concepções abertas a opinião pública, mostrando que existe um rol de concepções possíveis sobre algo como deveria ser. Ao aplicar a constitucionalização de uma lei ordinária, há um retorno de uma norma solidificada a partir de processos legítimos materialmente a uma discussão política, em que uma concepção resulta vencedora. Responde-se à pergunta política, polêmica, que não deveria ser respondida (porque já foi, em termos de normas infraconstitucionais), e se usa a razão particular de um juiz ou de um tribunal para readequar uma norma jurídica. Em outras palavras, delega a solução de problemas polêmicos, fundacionais de uma democracia constitucional, a alguns “poucos sábios”, no caso, os tribunais e os cientistas do direito.

<sup>204</sup> Ver seção 3.4.

<sup>205</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 273.

<sup>206</sup> Conforme seções 3.7 e 3.8.1.

Não cabe dizer que os juízes podem expor, de um ponto arquimediano, não-polêmico, seu entendimento imparcial sobre uma questão. Isso porque, conforme já visto, não há diferença entre, em primeira pessoa, dizer “x” ou “creio que x”.

Não quero com isso dizer que Tribunais Constitucionais não devem existir. Apenas que não deveriam substituir o debate público quanto à parte dogmática (polêmica) da Constituição. Certamente, em outro sentido, conteúdos normativos que discutirão erroneamente as relações entre Estados e Municípios, ou que atribuirão competência a órgãos distintos dos previstos constitucionalmente, serão produzidos e poderão ser corrigidos por um Tribunal competente.

A ameaça neoconstitucionalista, ao fim, envolve vários fatores, como envolvem normalmente as visões epistêmicas da democracia. Em primeiro lugar, uma estrutura em que a voz do povo não possa ser ouvida quanto às questões que, literalmente, os constituem, será uma estrutura em contradição. Será uma forma vazia, que jamais poderá promover a liberdade política de cidadãos; será voto sem voz. É uma barreira insuperável à participação política o fato de que uma concepção constitucional seja dada pela classe jurídica. Para os que decidirem manter a função da democracia, será sempre mais vantajoso flertar com a democracia direta porque, embora o povo não coincida com a soma de cidadãos, guarda alguma relação com ela. O que certamente não guarda relação com o compromisso constitucional é que nossos conceitos constitucionais sejam concebidos por juízes enquanto juízes. Assim, pelo menos, os cidadãos poderiam tentar convencer uns aos outros de suas opiniões, e veriam algum exercício da soberania informal em prática. Ela é um golpe, portanto, na forma representativa de democracia e, conseqüentemente, na soberania informal, que só existe na democracia representativa.

Em segundo lugar, é um retorno ao direito pré-moderno. E isso faz muito pouco sentido quando a maioria dos Estados democráticos de hoje utiliza constituições como a base da democracia. Para o neoconstitucionalista, existe uma razão que flui para os operadores do Direito que pode transformar concepções em conceitos, à semelhança de uma regra como resumo<sup>207</sup>. Portanto, é também um golpe no direito positivo, e, conseqüentemente, no pilar da vontade, por afetar a própria soberania formal.

Devido a esse mesmo fato de encarar Direito como razão, em nada se harmoniza com a função democrática, pois parece entender que os resultados corretos (constitucionais) é que devem ser buscados pela “substância democrática”, uma existência amorfa, que também flui a partir de critérios de justiça. O terceiro golpe, então, é na função democrática, como uma

---

<sup>207</sup> Conforme seção 3.2.

clássica visão epistêmica da democracia. Ou, dito de outra forma, ao encarar Direito como razão, coloca estrutura e função democráticas em contradição. Isso, claro, não ocorre explicitamente, mas ocorre quando o neoconstitucionalista afirma que Constituição é dada como material, e, após isso, aplica sua própria concepção aos conceitos constitucionais. É como se os juízes, os poucos sábios, fossem os únicos capazes de decodificar a verdadeira voz do povo, ineducado, para, então, fornecer respostas corretas (constitucionais).

Em suma: a doutrina neoconstitucionalista possui as características gerais de uma teoria epistêmica, como o recurso apelativo à verdade, e contradições gerais com as estruturas democráticas. Sua diferenciação é que opera a partir do Direito, utilizando-se do direito positivo para manter sua aparência democrática, até que seja mais vantajoso recorrer ao direito como razão, substancialmente pré-moderno. Nessa camuflagem, o critério de correção de decisões das estruturas do Poder Público, como as judiciais, é a *constitucionalidade*.

No fundo, todas as deturpações epistêmicas operam em alguma estrutura do Estado Democrático do Direito, pelas formas estatais estarem ajustadas de maneira a fazer provável a promoção da liberdade política a partir de um procedimento justo, em que as estruturas democráticas descansam em cadeias de legitimidade material. Alterar a função do Direito de “fazer provável a vontade do povo” para “fazer valer uma concepção constitucional juridicizada” sem dúvida alterará, com o tempo, a função democrática, porque tornará improvável a realização da função inicialmente atribuída. A ameaça neoconstitucionalista reside nisso: a alteração das estruturas de legitimação material das democracias modernas criará uma contradição que forçará, pouco a pouco, a mudança da função democrática. E, com tensão insuportável entre função e estrutura, o rompimento democrático é iminente.

E tal ameaça surge pela má compreensão do significado imperfeito que nossas instituições dão às ideias pré-institucionais. Pela indignação com o *gap* entre função e estrutura dos institutos jurídicos é que ocorre o nascimento neoconstitucionalista, na terceira fase do ciclo da adjudicação. O significado imperfeito de nossas instituições basta ao neoconstitucionalista, porém, somente até o ponto em que não fere as corretas (constitucionais) concepções do que é político. O neoconstitucionalista, pode-se dizer, não confia completamente na dimensão antecipatória do nosso compromisso constitucional, e utiliza de concepções de direito pré-modernas para “constitucionalizar” novamente o direito positivo. Nisso, perde todas as vantagens da democracia expostas por Urbinati: por não confiar na capacidade de auto-contenção do regime, fere a função de promover a liberdade política (e, portanto, o valor da liberdade política) ao promover uma Constituição material (como razão), que é radicalmente oposta a natureza imanente da democracia.

## 5 CONCLUSÃO

Um construto a partir de nossas teorias, no caso dos institutos do Estado Democrático de Direito, possui uma estrutura e uma função. Isso ocorre porque nele existem: a) uma ideia pré-institucionalmente identificável, cujo desempenho é naturalmente improvável; b) as razões pelas quais esse desempenho é naturalmente improvável; c) o modo em que uma estrutura neutraliza ou compensa as causas dessa improbabilidade identificada em “b)” e, assim, faz provável o desempenho da ideia pré-institucional identificada em “a)”<sup>208</sup>. A lei, por exemplo, tem a sua função (resolver conforme a vontade de todos), e a sua estrutura (dada pelo processo legislativo). A estrutura identifica a função, e serve como critério de individuação.

A democracia também é uma estrutura, que possui formas de legitimação material<sup>209</sup>, que são as instituições democráticas, e uma função, que é promover a liberdade política. Essa função é bem desenvolvida por Urbinati, enquanto as formas do que é jurídico e do que é político são mais desenvolvidas por Átria.

As visões epistêmicas da democracia têm ganhado força nos últimos tempos. Principalmente nos países latino-americanos, em que a democracia é mais jovem, as estruturas democráticas encontram-se em situação de grande descrença. Conforme Urbinati precisamente detectou, esses problemas se devem a uma desvalorização do pilar de opinião; principalmente na forma de criação de barreiras (políticas, socioeconômicas) que dificultam imensamente a participação política dos cidadãos.

O neoconstitucionalismo é um tipo de visão epistêmica da democracia. Ele é ainda mais nocivo por disfarçar-se em meio a nossas formas democráticas. É direito pré-moderno, porém na terceira fase do ciclo de adjudicação: arbitrariedade até a perfeição. Portanto, é oposto ao direito moderno, que, enquanto lei, surge a partir de uma declaração de vontade. Assim sendo, opõe-se não só ao pilar da opinião como se opõe às teorias epistêmicas da democracia em geral: também ofende a soberania formal, representada pelo pilar da vontade de Urbinati.

Para uma teoria institucional que entende a democracia como diarquia, portanto, é possível criticar o neoconstitucionalismo por duas vias: (i) ofender os dois pilares da democracia diárquica, e (ii) por tornar as estruturas do Estado de Direito em contradição com sua função.

## REFERÊNCIAS

<sup>208</sup> ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 154.

<sup>209</sup> Que garante que as decisões tomadas representativamente sejam, ou se harmonizem com, as do povo.

URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the people**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014. ISBN 978- 0- 674- 72513-3.

ÁTRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016. ISBN 978-84-9123-040-3.