

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

GUSTAVO CHIES CIGNACHI

**RULE OF LAW E LIBERDADE:
A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE DIREITO**

Porto Alegre
2019

CIP - Catalogação na Publicação

Chies Cignachi, Gustavo
RULE OF LAW E LIBERDADE: A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO
DE DIREITO / Gustavo Chies Cignachi. -- 2019.
208 f.
Orientador: Luis Fernando Barzotto.

Tese (Doutorado) -- Universidade Federal do Rio
Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2019.

1. Estado de Direito. 2. Rule of Law. 3. Filosofia
do Direito. 4. Filosofia Política. 5. Direito
Constitucional. I. Barzotto, Luis Fernando, orient.
II. Título.

GUSTAVO CHIES CIGNACHI

**RULE OF LAW E LIBERDADE:
A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE DIREITO**

Tese apresentada como requisito para
obtenção do título de Doutor pela
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Luis Fernando
Barzotto

Porto Alegre

2019

GUSTAVO CHIES CIGNACHI

**RULE OF LAW E LIBERDADE:
A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE DIREITO**

Tese apresentada como requisito para
obtenção do título de Doutor na
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 15 de abril de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Luis Fernando Barzotto – UFRGS

Profa. Dra. Vivian Josete Pantaleão Caminha – UFRGS

Prof. Dr. Elton Somensi De Oliveira – PUCRS

Prof. Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch – UFRGS

Prof. Dr. Marcus Paulo Rycembel Boeira – UFRGS

Porto Alegre

2019

“Auctoritas non veritas facit legem.”

– Thomas Hobbes

RESUMO

Este trabalho pretende retomar uma abordagem do Estado de Direito como conceito designador de uma ordem política capaz de compor os elementos de ordem e liberdade na coexistência coletiva. Na primeira parte, analisa os elementos teóricos e conceituais necessários a uma definição de um ideal de Estado de Direito como soberania do Direito e equilíbrio entre ordem e liberdade. Na segunda parte, busca uma aplicação empírica ao modelo constitucional dos Estados Unidos da América, com uma abordagem por dois momentos históricos para reafirmar a proposta teórica e testar seus elementos dinâmicos.

Palavras-chave: Estado de Direito; *Rule of Law*; Filosofia do Direito; Filosofia Política; Direito Constitucional; Constituição; Liberdade; Ordem; Civilidade.

ABSTRACT

This work intends to resume an approach to the Rule of Law as a designator of a political order capable of composing the elements of order and freedom in collective coexistence. In the first part, it analyzes the theoretical and conceptual elements necessary for a definition of an ideal Rule of Law as sovereignty of the Law and the balance between order and freedom. In the second part, it seeks an empirical application to the constitutional model of the United States of America, with an approach by two historical moments to reaffirm the theoretical proposal and test its dynamic elements.

Keywords. Rule of law; Philosophy of law; Political Philosophy; Constitutional Law; Constitution; Freedom; Order; Civility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PRIMEIRA PARTE: O RULE OF LAW COMO CONCEITO TEÓRICO	17
1 Definição Analítica do Conceito de <i>Rule of Law</i>	17
1.1 Prática e Moral	17
1.2 Tipos de Associações: <i>Enterprise Association</i> e <i>Civil Association</i>	24
1.3 <i>Rule of Law</i> como Associação Civil	31
1.4 A Liberdade no Conceito de <i>Rule of Law</i>	35
2 Condições Necessárias do <i>Rule of Law</i>	39
2.1 Autoridade como Pressuposto do <i>Rule of Law</i>	39
2.2 A Lex Necessária ao <i>Rule of Law</i>	47
2.2.1 Normas como não instrumentais	47
2.2.2 Regras <i>versus</i> Comandos	50
2.3 A Política necessária ao <i>Rule of Law</i>	52
2.4 Ofícios Necessários ao <i>Rule of Law</i>	59
2.4.1 Alteração da Lex: o Ofício Legislativo	59
2.4.2 Adjudicação em resposta a incertezas: o Ofício Judicial	64
2.4.3 Administração da Lex: o Ofício de Comando	70
3 <i>Rule of Law</i> entre Civilidade e Corrupção	73
3.1 <i>Rule of Law</i> e Civilidade	73
3.2. A Corrupção do <i>Rule of Law</i>	76
4 <i>Rule of Law</i> como Conceito-Instrumento	80
4.1 Os Limites do Conceito de <i>Rule of Law</i>	80
4.2 A Utilidade do Conceito Ideal de <i>Rule of Law</i>	82
SEGUNDA PARTE: A “RULE OF LAW” EMPIRICAMENTE QUALIFICADA ...	85
1 O Projeto Constituinte Americano Original	87
1.1 O Constituição Norte-Americana como Projeto de Estado de Direito .	88
1.1.1 A Declaração de Independência: <i>Rule of Law</i> , não <i>Rule of Man</i> ..	88
1.1.2 A Constituição Americana e a reestruturação do Estado de Direito	
.....	93

1.1.2.1 Os direitos inalienáveis como fundamento do Estado de Direito	94
1.1.2.2 O arranjo constitucional de um Estado preponderantemente de Direito.....	101
1.1.2.2.1 A Constituição como espécie de documento legal	102
1.1.2.2.2 Os ofícios do Poder na Constituição americana.....	113
1.1.2.2.2.1 O Ofício Legislativo	114
1.1.2.2.2.1.1 Divisão do Ofício Legislativo	123
1.1.2.2.2.2 O Ofício de Comando	126
1.1.2.2.2.3 O Ofício Judicial.....	131
1.2 O Propósito Preponderante da Constituição Americana na Perspectiva de um Estado de Direito.....	138
1.3 A Questão da Autoridade no Projeto Original	141
1.4 Uma Sociedade Civil Empiricamente Qualificada, mas Preponderantemente um Estado de Direito	143
1.4.1 O problema da escravidão.....	143
1.4.2 O surgimento de partidos e facções	150
1.4.3 Ainda um Estado de Direito	152
2 A Situação do Estado de Direito no Constitucionalismo Americano Moderno	154
2.1 Novas Visões sobre a Igualdade e a Liberdade e o Estado Democrático Moderno	154
2.2 A Nova Política como Síntese de Interesses e o Funcionamento dos Ofícios de Poder	161
2.2.1 Um Ofício Legislativo descompromissado.....	161
2.2.2 Um Ofício de Comando empreendedor	166
2.2.3 Um Ofício Judicial com Propósitos	173
2.3 Ainda um Estado de Direito?.....	185
CONSIDERAÇÕES FINAIS	188
1 O Estado de Direito como um Estado de Não Sujeição	189
2 Rule of Law, Moral, Virtude e a Boa Vida	196
BIBLIOGRAFIA	199

INTRODUÇÃO

A expressão “*Rule of Law*”, como conceito político e jurídico, passou a ser utilizada para designar de um conjunto de valores tidos por positivos ou desejáveis na construção de uma sociedade moderna e coerente com direitos reclamados por diferentes grupos ideológicos presentes nas chamadas “democracias modernas”. A proposta desse trabalho, contudo, é diversa, pois busca investigar e utilizar tal ideal político como conceito teórico capaz não apenas de qualificação valorativa, mas de efetiva análise de experiências constitucionais.

Como primeiro passo, necessário enfrentar o evidente problema da tradução da expressão *Rule of Law*. Abordando a tarefa de forma literal, poder-se-ia expressar no vernáculo a mesma ideia da seguinte forma: “Regência do Direito”. Assim, também em português, é possível traduzir com mais precisão a expressão de certo modo antagônica ou, ao menos, diversa, qual seja, “*Rule by Law*”; na tradução “Regência pelo Direito”. No primeiro caso se procura expressar um estado de coisas em que o Direito está no comando ou controle – uma ideia ou ideal político, que é o cerne dessa investigação – e, no segundo, fica claro a existência de outro “regente”, escondido atrás do Direito, que o instrumentaliza para viabilizar ou facilitar seu comando.

A ressalva é necessária nesse momento, considerando o costume atual de traduzir *Rule of Law* por “Estado de Direito”. Esta opção obscurece aquela diferenciação, pois “de Direito” pode servir – ao menos em sua literalidade – tanto a um estado de coisas em que o Direito é senhor, como simples artifício de um ditador. Estar em um “Estado de Direito” parece, em português, permitir essa confusão. Portanto, como do costume também não se pode escapar, cabe sublinhar que a expressão “Estado de Direito” também será utilizada, mas

apenas para corresponder àquela primeira ideia – o Direito como regente –, permitindo-se que sejam sinônimos.

Tentar esclarecer o que constitui a Regência do Direito, de forma que seja instrumento de análise do concreto exige, primeiro, definir o que é um Estado de Direito ideal ou teórico, quais seus elementos e quais as condições para sua verificação. Segundo, deve-se enxergar o problema do ponto de vista empírico, buscando analisar determinada experiência histórica, questionando em que medida aquele conceito ali se verifica ou não.

Quer dizer, propõe-se, na medida do possível, argumentar em relação ao Estado de Direito (*Rule of Law*) como instrumento teórico de análise da sociedade política e não como aspiração ou definição ideológica de um conjunto de valores ou finalidades. Assim, como as ciências econômicas fazem uso de gráficos e quantificações financeiras, se quer demonstrar que o conceito de Estado de Direito, como ferramenta para teorização quanto ao Direito e à política, é eficaz para a análise de experiências constitucionais concretas.

Buscar respostas ou afirmações ao problema do *Rule of Law*, no contexto moderno de crise de legitimidade das estruturas de governo ou mesmo de recentralização do poder em determinados agentes políticos, depende de um substrato teórico capaz de fornecer conceitos suficientemente firmes e robustos para a estruturação de uma ideia. A Filosofia Política e do Direito é matéria ampla, sendo que cada geração de pensadores ou filósofos buscou estruturar seus conceitos e conceituações para a argumentação de seus pontos de vista.

No entanto, retomando a ressalva de tradução, defender que o Estado de Direito corresponde a uma situação em que o comando da sociedade está nas mãos do Direito – ao menos preponderantemente – implica rejeitar a segunda ideia, qual seja, de um domínio político “pelo” Direito. Portanto, neste primeiro momento cabe aclarar essa tomada de posição, essa hipótese inicial, cuja prova de veracidade e utilidade será a proposta das próximas páginas.

Se o Direito deve ser regente, não se podem considerar argumentos ou pontos de vista que tentem ancorá-lo em outro regente. Quer dizer, teorização sobre critérios de legitimação externa do Direito, sejam metafísicos como a Lei Natural ou a Razão, sejam deterministas ou historicistas, não socorrem à hipótese. É objetivo dessa investigação, portanto, demonstrar a possibilidade teórica – e a aplicação prática – de uma ideia de *Rule of Law* a qual não se agregam pretensões morais, projetos ideais de ser humano ou mesmo uma visão de evolução humana.

Quais os elementos teóricos necessários para a constituição de um *Rule of Law*? Como pode o Direito se sobrepor ao soberano ou ao líder momentâneo? São questões que, sob pena de contradição com a hipótese, não podem ser respondidas por meio de um modelo ideal de Direito (Direito Natural) ou mesmo por uma antropologia ideal de um homem racional, capaz de desvendar esse Direito.

Resta claro, portanto, um efetivo corte teórico-conceitual, com a adoção de determinado conjunto de conceitos para permitir que o propósito deste trabalho tenha seguimento. Não se investigará – até porque se demonstrará contrário a própria ideia de *Rule of Law* – um Estado de Direito como conceito do materialmente bom, retocado de valores e ideologias tidas por desejáveis, mas como um estado de coisas em que o Direito é o maior soberano, buscando saber de sua viabilidade e das consequências que pode trazer.

Fazendo uso das lições de Oakeshott, é imperativo expor e fixar a “plataforma de entendimento” sobre a qual se apoiará esta investigação, o ponto de partida além do qual não cabe retroagir. Como ilustra: “*a ironia de toda a teorização é sua propensão a gerar, não um entendimento, mas um ainda-não-entendido*”¹.

Portanto, o que significa “Regência do Direito”? Estar sobre a regência do Direito significa, por decorrência lógica, não estar submetido a outro, não

¹ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 11. (tradução livre)

ser governado por alguém, mas pelo Direito. Essa é a expressão fundamental da ideia de *Rule of Law*, em oposição a *Rule of Man(men), by Law*². Como referiu Nigel Simmonds: “*ser governado pelo Direito é gozar de um grau de independência da vontade dos outros*”³.

Apenas faz sentido teorizar sobre o Estado de Direito dessa forma se a liberdade dos indivíduos e sua contingente coexistência no mundo forem ditos como pressupostos. Por liberdade, nesse momento não se quer fazer referência a liberdade como conceito político, mas do ponto de vista antropológico, quer dizer: o indivíduo é aquela unidade que representa uma inteligência, livre em sua consciência, que age por impulso interior próprio.

Como referiu *Oakeshott*, a ação humana seria livre, pois decorre inicialmente de um patamar de entendimento das circunstâncias que envolvem o agente construído por ele mesmo, ou “*a própria compreensão do agente de sua situação, o que esta significa para ele*”⁴. O agente compreende a si mesmo e o que lhe rodeia – mesmo que assim compreenda, da sua forma, a outros agentes – e, em decorrência, desenvolve a ação como resultado desse entendimento. A liberdade repousa, portanto, na autonomia da consciência para reconhecer a si e ao mundo, servindo de base para desejos e resultando em ações ou enunciações.

Esse pressuposto é decorrência mesmo da possibilidade de um Estado de Direito, visto como o “não estar submetido ao arbítrio alheio”. Caso se quisesse dar ao homem e à ação humana uma “natureza”, seja metafísica, como uma predestinação teleológica, ou determinista, decorrente de circunstâncias genética, biológica ou mesmo psicológicas, não faria sentido debater em termos de Estado de Direito.

O critério natural – repita-se, seja uma razão reveladora ou uma natureza inata – seria o regente, e não o Direito. Do ponto de vista estritamente

² Em tradução livre: “Regência do(s) Homem(ns), pelo Direito”.

³ SIMMONDS, Nigel. *Law as a Moral Idea*. New York: Oxford Press, 2007. p. 101. (tradução livre)

⁴ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 37. (tradução livre)

teórico, o debate sobre o *Rule of Law* pressupõe, portanto, uma multiplicidade de liberdades com diversos entendimentos e pretensões, formando um conjunto ou emaranhado de arbítrios, de cuja sujeição a ideia de Estado de Direito pretende preservar-nos.

Para os limites desse debate, ao menos, o homem deve ser visto como um ser histórico e contingente, não vinculado a qualquer processo evolucionário natural ou teleológico.

“Ele tem uma história, mas não ‘natureza’; ele é o que na conduta ele se torna. Essa ‘história’ não é um processo evolucionário ou teleológico. É o que ele ordena para si em um engajamento diário, a incessante articulação de compreendidas respostas a infinitas compreendidas situações emergentes, que continua até que ele deixa a cena diária. E, embora ele possa imaginar um caráter humano ‘ideal’ e possa usar esse caráter para dirigir suas próprias ordens [self-enactments], não há último ou perfeito homem escondido no ventre do tempo ou prefigurado nos que agora caminham sobre a terra.”⁵

Como fica claro na citação acima, o homem não teria uma natureza, mas seria o produto da história de suas ações e seus entendimentos, numa sequência de fatos, não vinculada a qualquer processo de finalidades determinadas, até sua morte (fim da consciência). Perceber o agente como uma livre consciência não significa negar a possibilidade de que múltiplos agentes compartilhem práticas, concepções de mundo, tradições, mas apenas rejeitar uma solução ideal para a questão do agir – ou da vontade, em última análise. Se o critério de correção do agir já estivesse determinado, falar de Direito como meio de regulação de condutas seria nada mais que perda de tempo – bastaria buscar a verdade na natureza humana.

Assim se podem extrair dois pressupostos necessários para que se debata sobre Estado de Direito como conceito da filosofia do Direito e da

⁵ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 41. (tradução livre)

Política; e não como objeto metafísico externo, passível de descobrimento⁶. Primeiro, não se pode falar em unidade de propósitos no agir; diferentes indivíduos incorporam diferentes propósitos. Eventuais adjetivações a estes como “errados”, “ímorais”, “legais” ou “ilegais” são produto de julgamentos no interior de um corpo coletivo e não uma característica inata aos propósitos. Em suma, a multiplicidade de liberdades compreende, ao menos, a potencialidade da divergência e do conflito.

Segundo, a divergência de propósitos – ou vontades, desejos, intenções, qualquer sentimento que conduza o agir – e a potencialidade do conflito tornam real a possibilidade da coerção, da submissão dos discricionários propósitos de um (ou alguns) aos também discricionários propósitos de outro (ou outros).

Como ilustração teórica: independente de se aderir a uma visão harmônica do Estado de Natureza de Locke⁷ ou caótica da “guerra de todos contra todos” de Hobbes⁸, em ambas a liberdade produz, respectivamente, insegurança e conflito. Em ambas, há risco e medo do arbítrio do mais forte sobre o mais fraco⁹.

A coerção ocorre, como definiu Hayek: “(...) *quando as ações de um homem são feitas para servir a vontade de outro homem, não para o seu próprio, mas para o propósito do outro*”¹⁰, ou seja, quando “*minha mente é feita ferramenta de outra pessoa*”¹¹. Assim, falar em termos de Estado de Direito pressupõe um potencial estado indesejado de submissão.

⁶ A afirmação não pretende tachar como errônea a pretensão de conceituar *Rule of Law* como um valor externo decifrável pela razão ou pelos sentidos, apenas se quer afirmar não ser esse o debate que aqui se propõe.

⁷ Ver: LOCKE, John. *Two Treatises of Government*.

⁸ Ver: HOBBS, Thomas. *Leviathan: The Matter, Forme, and Power of a Common-Wealth Ecclesiastical and Civill*.

⁹ Medo e insegurança que, como referiu Locke, também atormentam o mais forte, sob o risco constante de ser suplantado em sua posição.

¹⁰ HAYEK, Friedrich A. von. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago, 2011. p. 199. (tradução livre)

¹¹ HAYEK, Friedrich A. von. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago, 2011. p. 200. (tradução livre)

Um estado em que o indivíduo está sujeito ao arbítrio de outro não significa um estado “não-jurídico” ou em que o jurídico foi abolido. O Direito como instrumento de regulação de condutas – cuja dogmática foi trabalhada no Ocidente – pode servir ao exercício do arbítrio. Ainda que seja melhor, como afirmou Fuller¹², um Estado com “algum Direito” – referindo-se à sua moralidade interna do Direito – tal não significa uma Regência do Direito.

Da mesma forma, a coerção¹³ como ato de força para obrigar o agir também existe em um Estado de Direito, mas como produto da soberania do Direito, ou seja, como resultado das normas previamente conhecidas e aceitas e não pelo mero querer de um governante. Novamente Hayek: “*a concepção de liberdade sob a lei (...) baseia-se na alegação de que quando obedecemos a leis, no sentido de regras gerais e abstratas estabelecidas independentemente de sua aplicação em nós, não estamos sujeitos à vontade de outro homem e, portanto, somos livres*”¹⁴.

O Estado de Direito assim pensado encerra uma tentativa ou meio de excluir do arbítrio humano – da emoção ou mesmo da razão humana – a decisão ou o comando sobre o outro. É imperfeito justamente por ser uma forma de projetar-se para fora, uma prática de excluir-nos dos nossos próprios arbítrios. *Rule of Law* tentar imitar as leis da natureza – como a física e a matemática – para fazer estável, na medida do possível, aquilo que é naturalmente incerto e imprevisível: o arbítrio humano¹⁵.

A potencialidade da coerção do homem pelo homem e a premência de obter proteção em algo além do mero arbítrio são os pressupostos teóricos do *Rule of Law*. A necessidade de um meio para orquestrar o conjunto de

¹² Ver: FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University, 1969.

¹³ Aqui a palavra coerção empregada como uso da força para fazer cumprir uma regra e não como submissão arbitrária, antes referida.

¹⁴ HAYEK, Friedrich A. von. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago, 2011. p. 221. (tradução livre)

¹⁵ Hayek também nesse sentido: “*Na medida em que me dizem o que vai acontecer “se” eu fizer isto ou aquilo, as leis do Estado têm o mesmo significado para mim do que as leis da natureza; e eu posso usar meu conhecimento das leis do Estado para alcançar meus próprios objetivos, assim como eu uso meu conhecimento das leis da natureza*”. (HAYEK, Friedrich A. von. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago, 2011. p. 210) (tradução livre)

indivíduos em um dado grupo social sem submissão de propósitos é o problema sem o qual não haveria o porquê questionar do Estado de Direito.

Nessa perspectiva, a primeira parte desse trabalho será dedicada ao esclarecimento teórico dessa posição quanto ao *Rule of Law*, seus elementos, consequências e possibilidades, quando trabalhado analiticamente. A segunda parte será dedicada à utilização do ferramental teórico na análise de uma experiência constitucional concreta, ou seja, trazer o ideal para o qualificado ou contingente.

A Constituição americana, por sua permanência ao longo dos séculos, permite uma análise em momentos distintos, que podem ser postos em paralelo e abordados quanto ao problema do Estado de Direito. Por tal razão, foi a experiência concreta escolhida e será explorada em dois momentos distintos – projeto original e o panorama contemporâneo – como forma de ilustrar a possibilidade de transformação das instituições sociais e como podem ser compreendidas do ponto de vista do *Rule of Law*.

PRIMEIRA PARTE: O RULE OF LAW COMO CONCEITO TEÓRICO

1 Definição Analítica do Conceito de *Rule of Law*

1.1 Prática e Moral

A ideia de *Rule of Law* como meio de composição de liberdades traz, de início, um primeiro problema lógico. Pensar um “sistema” que ponha limites à liberdade – no sentido antropológico, já destacado – da ação humana, atuando com supremacia sobre o indivíduo, traz consigo sempre a questão da autoria ou autoridade desse sistema. Se o Direito está no comando, poder-se-ia dizer que, na verdade, seu criador está no comando. O Estado de Direito seria a ilusão teórica que acoberta os verdadeiros “poderosos”, aqueles que tomam as decisões, trazendo-nos todos a um *Rule by Law*.

Contudo, ainda que seja uma tendência do pensamento científico e teórico, a vida humana não necessariamente se conduz apenas por conceitos e institutos pensados, esquematizados e formulados pela razão¹⁶. Nem tudo é

¹⁶ Aqui se poderia falar na terminologia clássica, como conhecimento “objetivo”, aquele desprendido do subjetivismo individual e construído apenas pela razão. Essa, contudo, não é a melhor forma de se encarar o Direito, que é fruto da ação de homens reais, cuja razão e emoção são inseparáveis (ao menos qualquer alegada separação não pode ser ainda auditada). Oakeshott é feliz ao tomar como subjetivas o fato de conclusões poderem ser designadas como “de alguém”, mas não como um critério para apontar a existência de erro ou vício no ato de expressão de uma inteligência. “*Em suma, o reconhecimento do “subjetivo” de um entendimento na conduta pode ser significativo, mas nada tem a ver com a qualidade ou a aceitabilidade do entendimento. ‘Objetividade’ não é um atributo da compreensão correta, é um atributo de compreensão distinto do mero ‘sentimento’. E essa é uma consideração importante a respeito dos chamados ‘julgamentos de valor’ da ‘criação de normas’. Dizem que estes são atos ‘meramente subjetivos’ de ‘vontade’, como se a ‘vontade’ tivesse um ‘sentimento’ ou sofresse uma tensão orgânica. Eles são, obviamente, nada disso. Mesmo os gostos e*

resultado de um deliberado projeto, nem toda grande instituição humana tem um dirigente consciente. Se a multitude de propósitos é pressuposta, não há razão para que se espere seu pleno alinhamento e racionalização – ainda que fosse desejável –, restando ao teórico lidar apenas com os aleatórios produtos dessa coexistência. Como Adam Ferguson bem definiu:

“Os homens, em geral, estão suficientemente dispostos a ocupar-se na formação de projetos e esquemas: mas aquele que planejar e projetar para os outros, encontrará um oponente em cada pessoa disposta a planejar por si mesma. Como os ventos que vêm, não sabemos de onde, e sopram aonde quer que escolham, as formas da sociedade derivam de uma origem obscura e distante; elas surgem, muito antes do nascimento da filosofia, dos instintos, não das especulações dos homens. A multidão da humanidade é dirigida em suas instituições e critérios pelas circunstâncias em que são colocados; e raramente são desviados do seu caminho, para seguir o plano de qualquer único arquiteto.

*Cada passo e cada movimento da multidão, mesmo nas chamadas Eras Iluminadas, são feitos com igual cegueira quanto ao futuro; e nações tropeçam em instituições, que são de fato o resultado da ação humana, mas não a execução de qualquer projeto humano”.*¹⁷

Ou seja, ainda que toda instituição humana seja produto da ação humana, não necessariamente é o resultado de um projeto consciente fruto de seu engenho científico ou racional. Ainda que se possa dizer que o homem tenda a racionalizar o mundo a sua volta – fazer do desconhecido e incerto, algo certo e controlável – a tarefa não é rotina de um, mas atitude diuturna de todos entre todos (pluralidade de ações), encobrendo qualquer pretensão de autoria consciente.

Assim, como falar em “relação entre agentes” considerando a aparente efusão de uma multiplicidade de entendimentos de mundo, desejos, ações e

desgostos não são ‘meramente subjetivos’; são exibições de inteligência capazes de serem investigadas”. (OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 52.)

¹⁷ FERGUSON, Adam. *An Essay on the History of Civil Society*. 5 ed. London: T. Cadell, 1782. p. 204-205. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/1428>. Acessado em 11/24/2018. (tradução livre)

enunciações possíveis? Se a conduta *inter homines* se constitui de “um engajamento [engagement] no qual agentes barganham com o futuro”¹⁸; e este futuro “é composto de escolhas e ações de outros agentes, e, por consequência, essas barganhas são reconhecidas como transações entre agentes”¹⁹, resta questionar em que circunstâncias a multiplicidade de indivíduos é capaz de ingressar em tais transações relacionais.

Oakeshott oferece uma visão mais clara para equalizar a questão ao estabelecer um postulado necessário para a existência de uma conduta relacional a que chama de “prática” (*practice*). Ele reconhece a necessidade de relações mais estáveis para permitir essas transações entre os sujeitos: “tais limitados encontros *ad* [condutas *inter homines*] exigem relações mais duráveis entre os agentes, que não são em si transações, mas são os contextos condicionais de todas essas relações”²⁰.

Quer dizer, para que transações sejam possíveis entre indivíduos, é necessário um relacionamento prévio não transacional, mas que apenas condicione o contexto de ocorrência das transações. É necessária a existência de uma *prática* capaz de unir instrumentalmente os agentes, para dar sustentação às transações que venham a realizar entre si.

Não se trata de um vínculo biológico ou psicológico ou de uma natureza humana²¹ que induza ao relacionamento. Uma prática é um conjunto de procedimentos, constituído de palavras, gestos, comportamentos, limites,

¹⁸ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 54. (tradução livre)

¹⁹ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 54. (tradução livre)

²⁰ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 54. (tradução livre)

²¹ A questão de uma “ausência de natureza humana” demanda esclarecimentos quanto à visão de Oakeshott, que se poderia chamar de “antropologia cética”. O autor, ao perceber o indivíduo como uma inteligência, “misturando” visões clássicas de subjetivismo e objetivismo, razão e emoção, acaba por construir um ser humano protagonista da ação incapaz de ser mais profundamente estudado ou investigado. Quer dizer, essa visão toma o agente livre, na sua fusão inteligente de razão e emoção, como fato dado e pressuposto, sendo empiricamente inacessível para a teorização de uma natureza mais profunda. Dessa forma, pode-se dizer que há sim uma “natureza humana” no sentido de atributos essenciais do humano, a liberdade e o agir decorrente do juízo de uma inteligência autônoma, contrapondo-se a outras visões deterministas ou biológicas. No entanto, o que se está negando quando se pretende afastar do termo “natureza” é a possibilidade de a razão humana (ou um juízo investigativo teórico) descobrir ou revelar diretrizes prévias e regras necessárias ao agir, ao ponto de ser possível classificações a priori de uma “boa conduta” ou um “correto agir”, ou mesmo de uma “verdadeira liberdade”, em contraponto a uma “falsa liberdade” ou “falso querer” ou “falso agir”.

regras, etc., aprendido (assim como um conhecimento) pelos agentes e por eles utilizado para se entenderem mutuamente. Na medida em que aprendida, ensinada e utilizada para a efetivação dos diversos objetivos individuais ao longo do tempo, ela se altera e se flexibiliza; ou se consolida e se enrijece como procedimento, assim entendido pelo grupo de relações.

É produto da ação humana, mas não propriamente de *design* humano. Assim como a língua comum, que não tem autor ou criador, mas só é propriamente uma língua quando reconhecida como uma prática necessária ao falar. Quer dizer, a língua portuguesa apenas o é, pois suas regras são tidas como necessárias à prática de falar português.

Práticas, portanto, não são unicamente uma expressão de um instrumento de poder²² ou o resultado de esquemas pensados com antecedência, mas produto da tentativa dos coexistentes de se relacionarem, apesar da disparidade de propósitos. A incerteza quanto ao agir do outro faz, espontaneamente, com que certos limites ou modos – certezas artificiais – sejam traçados e tornem-se obrigatórios para quem queira se relacionar. Como referiu Hayek:

“Toda a concepção de um homem já dotado de uma mente capaz de conceber a civilização estabelecendo-a é fundamentalmente falsa. O homem não impôs simplesmente ao mundo um padrão criado por sua mente. Sua mente é em si um sistema que muda constantemente como resultado de seu esforço para se adaptar ao seu entorno.”²³

Trata-se de uma relação adverbial à conduta, na medida em que condiciona, mas não determina, o conteúdo das ações e enunciações. Uma prudência, como refere Oakeshott, a ser seguida como um procedimento na

²² Ou para ser mais claro na terminologia marxista: não são superestruturas produto da inevitável condição econômica do homem, mas verdadeiras estruturas da ação interpessoal, como resultado do agir “entre outros”. Ver: MARX, Karl. *‘Preface’ to the Critique of Political Economy*. In: *Marx: Later Political Writings*. Cambridge: Cambridge University, 1996. p. 159-160.

²³ HAYEK, Friedrich A. von. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago, 2011. p. 74. (tradução livre)

ação e na enunciação, viabilizando um ambiente mais estável de comunicação entre indivíduos.

“Uma prática pode ser identificada como um conjunto de considerações, maneiras, usos, observações, costumes, padrões, máximas canônicas, princípios, regras, e ofícios especificando procedimentos úteis ou denotando obrigações ou deveres, que dizem respeito a ações humanas e enunciações. É uma prudente ou moral qualificação adverbial de escolhas e performances, mais ou menos complicada, na qual conduta é compreendida em termos de um procedimento.”²⁴

Portanto, a prática funciona como uma língua que permite que se fale, mas não estipula o que será falado. Os agentes não estão obrigados pela prática a adotar determinadas escolhas e a ter certos desejos. No entanto, o entendimento de uma prática no interior do conjunto de relações sociais prescreve a forma apropriada de falar ou dizer, ou seja, condiciona a ação.

Dessa forma, ainda que os agentes busquem diferentes objetivos e compreendam de forma diversa o mundo, a pré-existência de uma “língua para o agir” – *“uma prática pode propriamente ser reconhecida como uma linguagem de auto-revelação [self-disclosure] que apenas pode ser falada por agentes”²⁵* – enlaça o conjunto dos seres humanos na possibilidade de entender o próximo e se fazer entender.

A dicotomia no agir se estabelece entre o substantivo, presente na ação deliberadamente escolhida e intencionalmente praticada, e o advérbio condicionador da forma do agir. Ao sujeito cabe subscrever ou não ao condicionamento da prática, sem que esta prática imponha a ele o conteúdo do agir.

Não se tratam de regras ou práticas instrumentalmente ligadas a um objetivo, contudo. Se se busca montar um maquinário, as regras de montagem

²⁴ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 55. (tradução livre)

²⁵ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 58. (tradução livre)

são instrumentais ao desejo pela completude do bem. Caso descumpridas, podem implicar na insatisfação do sujeito. Caso cumpridas e, mesmo assim, não for possível a montagem, podem as regras serem vistas como inadequadas ou errôneas, pois perderam a relação instrumental com a montagem da máquina.

Por outro lado, a prática que permite a comunicação ou a relação entre propósitos individuais distintos – entre múltiplas liberdades - não está ligada aos objetivos do agir, mas apenas ao agir puro e simples. O condicionamento não é melhor, pior ou inadequado por não gerar o resultado esperado pelo agente, pois está ligado apenas ao fato de se agir. Não auxilia ou, ao contrário, até dificulta o resultado buscado, pois não está a ele ligado.

As regras de gramática, por exemplo, impõem muitas vezes conjugações, declinações e flexões irrelevantes, em muitos casos, para a essência da comunicação buscada, mas ainda assim a elas se procura sujeitar. São compreendidas pelo conjunto de indivíduos como necessárias articulações sintáticas da comunicação, como exigência daquele que quer falar – seja o que for falar.

Trata-se, assim, de um conjunto de normas ou regras que se apresenta com autoridade para vincular a todos, independente de seus objetivos. Em outras palavras, cada indivíduo na busca de seus propósitos substantivos, independente de quais sejam, está vinculado a uma norma ou prática adverbial dotada de autoridade²⁶.

Dessa forma, pode ser vista como uma prática moral, na terminologia *Oakeshott*, uma linguagem moral (*language of moral converse*)²⁷. E assim ele define a conduta moral como: “(...) agentes relacionados entre si no reconhecimento da autoridade de uma prática composta por condições que,

²⁶ Autoridade no sentido de “observância obrigatória” ou “necessária”.

²⁷ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 59. (tradução livre)

*por força de sua generalidade, atrai para si o nome genérico, 'prática': moralidade, mos*²⁸.

A esse mesmo conjunto pode-se dar o nome de tradição, costumes, práticas fundamentais, etc. Seu caráter como moral não diz respeito ao um sistema de valores superiores, mas a sua geral vinculatividade naquela comunidade, ou seja, ao fato de que elas foram adotadas naturalmente pelo conjunto como necessárias (dotadas de autoridade) para o agir. Não são um critério de julgamento de boas condutas, mas uma verdadeira língua a ser apreendida pelos agentes e utilizada na análise de sua situação e nas opções de ação que vislumbra para a satisfação de suas pretensões, permitindo assim compreender o próximo e ser compreendido dentro do meio de relações.

O vernáculo moral está presente em todos os momentos de ação e relação, é algo com a qual se aprende a lidar – como uma língua que se aprende a falar – tão-logo se tenha tomado consciência de si. No agir já se tem implicado o reconhecimento dessa prática moral, que condiciona o diagnóstico do sujeito e as escolhas de ação.

Ao tempo que inescapável, a conduta moral é contingente e histórica, assim como aqueles que a praticam. Cada conjunto de práticas morais é um momento na história das relações entre os indivíduos, afirmando-se e moldando-se no transcorrer dos acontecimentos. A conduta moral só se revela na ação; e, no agir, os seres humanos a requalificam constantemente.

Assim como uma língua, são várias as formas de falar e suas regras podem ser dolosa ou negligentemente desrespeitadas ou mesmo mudadas, quando se tornarem insensíveis as situações que regulam. Gerações, culturas e pessoas a falam de forma diferente no tempo e no espaço, mas sempre haverá uma moral condicionando ações e enunciações.

²⁸ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 60. (tradução livre)

Essas “regras morais especificam performances em termos de obrigações a subscrever a injunções. O que uma prática moral determina o apropriado, em geral, a ser dito ou feito, a regra moral torna mais explícito ao declara o que é **certo** fazer”²⁹. Uma prática não estanque, mas em constante formação; não natural – que não decorre de um Direito Natural ou pela obra da razão como instrumento de revelação –, mas historicamente construída; não propositiva ou teleologicamente condicionada; mas contingente aos fatos como ocorridos.

A necessidade de um terreno firme de regras ou expectativas normativas capazes de permitir a organização dessa multiplicidade de propósitos é a razão com que, naturalmente, o agir humana é produtor de uma prática ou tradição que o condiciona. Novamente, um produto da ação e não do *design*. A solução histórica e contingente de trazer, da melhor forma possível, a incerteza sobre o próximo para o campo da previsibilidade.

Em suma, a pluralidade de liberdades demanda, assim, uma forma de organização que permita o seu inter-relacionamento e sua convivência pacífica, sem que um se torne senhor do outro. *Rule of Law*, portanto, faz eco a essa necessidade; busca dar resposta a esse cenário ao demandar uma forma de ordenação das liberdades, ou seja, uma liberdade ordenada – coexistência de liberdades com a ordem –, na qual a ordem é condicionante e imperativa a todos, para que ninguém esteja condicionado a ninguém.

1.2 Tipos de Associações: *Enterprise Association* e *Civil Association*

Ainda que, para se relacionarem, indivíduos livres acabam por dar origem a conjuntos de práticas obrigatórias, que não impõem objetivos, apenas condicionamentos, não significa que seu agir é vazio. Pelo contrário, o campo das relações humanas é fundamentalmente composto por objetivos e visões de

²⁹ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 67. (grifos no original) (tradução livre)

futuro, atuações e enunciações com vistas ao esperado ou para evitar o temido. É exatamente essa multiplicidade de propósitos que demanda uma prática capaz de compô-los.

No entanto, não se está dizendo que em uma *Civitas*³⁰, seus *cives*³¹ não possam entender a si como destinados a terminado fim, ou seja, não está excluída a possibilidade da fé ou da autocompreensão como parte de algo maior. O que se quer afirmar é que o entendimento de si, do mundo e de sua posição nele é individual, relegado à livre consciência do agente. A teorização das relações entre os agentes prescinde da investigação da profunda consciência; basta a conduta humana.

Novamente, se a solução do convívio social estivesse na racionalização desses fins, sua descoberta ou especificação por meio de algum instrumento, não faria sentido dispor sobre um conceito político de *Rule of Law* como “regência do Direito”, bastaria a coroação do profeta ou do filósofo como soberano, assim como ao fim teoriza Aristóteles com a ideia de governo dos melhores.

Uma condição civil (estar em uma *Civitas*) pressupõe, portanto, a conduta de agentes que buscam a satisfação de seus interesses (situação futura desejada) na resposta de outros agentes, ou seja, a realização de seus propósitos substanciais. Todavia, nada impede que se relacionem entre si por um propósito substantivo comum – um desejado estado de coisas.

³⁰ Considerando que os conceitos de *Civitas*, *Lex*, *Respublica* e *Rule of Law* são utilizados com frequência e são muito próximos e para permitir uma mais clara compreensão das conclusões que se seguirão, cabe aqui uma especificação mais objetiva da terminologia própria de Oakeshott. *Civitas* é expressão que se refere à sociedade ideal relacionada na forma de uma associação civil. *Lex* é o nome atribuído a um tipo ideal de normas (em sentido amplo, como práticas dotadas de autoridade), de caráter adverbial e não substantivas, que regem esse tipo ideal de sociedade. *Respublica* é expressão para fazer referência a todo esse conjunto de condições prévias à *civitas*, incluídos os ofícios e as práticas de civilidade, ou seja, o todo de elementos necessários para que haja relação em termos de uma associação civil. Por fim, *Rule of Law* é conceito ideal para designar que, em determinada sociedade, por possuir o conjunto de elementos necessários da associação civil, os *cives* estão relacionados entre si apenas pela autoridade das regras de condicionamento (*Lex*) e não por propósitos substanciais ou distributivos.

³¹ Expressões latinas que designam, respectivamente, a comunidade política e seus membros livres, utilizadas com frequência por Oakeshott, sendo úteis para evitar a repetição e para especificar melhor os conceitos.

Nessa hipótese os membros estão unidos por um propósito comum, por um objetivo substancial a ser alcançado em unidade. Este propósito não necessariamente determina a ação individual específica de cada sujeito, pois cada associado ainda é livre para deliberar sobre a forma de agir na satisfação desse desejo comum, mas encerra uma relação não pela busca de vontades antagônicas – o comprador busca um bem, o vendedor um valor em espécie – e sim comum.

São exemplos desse tipo de relação: uma religião em que os fiéis promovem a fé; os donos e os empregados de um negócio que visa ao lucro; os associados de um clube recreativo, etc.

Nesse modo de associação, os membros ao agir buscam uma situação futura ligada àquele propósito comum, deliberam e escolhem agir com a esperança de que o resultado seja um futuro que promova aquele bem comum. Não há um determinismo na ação, mas uma comunhão no propósito que molda a relação entre todos e, assim, depende de um regramento condicionante dessa multiplicidade de ações.

Por tal razão, Oakeshott qualifica esse tipo de relacionamento como um “*management*”³², na medida em que os membros estão ligados à “gestão” de uma política voltada à promoção do interesse comum. A forma do poder interno e a alocação da responsabilidade pela produção das regras dessa associação podem variar, a depender de seus estatutos, seus costumes ou mesmo da crença da escolha divina de seu comando. Todavia, existe uma adesão à política associativa de promoção do propósito comum e uma relação de administração das atividades dos envolvidos.

A esse modo de relação, Oakeshott dá o nome de “*enterprise association*”³³, justamente por representar a união de indivíduos na promoção de um empreendimento qualquer. Característico desse modelo é o fato de ser

³² Pode ser traduzido livremente como “gestão” ou “administração”.

³³ A expressão será traduzida como “associação empreendedora”, aquela por meio do qual se desenvolve um empreendimento substancial, com objetivos materiais.

definido unicamente pelo seu propósito e não por suas regras. Uma padaria, que busca a produção de pães de determinada qualidade e o lucro com a sua venda, é assim definida por este objetivo e não pelas regras de hierarquia entre o dono e os empregados, pelas diretrizes de operação dos fornos ou mesmo pelo horário de funcionamento.

A prática (suas regras) compartilhada no interior de uma associação empreendedora não a define, pois a associação não se funda sobre elas, mas sobre o propósito comum que essa prática visa auxiliar. De igual modo, as regras que condicionam o agir dessa relação são do tipo instrumental, voltadas para a promoção da sua finalidade e só tem razão de ser na medida em que eficazes para tal propósito.

Ser membro de uma associação empreendedora significa compartilhar dos seus propósitos – ou, ao menos, desejar, por qualquer razão, fazer parte da sua promoção – e, assim, reconhecer a autoridade de suas regras. O critério de desejabilidade dessas regras diz respeito a sua propensão para dificultar ou auxiliar ao propósito comum.

Mesmo na hipótese radical de negação de todas as regras, a consequência não é necessariamente a dissociação. *“Na verdade, mesmo uma negação da autoridade dessas regras não seria por si um ato de dissociação, como seria se os termos da associação fossem as próprias regras”*³⁴.

No entanto, como a agremiação é baseada na busca de um propósito substantivo por meio da administração de uma política, *Oakeshott* a qualifica como necessariamente um modo de associação escolhido (*chosen*)³⁵, dependente da escolha de cada participante pela finalidade comum. No caso de reconsideração dessa escolha, a relação desmorona; assim como, quando alcançado o propósito, perde o sentido de existir.

³⁴ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 117. (tradução livre)

³⁵ A expressão poderia ser “voluntário”, mas o autor evita a referência direta a ideia de vontade, preferindo a imagem do agente “que escolhe” associar-se, entre as opções que entendeu possuir pela deliberação da sua consciência.

O autor resume:

“(...) o que eu tenho chamado de associação são agentes relacionados entre si em acordo quanto a um propósito a ser buscado, seja como co-negociadores com outros não relacionados da mesma forma, seja como associados visando um aproveitamento comum. Em virtude de ser associação em termos de desejos substantivos, estes constituem um único modo de relacionamento”.³⁶

As práticas nesse tipo de associação decorrem do afortunado alinhamento de propósitos dos seus membros. A multidão de vontades, por felizes circunstâncias, se alinha de tal forma a permitir uma unidade de ação. É nesse tipo de relações que efetivamente o homem se encontra com seu próximo de forma intensa, pois ali livremente compartilha seus propostos com os demais.

Uma família que compartilha o amor mútuo não produz regras para permitir o convívio de indivíduos livres e independentes, mas práticas de convívio em que possam usufruir das alegrias de ser pai, mãe ou filho. Uma igreja tem regras e ritos que visam à redenção, à elevação moral, à cumplicidade espiritual, e não apenas sistemas de composição de vontades conflitantes. Um grupo de velhos amigos estipulam formas de melhor aproveitar o tempo juntos, uma equipe estipula a melhor maneira de atingir suas metas, os moradores de um condomínio definem a sua administração, etc.

Em suma, a vida em sociedade, em seu sentido mais substancial ou profundo, ocorre no interior de associações empreendedoras. Pode-se dizer que, ao menos para a maioria, são a razão para se querer estar em sociedade, para se querer estar rodeado pelo próximo.

³⁶ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 118. (tradução livre)

Nessas não se pode falar em submissão ou coerção, pois apenas se formam e se mantêm enquanto cada membro mantiver sua adesão ao propósito coletivo. O homem aqui é irmão do homem e não senhor.

Embora esse modo da condição civil englobe uma infinidade de situações humanas diferentes e dê as verdadeiras cores da vida em comunidade, não deve ser confundido com seu paralelo, qual seja, a “*Civil Association*”³⁷. Nesse caso, o que é razão de ser da associação empreendedora – a livre adesão ao propósito comum – está ausente.

Ainda que comumente se faça parte de várias associações empreendedoras (família, amigos, negócios, associações, grupos, igreja, etc.), certamente se está em algo muito maior, envolvido por muitos que não compartilham dos mesmos propósitos e têm outros entendimentos sobre a melhor forma de agir. Enquanto a voluntária escolha por um propósito comum define a associação empreendedora, a associação civil decorre da grande variedade de propósitos, natural, mas assustadora.

A forma de compor liberdades conflitantes é por meio de uma prática moral que as condicionem, ou seja, do reconhecimento comum da obrigatoriedade de uma prática a ser observada – de natureza adverbial – pelos *cives* na ação ou na enunciação, enfim, uma relação apenas em termos desse reconhecimento. A associação civil, portanto, é uma forma de relação entre “estranhos”³⁸, pode-se dizer, uma necessidade da coexistência.

Trata-se de uma relação formal, firmada em torno de uma prática comum conhecida e entendida, que condiciona o agir de todos os membros, sem determinar o conteúdo substantivo dessas ações. É uma relação “autocontida”³⁹, pois não se esgota com o atingimento de qualquer propósito, mantendo-se pela ação contínua dos agentes em subscrever a sua prática, ainda que esta sofra modificações com o tempo.

³⁷ A expressão será traduzida como “associação civil”.

³⁸ Estranhos no sentido de não compartilharem dos mesmos propósitos ou entendimentos.

³⁹ Tradução livre da expressão “*self-contained*”. Ver: OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 121.

As regras desse tipo de associação não configuram uma prática instrumental como aquelas pertinentes à associação empreendedora, justamente por não haver finalidade substancial a ser alcançada. Cuida-se de uma prática moral que pretende observância em toda ação, sem propósito próprio e sem visar a finalidade substancial alguma⁴⁰. A sua marca é a necessidade dessas regras, como decorrência da coabitação do mundo, ou seja, necessidade da composição de todo o corpo social⁴¹ de forma a torná-lo aceitável ou habitável.

Nesse tipo de relação, as regras são necessárias, se impõem como dotadas de autoridade, mas a liberdade ainda está preservada. Não pela escolha livre quanto às finalidades, mas pela não sujeição às finalidades de ninguém, mas apenas aos condicionamentos das regras. Aqui a prática é regente, não os objetivos. O agir de algum pode trazer prejuízos, dificuldades ou insatisfações para outro, mas se a atuação se conteve aos condicionantes da prática, não há submissão ou jugo, mas apenas ordenação, ajuste de limites entre liberdades e propósitos.

A associação civil não demanda exclusividade, ao contrário, se sobrepõem e aceita as práticas das várias associações empreendedoras – igrejas, clubes, fábricas, escritórios, etc. A liberdade como não submissão ao próximo passa estar ameaçada apenas quando essas espécies se misturam, quando a adesão a um propósito ou finalidade específica passa a se revestir da autoridade e da necessidade de uma associação civil.

Pensar a sociedade política, que é o campo de abrangência da associação civil, como uma associação empreendedora significa exigir de seus membros adesão a algum propósito maior substantivo, que deve ser definido e

⁴⁰ Oakeshott atribui à insistência na busca de finalidade para a associação humana e à dificuldade dos pensadores políticos em reconhecerem a possibilidade de uma associação pela aquiescência formal de suas práticas o motivo da adoção da associação empreendedora como modelo teórico. Como esta exige a comunhão de escolhas por propósito substantivo comum, torna-se exigência lógica da teoria política a fixação de um “bem comum” ou um fim último da sociedade, para o qual passam os membros direcionar sua escolha.

⁴¹ Aqui pode-se falar, em termos menos específicos, em paz social, tranqüilidade do coletivo.

administrado por meio de uma política. Assim, as regras e práticas da sociedade deixam de ser a razão da reunião coletiva, para se tornarem instrumento de uma política promocional, perdendo autoridade própria para terem autoridade apenas e na medida em que auxiliam ao propósito substantivo. O Estado das leis passa a ser o Estado das políticas voltadas ao fim comum, e o abandono das regras não implica dissociação, pois a associação é imposta por seus fins.

Embora exija uma comunhão de projeto, a sociedade política vista e praticada como associação empreendedora é, ao mesmo tempo, obrigatória, o que produz um conflito entre adesão dos membros e obrigatoriedade da associação. Aqui a liberdade começa a ruir, pois os descontentes estão ainda obrigados, ou seja, são subjugados em suas escolhas em favor dos projetos escolhidos por aqueles que estão no comando (*Rule of Man*).

Diferentemente, na associação civil, o vínculo ou a fidelidade dos agentes diz respeito apenas às regras a serem observadas como condição de toda ação, sem relação aos fins buscados ou ao seu resultado. Portanto, teorizar sobre o *Rule of Law* não deixa de ser teorizar sobre como e qual a melhor forma para que uma associação política faça de suas normas – seu Direito – regente, ou seja, torne-se e mantenha-se uma associação civil.

1.3 *Rule of Law* como Associação Civil

Pensar uma situação política ideal em que o Direito assumira o papel fundamental da relação entre os *cives* implica reconhecê-la como uma associação civil. A marca do espectro político é a divergência de propósitos e a não conformidade; a paz ou a pacificação são a razão da sociedade civil.

Como referiu Aristóteles: “*não só a cidade é composta de um número de pessoas: ela também é composta de diferentes **tipos** de pessoas, pois a*

*cidade não pode ser composta por aqueles que são iguais uns aos outros*⁴². A natureza da *polis* é “*algum tipo de pluralidade*”⁴³ e buscar uma unidade plena de pessoas diversas é a negação ou a ruína da própria *polis*.

Santo Agostinho ao trabalhar o conceito de duas cidades – Cidade de Deus e Cidade Terrena – já enxergava a Cidade dos Homens como um necessário espaço de coexistência entre fiéis e infiéis, sendo o propósito do Direito dessa cidade manter a paz para que aqueles que creem nas bênçãos da próxima vida possam seguir sua peregrinação terrena pelos desígnios de Deus. A Cidade dos Homens, portanto, engloba a multiplicidade e depende do Direito – da ordem da associação humana – para obter a paz nesse mundo, que é caminho para o indivíduo livremente buscar (ou não) sua salvação.

“Assim, tanto os tipos de homens [fiéis e infiéis] como os dois tipos de famílias fazem uso das coisas essenciais para essa vida mortal; mas cada um tem seu próprio propósito muito diferente em fazer uso delas. Assim também a cidade terrestre, cuja vida não é baseada na fé, visa a uma paz terrena, e circunscreve o acordo harmonioso dos cidadãos quanto ao dar e ao obedecer a ordens para o estabelecimento de um tipo de compromisso entre as vontades humanas sobre as coisas relevantes para a vida mortal”.⁴⁴

A busca por um meio de pacífica convivência é tema repetido da filosofia política e do Direito. Kant definiu: “*O direito é o conjunto de condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar em acordo com o arbítrio de um outro, segundo um a lei universal da liberdade*”⁴⁵. Hobbes pensou o Estado como fuga à guerra generalizada e Locke como forma de assegurar e apaziguar o medo da insegurança.

⁴² Política II, 2, 1261a 22.

⁴³ Política II, 2, 1261a 10.

⁴⁴ Cidade de Deus, XIX, 17.

⁴⁵ KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Edipro, 2003. p. 407

O homem repetidamente foi visto como tendo “a *inclinação natural dos homens para agir como mestre sobre os outros*”⁴⁶, como referiu Kant. Ou Hobbes: “*uma inclinação generalizada de toda a humanidade, um desejo perpétuo e incansável de poder e mais poder, que cessa apenas na morte. (...) porque ele não pode assegurar o poder e os meios para viver bem, que ele tem no presente, sem a aquisição de mais*”⁴⁷. Liberdade sempre esteve em conflito, portanto, com o arbítrio. Ser livre é estar protegido ou preservado da mera vontade discricionária, é ter seus atos regulados e determinados por algo previsível e vinculado.

O conceito ideal de associação civil justifica essa forma de encarar o problema da constituição política, se afastando de uma tradição, se pode dizer, finalística ou teleológica de sociedade. Teorizar o Estado e a política nesse cenário necessariamente obriga a encarar as relações entre sujeitos pelo resultado contingente dos acontecimentos, a falar sobre o que já está posto. A associação civil não é criação teórica, mas formalização da prática em um modelo ideal, que seja capaz de ser aprendido teoricamente.

A adoção desse modelo é ferramenta para uma definição mais precisa e útil do termo *Rule of Law*⁴⁸, que nada mais é que a tentativa humana de estabelecer uma associação civil baseada no Direito, como meio de preservação da liberdade (não estar sujeito ao outro). O que constitui a associação civil – regras adverbiais condicionantes e não determinantes da conduta – é da essência do Estado de Direito: estar sujeito ao Direito e não ao outro.

⁴⁶ KANT, Immanuel. *The Philosophy of Law: an exposition of the fundamental principles of jurisprudence as the science of right*. Edimburgo: T. & T. Clark, 1887. p. 157. (tradução livre)

⁴⁷ HOBBS, Thomas. *Leviathan: The Matter, Forme, and Power of a Common-Wealth Ecclesiastical and Civill*. Floating Press, 2009. Disponível em: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/georgetown/detail.action?docID=441243>. Acessado em 06/08/2018.

⁴⁸ Como já referido, a tradução comum do termo como “Estado de Direito” é ambígua e complexa. Na medida do possível se utilizará a terminologia original *Rule of Law* ou, para evitar repetição, a tradução “Estado de Direito”, mas no sentido de “regência” ou “jugo” do Direito e não na percepção corriqueira como “estado democrático”, “direito justo” ou “estado democrático moderno”. Ou seja, a expressão sempre será usada para designar o tipo de associação humana que aqui se busca definir.

Ainda que previsibilidade e segurança jurídica sejam decorrência de um Estado de Direito – até mesmo como consequência da moralidade interna do Direito, como detalhadamente explicado por Lon Fuller⁴⁹ –, a sua razão de ser está na possibilidade prática de uma coexistência sem subordinação ao capricho alheio. Como referiu Nigel Simmonds: “(...) a virtude do *rule of law* consiste em sua incorporação de nossa independência do poder dos outros, não em sua realização de mera previsibilidade na ação governamental: mesmo quando estamos totalmente sob o poder da vontade irrestrita de nossos governantes, o exercício desse poder pode ser altamente previsível”⁵⁰.

A expressão, contudo, conta atualmente com várias conotações. Sua utilização moderna está mais ligada à qualificação de democracias ou repúblicas em que o governo pessoal ou arbitrário é substituído por um governo de leis. No entanto, não pode ser reduzida a uma qualidade da administração do Estado ou a um formato específico de distribuição do poder, mas representa uma forma de associação civil em que um “bem comum” ou uma finalidade substantiva não está no comando.

Rule of Law é um modo de associação em que a relação entre os seus membros está sujeita às regras e tão-somente a elas, sem demandar de cada um a adesão a um bem maior coletivo, mas apenas o reconhecimento da autoridade da *Lex*, ou seja, sem privar cada indivíduo de sua liberdade civil.

Rule of Law designa um modo de associação moral humana, baseada em regras (*laws* ou *lex*) que condicionam o agir humano, mas não impõe, não determinam e não são o caminho ou instrumento para a obtenção de determinados fins. Há um proposital vazio de propósitos na construção das regras, justamente porque são constituídas como condicionantes necessários para a mediação de propósitos não condizentes. Não visam orquestrar o agir dos membros da *civitas* para um fim comum substantivo, porque se o fizessem

⁴⁹ Ver: FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University, 1969.

⁵⁰ SIMMONDS, Nigel. *Law as a Moral Idea*. New York: Oxford Press, 2007, p. 90. (tradução livre)

não mais serviriam ao propósito de mediação entre os *cives*, mas seriam instrumento de alguma vontade poderosa (*rule of men, by Law*).

“A expressão ‘the rule of law’, precisamente, designa um modo de associação moral exclusivamente em termos de reconhecimento da autoridade de regras conhecidas e não instrumentais (ou seja, leis), que impõem obrigações de sujeitar-se a condições adverbiais na performance de ações de todos os que estejam sob sua jurisdição.”⁵¹

A intenção de cada agente, seus objetivos e aspirações são irrelevantes para a associação civil (*civitas*). Nesse tipo relação, interessa apenas que seus membros venham a agir em conformidade – condicionem seu comportamento – com o conjunto de normas (*lex*) reconhecidas como dotadas de autoridade. No entanto, resta questionar qual a possibilidade de sua efetivação e quais os elementos constitutivos de uma associação na qual não se pode definir um porto seguro de objetivos e finalidades.

1.4 A Liberdade no Conceito de *Rule of Law*

A definição de liberdade pressuposta nesse conceito de Estado de Direito merece especificação maior. A liberdade aqui não pode ser qualificada como um direito (*right*) no sentido jurídico – ordem negativa oponível a outros no que diz respeito ao agir –, nem generalizada como a prerrogativa de fazer ilimitadamente o que a vontade determinar. A liberdade conciliável com a autoridade pelo *Rule of Law* reflete mais uma condição de não sujeição a políticas ou propósitos comuns, do que uma prerrogativa; é um estado de independência ou de não sujeição ao arbítrio de um ou de muitos no tocante ao sentido e aos caminhos da existência.

⁵¹ OAKESHOTT, Michael. *The Rule of Law*. In: *On History and Other Essays*. Indianapolis: Liberty Fund, 1999. p. 148. (Tradução livre)

Estar livre é poder, com plenitude, manifestar o agir humano, quando pode desejar uma futura situação e escolher e julgar a forma de agir. Estar, por outro lado, vinculado de forma compulsória a uma associação – o Estado é compulsório – e ser obrigado a aderir a um propósito específico implicam a própria negação da liberdade, uma condição de servidão ao coletivo.

“[Alguém] estar associado na realização de ações conjuntas relacionadas de forma contingente a um propósito comum e não ter escolhido sua situação por si mesmo e ser incapaz de desenredar-se dela, revogando essa escolha, seria como ter rompido a ligação entre crença e conduta que constitui o agir moral”⁵²

Portanto, essa liberdade essencial ao Estado de Direito representa a não sujeição do individual ao coletivo. Não se trata de excluir ou qualificar como ruim *per si* a busca de um “bem comum”, pois os indivíduos o fazem de todas as formas, nas várias associações empreendedoras que escolhem fazer parte: uma religião organizada, uma confraria, uma associação de caridade, um clube, uma organização comunitária, etc.

A supressão da liberdade está na compulsoriedade da adesão a propósitos substantivos por imposição do Estado, ou seja, em ser obrigado a se relacionar por políticas e não por regras. Liberdade só pode ser assim definida pelo seu oposto, qual seja, sujeição. Como explica Hayek com relação ao conceito de liberdade:

“O homem, ou pelo menos o homem europeu, entra na história dividido em livre e não livre; e essa distinção tinha um significado muito definido. A liberdade dos livres pode ter diferido amplamente, mas apenas no grau de independência que o escravo não possuía. Significava sempre a possibilidade de uma pessoa agir de acordo com suas próprias decisões e planos, em contraste com a posição de alguém que estava irrevogavelmente sujeito à vontade de outro, que

⁵² OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 158. (Tradução livre)

*por decisão arbitrária poderia coagi-lo a agir ou a não agir de maneiras específicas. A frase honrada pelo tempo pelo qual esta liberdade tem sido frequentemente descrita é, assim, ‘independência da vontade arbitrária do outro’.*⁵³

Nesse sentido, a liberdade proporcionada pelo Estado de Direito é espécie de liberdade condicionada – termo mais apropriado, mas que não exclui a idéia de “liberdade ordenada” –, na medida em que, embora livre de agir em favor de um propósito coletivo que não escolheu, o indivíduo está obrigado a subscrever às regras condicionais do coletivo na busca de suas próprias aspirações. Quer dizer, não se trata de um ilimitado direito de agir⁵⁴ ou um direito natural a ser oposto aos demais, mas uma libertação quanto a propósitos coletivos, sem descuidar de um condicionamento da ação, indispensável para a manutenção da ordem social; uma “*condição dos homens em que a coerção de alguns por outros é reduzida tanto quanto é possível na sociedade*”⁵⁵.

O “estado de coisas” proporcionado pelo *Rule of Law* – ou a desejabilidade ou o valor dessa forma de sociedade – não está ou não se constitui com o “império das leis” ou com a garantia de determinados direitos tidos por importantes⁵⁶, nem mesmo com a criação de instituições representativas ou “democráticas”. Independente da forma de governo ou do equilíbrio do poder num dado contexto social, o que é indispensável ao Estado de Direito é a manutenção da liberdade dos indivíduos quanto a propósitos coletivos substantivos. É o estado de liberdade condicionada dos membros – que decorre da redução das relações sociais compulsórias a apenas regras

⁵³ HAYEK, Friedrich A. von. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago, 2011. p. 59. (tradução livre)

⁵⁴ Não se trata de um estado de licença ou de natureza preconizado por Locke.

⁵⁵ HAYEK, Friedrich A. von. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago, 2011. p. 57. (tradução livre)

⁵⁶ Diferente da posição de Dworkin, que em seu raciocínio enxerga no Direito não uma forma de ordenação do coletivo, mas uma imposição à liberdade como forma de promover mais igualdade ou menos desigualdade. Assim, o autor constrói uma percepção conflituosa entre liberdade e igualdade e relega o processo de adequação desse conflito a um juiz (Hércules) capaz de conduzir a sociedade a um equilíbrio. Ver: DWORCKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

adverbiais – que garante serem governados apenas por leis e não por arbítrios em forma de lei.

Nessa perspectiva, um sistema positivo, complexo e denso, formado ao redor de normas promulgadas de forma democrática (com representantes eleitos), de rol de direitos e da independência judicial não é critério, nem garantia para a elevação de um Estado de Direito. Mesmo nessa hipótese de sociedade, se o conjunto normativo e suas práticas exigirem do indivíduo que aja na promoção de um objetivo substancial de forma compulsória, estar-se-á a frente de um governo de gestores sociais e não de leis, sem liberdade no sentido aqui proposto.

2 Condições Necessárias do *Rule of Law*

Tendo por pressuposto que o Estado de Direito deve se prestar à efetivação do ideal de liberdade como um estado de não sujeição ao arbítrio alheio, resta questionar que elementos seriam necessários para constituir este modelo de relação política. Trata-se de um sistema de liberdade ordenada, em que ordem e liberdade coexistente, mas para tanto certos elementos devem estar presentes para dar funcionalidade a essa pretensão.

A mera aclamação do *Rule of Law* como modelo ideológico ou aspiração retórica não o torna útil como ferramenta da filosofia política. Impossível analisar qualquer experiência história sem que se definam seus elementos constitutivos, capazes de serem buscados na experiência concreta. Como se pode fundar a autoridade desse sistema e como devem estar articulados seus elementos para que, na medida do possível, a ordem esteja a serviço da liberdade.

2.1 Autoridade como Pressuposto do *Rule of Law*

A idéia de autoridade é necessária ao conjunto de práticas que pretende normativamente regular o todo coletivo, a *respublica*, sendo pressuposto da associação civil e, portanto, do Estado de Direito. Mas qual a origem da autoridade de um sistema normativo em que a referência a um Direito Natural ou regra uníssona de reconhecimento é pensada como atentatória à pluralidade de propósitos individuais. Ou seja, na perspectiva do indivíduo e da neutralidade teleológica da sociedade, onde encontrar o elemento de autoridade do sistema posto, capaz de diferenciá-lo de todas as outras

enunciações prescritivas não vinculativas. Porque se deve obedecer às regras da *respublica*?

A questão da autoridade, portanto, não pode estar fundada apenas em uma “regra de reconhecimento” ou norma fundamental teórica. Shirley Letwin formula bem o problema: “*por que devo obedecer a qualquer lei que tenha consequências que considero indesejáveis?*”⁵⁷. A interrogação diz respeito à dotação inicial desse atributo fundamental da autoridade a dado conjunto de normas, de tal forma que este se coloque como necessário e capaz de produzir obrigações entre os associados, embora inexistam finalidades e propósitos substanciais a servirem-lhe de justificativa.

Num cenário de divergência, aprovação e aceitação devem estar separadas quando se fala em autoridade do Direito. Ter agrado ou satisfação com as normas postas não se confunde com o reconhecimento de sua autoridade, de seu status como obrigatórias – capazes de validamente produzir deveres.

A sustentação fundamental ao Estado de Direito, portanto, está na sua aceitação – critério contingente e histórico – como um conjunto de regras dotadas de autoridade; e não numa eventual correspondência entre o conteúdo da norma e um ideal metafísico ou determinista. A autoridade do Direito não é uma decorrência do Estado de Direito, mas é uma condição de seu surgimento. A prática adverbial comum, para que seja elemento da relação entre os membros, deve ser autoritativa, não se podendo dizer que a lei ou Direito possa conceder a si mesmo tal atributo⁵⁸.

⁵⁷ LETWIN, Shirley R. *On the History of the Idea of Law*. Cambridge: Cambridge University, 2005. p. 216. (tradução livre)

⁵⁸ *Oakeshott* não nega que a *Lex* seja dotada de normas de autenticação de suas próprias regras individuais. Internamente, para ser um sistema, a *Lex* possui regras de reconhecimento da autoridade de suas normas internas. Sem muitos detalhes, aqui se pretende dizer apenas que a questão da autoridade que realmente importa é aquela que diz respeito à autoridade da *respublica* como um todo. A idéia de sistema, assim como na Teoria Pura do Direito de Kelsen, pressupõe o momento teórico da regra de maior de reconhecimento que seja capaz de fechar o conjunto, ou seja, nos termos aqui utilizados, que seja capaz de dar a “primeira” ou fundamental autoridade. É como essa autoridade, que para *Oakeshott* tem natureza moral, que ele está preocupado, o resto são detalhes de um sistema como qualquer outro sistema de

Hobbes introduz a ideia de autoridade como solução para a guerra de todos contra todos, que emerge naturalmente de sua visão de indivíduo como um ser racional, mas dotado de uma razão comum ou mundana – instrumento para entender e reagir ao mundo – e não como veículo para acessar um padrão superior ou divino de verdade ou dever moral. Ou seja, a pluralidade de entendimento e vontades leva ao indesejado estado de conflito, demandando a definição de uma autoridade para a qual prestar obediência.

A fuga do arbítrio dos outros se dá, em Hobbes, por meio de um *pactum subiectionis* a um soberano, concedendo e constituindo uma autoridade – pessoa ou assembleia de pessoas - a ser obedecida e que pode exigir pela força cumprimento de regras. No entanto, longe de buscar justificar um estado de servidão frente ao soberano⁵⁹ – de sujeição dos governados ao puro arbítrio da autoridade – a pretensão de Hobbes é oferecer alternativa ao problema da insegurança no estado de natureza.

“Mas como homens, para a preservação da paz e a conservação de si mesmos, criaram um homem artificial, que chamamos de nação [commonwealth]; assim também criaram correntes artificiais, chamadas Leis Civis, as quais eles mesmos, por acordos mútuos, amarraram um dos extremos aos lábios daquele Homem, ou Assembleia, a quem deram o Poder Soberano; e no outro extremo para seus próprios ouvidos. Estes laços, que em sua própria natureza não são fracos, podem, no entanto, ser mantidos pelo perigo, embora não pela dificuldade de quebrá-los.”⁶⁰

Ou seja, o estado de sujeição ao Direito produzido pelo soberano (“*correntes artificiais*”) é sustentado fundamentalmente pelo medo ou risco de rompimento da ordem social; e não propriamente pela rigidez da sujeição do

normas. Ver: OAKESHOTT, Michael. *The Rule of Law*. In: *On History and Other Essays*. Indianapolis: Liberty Fund, 1999.

⁵⁹ Apesar de essa ser a interpretação mais tradicional e corrente sobre o autor, não parece a mais adequada. Ver: LETWIN, Shirley R. *On the History of the Idea of Law*. Cambridge: Cambridge University, 2005. p. 91-107.

⁶⁰ HOBBS, Thomas. *Leviathan: The Matter, Forme, and Power of a Common-Wealth Ecclesiastical and Civill*. Floating Press, 2009. Disponível em: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/georgetown/detail.action?docID=441243>. Acessado em 06/08/2018.

indivíduo. Como refere Letwin em sua análise sobre Hobbes: “(...)embora neste sentido o soberano seja 'absoluto', ele não pode ser um tirano exercendo poder arbitrário porque ele não poderia assim garantir 'paz'. (...)insegurança pode ser criada por um governo que impõe ordens arbitrárias não menos do que por desordem ou anarquia.”⁶¹.

A ideia de que determinada ordem normativa pode ser tida como obrigatória – dotada de autoridade – sem que, necessariamente, seja apreciada por seus destinatários é fundamental ao Estado de Direito. A lição de Hobbes é importante para destacar essa perspectiva da autoridade de um sistema como originada da sujeição a um conjunto de regras, independente de sua correspondência com critérios externos: “*auctoritas non veritas facit legem*”⁶².

Nem mesmo as normas desse sistema dependem de uma relação natural, teleológica ou técnica com determinado valor ou objetivo. Quer dizer, não importa se tais normas, por exemplo, promoverão o desenvolvimento econômico de determinada sociedade ou trarão dificuldades, pois este não é o enfoque, nem a fonte de sua justificação. Apenas o fato de serem reconhecidas ou percebidas como dotadas de autoridade é suficiente para requerer a conformidade do agir individual e unir o conjunto dos membros do corpo social sobre a égide de uma mesma prática ou Direito.

Oakeshott, por sua vez, traz uma abordagem mais refinada da questão no que diz respeito a sua percepção quanto ao atributo da autoridade das normas. Diferentemente de autores como Hobbes, John Locke e Rousseau, que para dar fechamento estrutural a suas teorias dependem da conceituação de um momento de “rendição” da liberdade humana para a formação de um contrato mítico e teórico de justificação do Estado - seja pelo prévio estado de natureza de guerra ou de paz ou pelo aprisionamento civil russeauniano – a autoridade do sistema repousa apenas no fato de que determinando conjunto

⁶¹ LETWIN, Shirley R. *On the History of the Idea of Law*. Cambridge: Cambridge University, 2005. p. 95. (tradução livre)

⁶² Tradução livre: “a autoridade, e não a verdade, faz a lei”

de normas é percebido ou reconhecido como de “regras morais” – no sentido de incondicionalidade do dever – dotadas de autoridade.

Teorias contratuais sempre exigem uma remissão a um momento histórico lendário, como na construção do imaginário americano pela Declaração da Independência. As críticas a essas teorias são várias: ou não há como comprovar a ocorrência do contrato histórico, apenas supô-lo por inferência; ou historicamente comprovado (p. ex. a Constituição americana) aqueles que manifestaram sua vontade para criar a associação não mais compõe o corpo social.

Em suma, tais visões sempre dependeram da mitologia do contrato inicial e da suposta vinculação histórica dos seres humanos do presente com os criadores do passado. *Oakeshott* não se afasta da necessidade da autoridade proposta por Hobbes, apenas teoriza a questão sem referenciar um momento específico de criação do Direito ou do Estado, para trabalhar uma idéia de “estado” ou “permanência” da aceitação da autoridade das normas.

A fonte da autoridade, portanto, recai sobre o subordinado e não está acima do soberano. As normas que compõem o Direito só são dotadas de autoridade na medida em que assim forem reconhecidas (*recognized ou acknowledged*), ou seja, tidas por autoritativas.

O verbo “concordar” (*consentire*), necessário a ideia de contrato social ou ato de criação voluntária de vários participantes, dá lugar a “reconhecer” (*recognescere*). Assim, o pertencimento do indivíduo ao conjunto social como sujeito de suas normas e de sua autoridade, para fins teóricos, não depende mais de uma construção mitológica e/ou histórica, alcançando um espectro de renovação constante com o reconhecimento de novos indivíduos. O “reconhecer” não pressupõe ou induz a uma comunhão de opiniões ou vontades (contrato ou acordo) na formação de uma unidade de sujeitos aquiescentes, como decorreria de “concordar”. *Steven Anthony Gerencser*

arremata: “*nenhuma harmonia de propósitos ou união de vontade existe na civitas, na ‘civitas’ há recognoscere, mas não consentire*”⁶³.

A autoridade como condição da associação civil não está ligada a um ato único, histórico ou mitológico, de atribuição dessa característica, mas “(...) *no contínuo reconhecimento dos **cives** (...)*”⁶⁴. Não depende da concordância dos sujeitos com suas normas, nem do temor ou do interesse pelas consequências de sua observância ou inobservância; mas simplesmente do reconhecimento de que determinado conjunto de práticas são dotadas de autoridade e prescrevem condicionamentos que devem necessariamente ser observados no agir.

No entanto, não se está a exigir que esse reconhecimento se pautar por razões conscientes da autoridade, como se o *Rule of Law* fosse uma realidade apenas numa sociedade de filósofos esclarecidos. Uma sociedade estruturada por uma lei divina ou por um “contrato histórico” como fundamento de reconhecimento de autoridade não necessariamente está excluída da modalidade de Estado de Direito.

Reconhecer determinado documento – como a Constituição norte-americana – ou determinado Deus e sua Igreja como fundamentos para que se aceite a autoridade do Direito não exclui a possibilidade de um Estado de Direito. Necessário é que as relações entre os sujeitos se dêem pelo reconhecimento dessa autoridade dada a um conjunto de normas de caráter adverbial e não pela comunhão de um propósito substancial comum.

A autoridade é o reconhecimento pelos indivíduos do seu estado de sujeição ou obrigação em relação a suas práticas, independentemente da origem dessa disposição – da origem da legitimidade. A “mitologia” ou a tradição que historicamente produz um contingente reconhecimento da

⁶³ GERENCSEK, Steven Anthony. *The Skeptic's Oakeshott*. Nova York: St. Martin's Press, 2000. p. 118. (tradução livre)

⁶⁴ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 154. (grifos no original) (tradução livre)

autoridade é, portanto, um atributo acidental e histórico desse reconhecimento por dada sociedade.

Estar relacionamento com outros indivíduos em uma associação civil pressupõe justamente esse reconhecimento, independente da origem histórica da sua legitimação: “*é relacionamento quanto ao reconhecimento das regras como regras*”⁶⁵; “*é reconhecê-lo como um sistema de Direito*”⁶⁶.

Aprovação e reconhecimento não se misturam na questão da autoridade. Aceitar a posição de determinado conjunto de regras como capaz de produzir obrigação não significa concordar com seu teor, aprovar suas formas ou desejar seu cumprimento. Reconhecer autoridade é apenas tomar determinada prática como de subscrição necessária, independentemente do desgosto quanto aos seus termos.

Aceita-se a autoridade de uma ordem constitucional na medida em que, ao buscar agir no meio social, sempre se busca referenciar suas ações àquele conjunto de condicionamentos, mesmo que a intenção seja deliberadamente descumpri-lo. Mesmo ao escolher não subscrever a uma prática, não significa não a reconhecer, pois se está consciente do inadimplemento uma obrigação que se aceita como válida. “*Os cidadãos que acham uma lei muito iníqua para ser observada podem se recusar a cumpri-la sem negar o respeito pelo estado de direito, se eles reconhecerem que estão violando a lei e aceitarem as consequências estipuladas pela lei.*”⁶⁷

Autoridade de uma *Lex* é reconhecimento e não concordância ou aceitação pelos obrigados por ela. Ou seja, “*associação civil é relacionamento*

⁶⁵ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 148. (tradução livre)

⁶⁶ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 149. (tradução livre)

⁶⁷ LETWIN, Shirley R. *On the History of the Idea of Law*. Cambridge: Cambridge University, 2005. p. 341. (tradução livre)

*em termos do reconhecimento da autoridade da multiplicidade de leis e condições similares a lei que constituem **respublica***⁶⁸.

Diferente de Hobbes, contudo, perceber a autoridade como pressuposto da ordem do Direito não implica necessariamente na supremacia do soberano como agente pessoal, o que poderia levar – como de fato levou – a justificar um *Rule of man, by Law*. Autoridade como reconhecimento e aceitação do sistema como obrigatório é pressuposto do Estado de Direito, mas não o define por completo.

Na medida em que a liberdade e a divergência de propósitos são pressupostas, a autoridade não é produto de um Direito Natural ou outro critério racional, mas decorre apenas do reconhecimento – por qualquer razão ou motivo – pelos indivíduos de que a ordem posta é obrigatória e, portanto, é indevido descumpri-la. Frise-se não se tratar de aceitação, concordância ou acordo, mas reconhecimento – eventualmente, rendição.

No entanto, o simples fato de uma ordem jurídica ser dotada de autoridade não significa que configura um *Rule of Law*. Este exige mais, exige que o regente seja o Direito, ou seja, que a soberania da ordem seja do Direito e não pelo Direito. Mesmo as tiranias são, contingencialmente, obrigatórias para aqueles que se rederam (ou aceitaram) sua vinculatividade, o que não significa que sejam um Estado de Direito.

⁶⁸ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 158. (grifos no original) (tradução livre)

2.2 A Lex Necessária ao *Rule of Law*

2.2.1 Normas como não instrumentais

Um sistema que coloque o Direito como regente, com vista a proteger a liberdade – estar livre do arbítrio ou dos propósitos alheios – não pode ser uma relação em virtude de um propósito ou propósitos substantivos, nem um jogo com parâmetros de vitória, mas um permanente vínculo em razão da subscrição a determinadas regras condicionais.

Estas regras demandam uma característica específica. Não podem ser instrumentais ou compreender uma prática prudencial para a realização de determinado fim, nem podem ser as regras de um jogo de cartas, pois não há o engajamento dos participantes em uma batalha pela vitória. Não se confundem com o tipo de normas de uma associação empreendedora, cujo objetivo final é o verdadeiro guia, sendo as normas para alcançá-lo de natureza secundária, substituível e sempre sujeitas a um juízo de conveniência e oportunidade.

Como já ressaltado, na associação empreendedora, como em uma empresa ou igreja, a liberdade está preservada pela voluntariedade da subscrição. Ou seja, a inexistência de coerção às finalidades – no conceito bem posto por Hayek de submissão aos objetivos escolhidos por outro⁶⁹ – é o motor desse tipo de relação, o que a torna, em regra, desejável e preenche o anseio humano de cooperação e participação.

Todavia, no campo da política, no relacionamento “entre estranhos”, a liberdade depende de um equilíbrio entre propósitos conflitantes, de uma não escolha ou do não favorecimento de um em detrimento do outro. Os estranhos, portanto, aqui não dispõem da facilidade de ter um objetivo ou fim único, mas

⁶⁹ Ver: HAYEK, Friedrich A. von. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago, 2011. p. 199-214 .

contam apenas com as normas como razão de estarem relacionados – e não estarem em eterno conflito.

Nesse tipo de relação, as normas não são secundárias e não podem ser avaliadas por critérios de eficiência. No *Rule of Law*, por consequência, o Direito não é auxiliar ou instrumental ao regramento das relações sociais, mas razão de ser dessas relações, o que exige determinadas características específicas.

Devem ser regras adverbiais que condicionam o agir e o enunciar, mas não determinam o seu conteúdo, nem o direcionam a uma finalidade qualquer. São apenas regras a serem entendidas como de subscrição necessária no processo de deliberação interna quanto a como agir. Formam um sistema de práticas morais que prescrevem as condições de uma conduta justa; ou seja, determinam um agir justo na relação entre os *cives*, sem prescrever um objetivo substancial.

Como toda regra, *Oakeshott* aponta para as necessárias características de clareza, não contradição, publicidade aos destinatários e ausência de exceções arbitrárias a sua aplicação⁷⁰. Ou seja, são regras como as demais, mas o que as diferencia – designação específica para as regras da associação civil – é o fato de compor um sistema autossuficiente, que define a si próprio e os limites de sua jurisdição.

As regras de um jogo estão relacionadas entre si apenas em função do propósito de disputar pela vitória, são constituídas de forma aleatória para a identificação do jogo. As regras instrumentais, ainda que formem um sistema, estão relacionadas e foram arranjadas com vistas ao propósito substantivo almejado e regulam apenas a busca por este objetivo.

⁷⁰ Oakeshott aqui faz referência ao que Fuller designou como a “moralidade interna da lei”, destacando uma eticidade procedimental das normas. Fuller elenca com mais clareza quais seriam as necessárias características formais das normas: generalidade, promulgação, irretroatividade, clareza, não-contradição, possibilidade (não exigir o impossível), estabilidade e congruência. Pode-se dizer, assim, que Oakeshott pressupunha esses elementos como os atributos necessários das normas adverbiais capazes de ordenar uma associação civil. Ver: FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. 2ª Ed. New Haven: Yale University, 1969. p. 38-39.

As normas que se prestam a um Estado de Direito, por outro lado, devem compreender um conjunto sistêmico de regras – contingente e historicamente construído – que não visa qualquer ação substantiva, apenas pretende subscrição em todo agir, não regulando um jogo ou objetivo, mas toda e qualquer atividade humana futura, de qualquer tipo e com qualquer objetivo – assim como uma língua regula qualquer discurso. É, portanto, um sistema fechado em si, de regras condicionantes da conduta, que não comanda ou determina qualquer objetivo substantivo, que, como forma de diferenciação terminológica em relação a qualquer outro conjunto de normas, se pode convencionar chamar de *Lex*⁷¹.

Sua validade ou sua autenticidade não pode ser objeto de avaliação com base na concordância de suas determinações com um “bem comum”, um Direito Natural ou um imperativo de conduta. A autenticidade da *Lex* decorre do fato de ter autoridade, de ser reconhecida e entendida como dotada de autoridade. Determinadas regras específicas podem passar pelo teste de pertencimento ao sistema⁷² para definir se foram produzidas e estão em vigor no interior da *Lex*. No entanto, o conjunto não drena sua autoridade de uma norma fundamental maior ou um modelo ideal de Direito, mas do fato de ser historicamente reconhecido como dotado de autoridade e, portanto, de subscrição obrigatória.

Assim, a *Lex* compõe o conjunto de regras adverbiais que demandam subscrição no agir, mas não se destinam a um propósito. Sem uma finalidade substantiva, o âmbito de sua abrangência não pode ser definido como uma regra instrumental – aplicável quando se estiver na busca do propósito – ou como as regras de um jogo – que se aplicam quando se está jogando. A jurisdição da *Lex* é definida pela própria *Lex*, de forma que circunscreve os próprios limites da *civitas* e o âmbito de sua aplicação.

⁷¹ Utiliza-se a terminologia mais especificada proposta por Oakeshott em sua obra.

⁷² Pode-se fazer referência a lógica interno ao Direito que Kelsen estabelece em sua Teoria Pura do Direito, na qual busca traçar regras para esse teste de pertencimento por hierarquia das normas. Ver: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Todavia, a relação não se estabelece no plano abstrato das regras, mas no uso diário que os *cives* fazem de suas prescrições adverbiais ao aplicá-las a situações substanciais; ou como prefere dizer *Oakeshott*: “(...) *um procedimento no qual considerações gerais estão relacionadas a circunstâncias contingentes*”⁷³. A *Lex* é pressuposto necessário da associação civil não como entidade abstrata, mas como condicionamento do agir contingente e diuturno dos associados.

2.2.2 Regras *versus* Comandos

Como referiu Lon Fuller: “*o primeiro desiderato de um sistema de sujeição da conduta humana à governança de regras é óbvio: deve haver regras. Isto pode ser nomeado como o requisito de generalidade*”⁷⁴. As normas necessárias a um Direito que se pretende seja razão do sistema político não podem ser comandos ou ordens, específicos e determinados, mas regras gerais para regular a conduta.

Cabe, primeiro, esclarecer o que se pretende identificar na diferenciação entre regras e comandos. Regras possuem o caráter geral e abstrato, estipulando a forma de realizar determinado ato para obter determinadas consequências jurídicas ou, paralelamente, estipulando punições para determinadas condutas. Não há a identificação de destinatários certos e previamente reconhecidos, bem como não incorporam uma determinação para que o ato seja realizado ou não. Elas servem como condicionantes – ou até facilitadores – das ações dos indivíduos na busca dos seus próprios propósitos, são uma necessidade ou obstáculo a ser considerado e observado por aquele que pretenda agir de determinada forma.

⁷³ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 130. (tradução livre)

⁷⁴ FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. 2ª Ed. New Haven: Yale University, 1969. p. 46. (tradução livre)

O legislador – a autoridade responsável pela formulação de uma regra – não tem consciência ou certeza quanto aos destinatários da norma, nem se a situação prevista na regra ocorrerá efetivamente (os destinatários frente à regra possuem a opção de não agir). Assim, não pode, por meio de regras gerais e abstratas, buscar determinar que seus propósitos prevaleçam sobre os demais, ainda que possa impor condicionamentos.

“(...) ao obedecê-las, o indivíduo ainda busca os seus próprios fins e não os do legislador. De fato, fins específicos de ação, sendo sempre particulares, não devem entrar em regras gerais. A lei proibirá matar outra pessoa ou matar exceto em condições, definidas de modo que possam ocorrer em qualquer momento ou local, mas não a morte de indivíduos particulares.”⁷⁵

É desse tipo de “rules” de que fala Fuller, aquelas normas que possuem generalidade e, por isso, quando efetivamente gerais e abstratas, não são um veículo dos propósitos do legislador e não limitam a liberdade dos agentes. São verdadeiras condicionantes da ação; são o elemento da ordem em um sistema de liberdade ordenada. Elas *“(...) apenas fornecer o quadro dentro do qual o indivíduo deve se mover, mas dentro do qual a decisão é sua”⁷⁶*.

Por sua vez, comandos especificam a prática e/ou a abstenção de atos por determinada pessoa ou categoria de pessoas. São *“projetados para produzir uma mudança previsível no comportamento; quanto mais particular for a ordem, mais inequivocamente podemos identificar qual comportamento irá mudar e de que forma”⁷⁷*. Mesmo emitidas a uma pessoa em particular ou a determinada categoria, tem por objetivo atender apenas ao interesse daquele que a emite, deixando sem alternativa os seus destinatários.

Comando implica, assim, supressão da liberdade. Um Direito construído unicamente com base em comandos é mero instrumento para a efetivação do

⁷⁵ HAYEK, Friedrich A. von. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago, 2011. p. 221. (tradução livre)

⁷⁶ HAYEK, Friedrich A. von. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago, 2011. p. 220. (tradução livre)

⁷⁷ LETWIN, Shirley R. *On the History of the Idea of Law*. Cambridge: Cambridge University, 2005. p. 334. (tradução livre)

arbítrio daquele – ou daqueles – que os emitem; é um estado de constante sujeição ao *rule by man*. A *Lex* necessária a estruturação de um *Rule of Law* é, portanto, aquele conjunto normativo constituído primordialmente por regras – e não comandos – de caráter adverbial e não instrumental, cuja função é ordenar a sociedade sem eleger propósitos individuais em detrimento de outros.

“Assim, no centro da ideia de direito há uma distinção nítida entre a obrigação de subscrever certas condições ao fazer o que escolhermos e a obrigação de realizar essa ou aquela ação em um determinado momento e lugar.

Nossa liberdade de escolha depende da medida em que somos regidos por regulamentos que têm o caráter de regras e não de ordens.”⁷⁸

Um ideal de liberdade ordenada só é possível por meio de um Direito construído primordialmente por regras gerais e abstratas, voltadas à delimitação dos espaços individuais e não à promoção de determinado propósito ou estado de coisas ideal⁷⁹. Ordens devem assumir um papel secundário e limitado a situações em que a efetivação das normas gerais depende da atuação coercitiva do estado, como ficará claro.

2.3 A Política necessária ao *Rule of Law*

Aceitar ou reconhecer a autoridade de um sistema de normas não impede o indivíduo de fazer, por sua própria consciência, um juízo valorativo

⁷⁸ LETWIN, Shirley R. *On the History of the Idea of Law*. Cambridge: Cambridge University, 2005. p. 335. (tradução livre)

⁷⁹ Hayek argumenta quanto a essas regras de natureza geral e não propositivas como “regras da natureza”, artificialmente criadas pela prática humana com o objetivo de dar certeza e segurança. O autor exemplifica: “há pouca diferença entre o conhecimento de que, se ele fizer uma fogueira no chão de sua sala, sua casa irá queimar e o conhecimento de que, se ele incendiar a casa do vizinho, ele se verá na cadeia. Como as leis da natureza, as leis do estado fornecem características fixas no ambiente em que ele tem que se mover; embora elas eliminem certas escolhas abertas a ele, elas, como regra, não limitam a escolha a alguma ação específica que alguém quer que ele tome”. (HAYEK, Friedrich A. von. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago, 2011. p. 221) (tradução livre)

quanto às condições impostas por determinada prática. Entender uma regra como boa ou ruim – aprová-la ou não – não é vedado pela ordem normativa e em nada interfere em sua autoridade.

A afirmação fica mais clara na comparação com as práticas de uma associação empreendedora. Nessa modalidade, os sujeitos estão relacionados em razão de um propósito comum substantivo e as regras em vigor no seu meio estão em relação de funcionalidade ou instrumentalidade com a realização mais eficiente desse objetivo. Aqui o julgamento de aprovação ou rejeição de determinadas normas diz respeito à sua utilidade na obtenção do “bem comum” ou da finalidade social. Ainda que haja disputa quanto à melhor alternativa a ser adotada, a deliberação pela alteração das regras – seja qual for o procedimento legislativo existente – observará esse caráter teleológico.

Na associação civil, conduto, como a relação entre os *cives* não diz respeito à obtenção de determinado fim substantivo, mas se dá apenas quanto ao reconhecimento da autoridade de determinadas práticas morais condicionantes da conduta; a deliberação quanto à apreciação (*desirability*) ou o juízo de valor de uma regra não diz respeito à realização de um fim, mas apenas à adoção de uma prática de conduta mais desejável. O que se busca não é a satisfação de uma vontade, mas a imposição ou a exoneração de uma obrigação indeterminada sobre todas as futuras condutas humanas, ou seja, é um juízo de apreciação quanto às condicionais indeterminadas do agir e não a promoção de um “projeto político”.

Hayek apresenta uma distinção semelhante com os conceitos de “regras da conduta justa”, que chamou de *Law* em sentido estrito, e “legislação” (*legislation*). O primeiro diz respeito exatamente às normas de uma associação civil, um conjunto de regras cuja existência é concomitante com a própria ideia de sociedade – ou mera coabitação – e tem por função estipular a forma de estar em conjunto e, assim, poder se relacionar, cooperar e, especialmente, deliberar sobre outras regras.

“É apenas como o resultado de indivíduos observando certas regras comuns que um grupo de homens pode viver juntos naquelas relações ordenadas a que chamamos de sociedade. (...) Nenhum grupo pode concordar com regras enunciadas, a menos que seus membros já tenham opiniões que coincidam em algum grau. Tal coincidência de opinião deverá, portanto, preceder o acordo explícito sobre regras enunciadas de conduta justa. Pessoas que diferem em seus valores gerais podem, ocasionalmente, concordar e colaborar afetivamente para a realização de propósitos particulares concretos. Mas tal acordo sobre fins particulares nunca será suficiente para formar aquela ordem duradoura a que chamamos de sociedade.”⁸⁰

Configuram-se como uma prática produto da ação humana, mas não do seu desenho consciente. As disputas quanto ao Direito, nessa concepção, dizem respeito a sua abrangência e aplicação; e Hayek correlaciona essa ordem de normas à ideia de adjudicação: *“o caráter distintivo das regras que o juiz terá que aplicar (...) é mais bem compreendido se lembrarmos que ele é chamado para corrigir distúrbios de uma ordem que não foi feita por ninguém e que não repousa sobre ter sido dito aos indivíduos o que devam fazer ”.*⁸¹

Paralelamente, “legislação” seria forma específica de designar as normas produzidas para uma “governança”, ou seja, para a administração de um determinado propósito ou finalidade, uma política. São regras produzidas pelo legislador para governar a atuação do estado que, dada a sua complexidade, depende de uma estrutura normativa maior. Na percepção de Hayek, sua primeira função – fazendo de exemplo o parlamentarismo inglês – era o governo da máquina pública, cuja função era, inicialmente, proteger a sociedade e garantir a aplicação e efetividade do *Law*⁸².

⁸⁰ HAYEK, Friedrich A. von. *Law, Legislation and Liberty*. Abingdon: Routledge, 2013. p. 91. (tradução livre)

⁸¹ HAYEK, Friedrich A. von. *Law, Legislation and Liberty*. Abingdon: Routledge, 2013. p. 91. (tradução livre)

⁸² HAYEK, Friedrich A. von. *Law, Legislation and Liberty*. Abingdon: Routledge, 2013. p. 118-119. (tradução livre)

São regras subsidiárias a um comando que define um determinado fim a ser alcançado, ou seja, correspondem à instrumentalidade própria das regras de uma associação empreendedora. *“No entanto, essas regras que governam o aparato de governo necessariamente possuirão um caráter diferente daquele das regras universais da conduta justa, que formam a base da ordem espontânea da sociedade como um todo.”*⁸³

Essa diferença entre normas instrumentais e adverbiais – ou *Law* e legislação – é fundamental para a compreensão da função da atividade política em um sistema que procure ser governado pelo Direito e não por arbítrio. Nessa tarefa, importante o uso que *Oakeshott* faz do termo “política” (*politics*) exclusivamente para a atividade de debate quanto à deseabilidade da alteração ou manutenção das condições do agir na sociedade – a *Law* de Hayek.

O termo política, portanto, não pode ser propriamente usado para deliberações quanto a regras que visem propósitos públicos ou objetivos substantivos. Por essa razão, a “política” como conceito ideal exige de seus atores *“uma imaginação disciplinada” (a disciplined imagination)*⁸⁴ para que circunscrevam o debate à linguagem da civilidade, a deseabilidade em alterar (ou manter) regras de conduta não instrumentais, cujo reconhecimento de sua autoridade é a única razão do enlace social.

Outras formas de debate, como na busca pela promulgação de regras para a obtenção ou facilitação de objetivos pessoais substantivos ou mesmo coletivos ou na imposição de uma “política pública”, podem ser referidos como “política” apenas de forma vulgar. O conceito ideal pressupõe uma deliberação quanto às regras como razão da associação e não instrumento de uma vontade substantiva. Assim, uma proposta política é aquela que *“juntamente com as*

⁸³ HAYEK, Friedrich A. von. *Law, Legislation and Liberty*. Abingdon: Routledge, 2013. p. 119. (tradução livre)

⁸⁴ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 164. (tradução livre)

*suas razões deve se relacionar a uma possível condição da **respublica** e nada mais*".⁸⁵

Inclusive, Hayek denuncia que muito dos problemas atuais do Direito e da supressão de liberdade se deve à confusão histórica de duas funções legislativas: uma produtora de normas de boa conduta (*Law*) e uma de regras de governança. Inicialmente, *Law* seria um conjunto de normas de convívio social – não ligadas a finalidades – em diuturna utilização e evolução (ideia de prática), não havendo necessidade ou autoridade capaz de alterá-lo. O parlamento inglês, por exemplo, surge como necessidade do apoio da nobreza fundamentalmente para a obtenção de fundos, não para a alteração de normas de conduta.

No entanto, na medida em que se pretendeu também promover alteração na *Law*, o parlamento, como espécie institucional reconhecidamente legitimada a produzir regras – ainda que de governança apenas – supriu tal necessidade, sujeitando a produção de novas regras de Direito ao mesmo procedimento utilizado para as normas de governo. A atividade política passou a confundir duas perspectivas bem diversas, contaminando a produção do Direito – como regras adverbiais – com os conflitantes interesses das assembleias desenhadas para produzir diretrizes de governo.

*“O estabelecimento de tais novas regras tornou-se assim um procedimento aceito muito antes de qualquer pessoa pensar em usá-lo para alterar as regras estabelecidas de conduta justa. Mas quando surgiu o desejo de fazê-lo, era quase inevitável que a tarefa fosse confiada ao corpo que sempre fizera leis em outro sentido e, muitas vezes, também fora solicitado a testemunhar quais eram as regras estabelecidas de conduta justa.”*⁸⁶

⁸⁵ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 168. (grifos no original) (tradução livre)

⁸⁶ HAYEK, Friedrich A. von. *Law, Legislation and Liberty*. Abingdon: Routledge, 2013. p. 87. (tradução livre)

Certamente essa forma de conceituação rejeita muito daquilo que é a prática corrente e usualmente identificada como sendo “política”. Contudo, o debate em assembleias e parlamentos com a apresentação de razões para a preferência por determinadas finalidades e objetivos materiais, e a consequente edição, pelo critério de maioria, de normas para o favorecimento de entidades ou indivíduos não se enquadra em uma associação civil.

A edição política de regras pressupõe um juízo de preferência por determinadas condições do agir como elemento de união da civilidade e não como escolhas programáticas de objetivos estatais. Na deliberação política, portanto, se ajusta, altera ou reafirma uma prática de conduta necessária a manutenção da associação, que não determina a escolha livre dos *cives*, apenas a condiciona no agir, mantendo o pretendido equilíbrio de ordem e liberdade que compõe o *Rule of Law*.

No outro caso, na política “vulgar”, se realiza uma escolha – seja qual for o critério, a depender do ofício encarregado da alteração das leis – por ideais ou programas, em detrimento de outros. Assim, vincula-se a todos ao determinar quais projetos serão implantados, tendo a todos com “partes de um maquinário” ou funcionários de uma empresa.

*“Assim, regras civis, e em particular legisladores cuja função é promulgar mudanças na **respublica**, não podem ser patrocinadoras de poderosos, preferidos ou de outra forma meritórios interesses, pois a **respublica**, da qual são os guardiões, não pode admitir ou mesmo acomodar tais reclames. É um sistema de regras que não é concessão a interesses ou dispositivo para procurar a satisfação de vontades ou para resolver conflitos entre interesses divergentes, arbitrando reivindicações de reconhecimento ou vantagem; e a razão para emendar a **respublica** nunca pode ser a reivindicação de um interesse por benefício ou vantagem.”⁸⁷*

A deliberação política no *Rule of Law*, portanto, não pode ser um processo dedutivo de normas para a busca de determinados objetivo, nem

⁸⁷ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990, p. 169. (grifos no original) (tradução livre)

mesmo um meio de encontrar uma norma boa ou certa como derivada de uma razão superior, um Direito Natural ou um imperativo categórico. A deliberação quanto à apreciação de normas da associação civil pertence ao campo da persuasão e seu objeto são propostas contingentes e historicamente construídas para a alteração ou a manutenção de condições da *respublica* a serem, por todos, observadas.

Deliberar sobre as regras de uma boa conduta é sempre um processo circunstancial que tem como objeto a prática atual, a manutenção do estado de coexistência, ou seja, de civilidade. A política com engenho propositivo – de finalidades e interesses – é própria para regras de governo do estado, de orçamento, de definição de autoridades e competências; mas é imprópria a produzir um Direito no sentido posto por Hayek, capaz de condicionar e ordenar a sociedade, sem coagir o indivíduo ao arbítrio do próximo.

É indispensável ao *Rule of Law* que as normas sejam adverbiais – e não instrumentais – e que o Direito seja, primordialmente, um sistema de regras gerais e abstratas, compondo ordem com não-coerção. Caso se tenha apenas um conjunto de comandos e regras de governo – ou de gestão de uma política pública favorável a interesses – o Direito apenas pode assumir um papel secundário, não de regente, mas de instrumento de um regente (*rule of man, by Law*).

Portanto, a atividade política necessária ao Estado de Direito é aquela capaz, quando disser respeito ao julgamento de “desejabilidade” das normas do Direito, de decidir com vistas à produção de regras de uma boa convivência e não para a busca de um interesse ou finalidade da maioria. Esse discernimento político é o que Oakeshott referiu como “*imaginação disciplinada*”, uma política de um povo civilizado.

Como se demonstrará mais a frente, ainda que seja difícil conceber, na atualidade, uma política como algo diferente do que a mera síntese do conflito de interesses e facções no parlamento, é justamente essa ideia corrompida do Direito como produto da agenda atual dos ocupantes do poder que leva ao que

se pode chamar de “degradação” do *Rule of Law*. Em suma, uma *Lex* necessária ao Estado de Direito não prescinde de uma política com discernimento.

2.4 Ofícios Necessários ao *Rule of Law*

Definir o Estado de Direito como uma associação civil em que o Direito está no comando, como já demonstrado, exige um sistema normativo dotado de autoridade por reconhecimento – e não por congruência a um critério externo –; uma espécie específica de regras adverbiais para sua estruturação; e um processo político capaz de conscientemente produz tais regras – ao invés de meras ordens ou políticas públicas. No entanto, essas afirmações ainda não são suficientes para que o ideal teórico do *Rule of Law* possa ser efetivamente utilizado na investigação concreta.

No campo empírico, esse sistema demandará uma dinâmica, uma vivacidade na constante atualização, na interpretação e na aplicação do Direito. Uma investigação quanto aos ofícios necessários à operatividade do *Rule of Law* é passo lógico necessário da investigação e, para tanto, a divisão proposta por *Oakeshott* entre ofício legislativo, judicial e de comando parece ser a que mais traz luzes ao problema.

2.4.1 Alteração da *Lex*: o Ofício Legislativo

O *Rule of Law*, além de um processo de supressão da indeterminação do geral para o concreto quando da observância das regras do Direito, pressupõe como condição um processo capaz de alterá-las. O Legislativo deve ser dotado de autoridade para promover um procedimento de alteração, que só pode derivar do próprio Direito. Legislar, portanto, é produzir novas condições gerais da relação civil por um processo autorizado pelo sistema vigente de

práticas, de forma que sua autoridade é dependente do fato de fazer parte da *Lex*.

Todavia, a mudança das regras pela via legislativa não pode ser de tal forma utilizada ao ponto de buscar substituir ou anular, por exemplo, o Ofício Judicial. Sendo o produto do processo legislativo – ou ao menos deveria ser em uma associação civil – normas de caráter adverbial (gerais e abstratas), não se pode pela lei buscar regular a totalidade das contingências. A constante mudança das práticas é nociva à associação e coloca em risco sua manutenção.

O ofício legislativo no Estado de Direito deve, por meio de seu procedimento, permitir a discussão política sobre a desejabilidade das “regras de boa conduta” (Hayek) em vigor, ou seja, é a autoridade capaz de fazer a política no sentido virtuoso apontado por *Oakeshott*. Legislar, nesse sentido, é fornecer, por meio de ajustes e atualizações, regras gerais e abstratas – em essência, adverbiais – para a boa relação entre os *cives*, para que a ordem continue a preservar as liberdades.

Locke também se expressou nesse sentido, deixando claro que ao ofício legislativo não cabe decidir sobre o local ou o particular – em suma, emitir comandos – mas oferecer regras gerais: *“eles [Poder Legislativo] devem governar por ‘leis promulgadas e estabelecidas’, não variarem em casos particulares, mas ter uma regra para ricos e pobres, para o favorito na corte, e o homem do campo no arado”*. Para ele, *“essas ‘leis’ também devem ser projetadas ‘para’ nenhum outro fim, que ‘o bem do povo’*.”⁸⁸

No entanto, ao defender que a lei deve ter o propósito do “bem do povo”, Locke não estava afirmando que o Legislativo deveria produzir normas instrumentais, como ordens ao povo para a busca de um objetivo substancial. O bem do povo seria, na verdade, a manutenção da coexistência entre todos pela certeza e segurança oferecidas pela ordem social:

⁸⁸ LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Livro 2. Cap. 2. §142. (tradução livre)

*“Seu poder [do Legislativo], nos limites máximos, limita-se ao bem público da sociedade. É um poder que não tem outro fim além de preservação e, portanto, nunca pode ter o direito de destruir, escravizar ou empobrecer os súditos”.*⁸⁹

Em nota de rodapé a esse mesmo trecho, Locke deixa clara uma visão do Direito como normas produzidas em consenso, que são a forma de manter a união, de se sustentar uma vida em comunidade:

*“Dois fundamentos existem que sustentam as sociedades públicas; primeiro, uma inclinação natural, pelo qual todos os homens desejam uma vida social e uma comunhão; segundo uma ordem, expressa ou secretamente acordada, dizendo respeito ao modo de sua união ao viverem juntos: o último é o que chamamos de lei de um bem comum, a própria alma de um corpo político, cujas partes são pela lei animadas, mantidas e colocadas ao trabalho nas ações que o bem comum requer.”*⁹⁰

Por essas razões, o processo legislativo é reservado para grandes alterações de “crenças e sentimentos”⁹¹ quanto à desejabilidade de determinadas condições do agir, em decorrência de adequada deliberação política – deliberar sobre a conveniência de mudanças, sem negar a autoridade da norma. Ou seja, a utilização constante dessa autoridade não se mostra necessária no *Rule of Law*, pois as normas têm caráter adverbial, regulam (condicionam) possíveis ações individuais, não visam resultados materiais.

Na medida em que o impulso do agir – a escolha de propósitos e sua busca material – é relegado ao indivíduo, o ofício dotado de autoridade não necessita estar constantemente tomando posição ou determinando linhas de ação. Sua função legislativa é reservada às necessárias alterações de

⁸⁹ LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Livro 2. Cap. 2. §135. (tradução livre)

⁹⁰ LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Livro 2. Cap. 2. §135. (grifos nossos) (tradução livre)

⁹¹ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 138. (tradução livre)

condições presentes no sistema, pois não mais desejáveis ou por serem inadequadas.

Em uma nota de rodapé sobre o tema, *Oakeshott* afirma ser a atividade legislativa exacerbada uma necessidade da associação empreendedora:

“Assim, enquanto a associação empreendedora depende de contínuas decisões ‘gerenciais’ sobre como seus propósitos devem ser buscados, a associação civil não depende de contínua inovação legislativa, mas de contínuas conclusões de adjudicação [adjudicative conclusion].”⁹²

Em uma associação empreendedora existem propósitos substanciais (uma finalidade substancial), assim, a demanda por normas instrumentais a seu atingimento é constante. O fluxo das contingências históricas sempre demandará decisões administrativas e novos instrumentos normativos para alinhar a ação dos associados à busca da finalidade coletiva.

A abundância normativa é indício de uma associação empreendedora⁹³. Se uma estrutura política passa a regular a vida comum fundamentalmente por meio de comandos – ainda que sempre existam algumas regras gerais – será sempre dependente da constante produção de novas leis (comandos em forma de lei), regulando novas situações e assimilando normativamente novas particulares, de forma constante. O indivíduo estará sempre submetido à ordem do dia, o político será gestor e o *Rule of Law* dará lugar ao *Rule of man*.

Assim como uma empresa apenas pode ter sucesso pela atuação diuturna de seu dono ou gerente, decidindo ou avalizando as medidas a serem adotadas frente aos acontecimentos; um Estado que vise uma finalidade substantiva e a procure promover, deve constantemente produzir novas ordens gerenciais – ainda que na forma de leis – para conduzir seus cidadãos para o

⁹² OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 138. (tradução livre)

⁹³ Como referiu Hayek: “a grande maioria das resoluções aprovadas pelas assembleias representativas não estabelece regras de conduta justa, mas medidas diretas de governo”. (HAYEK, Friedrich A. von. *Law, Legislation and Liberty*. Abingdon: Routledge, 2013. p. 121) (tradução livre)

bem visado pela autoridade em comando. Ambos os casos podem ser bem sucedidos – a empresa pode produzir lucro, e o estado pode obter um bem específico. No entanto, o que interessa é perceber a semelhança fundamental dessas duas situações: assim como a empresa, o estado também terá um dono, um proprietário, aquele que gerencia o bem a todos imposto, ou seja, ambos são associações regidas pelo arbítrio de seus senhores.

Por outro lado, quando a relação se dá apenas em termos de uma prática, a manutenção da unidade depende mais da adjudicação – atividade do Ofício Judicial, a ser abordada – quanto às incertezas do sistema, do que da sua constante alteração. O processo legislativo, portanto, é solução não rotineira, cuja função é acomodar descompassos mais profundos entre as condições presentes do sistema e aquelas “crenças e sentimentos” quanto ao que seria uma norma desejada.

No Estado de Direito, a norma a que se almeja produzir por meio de um Ofício Legislativo é aquela que diminui conflitos, resolve ou reduz contradições, facilita e assegura as transações entre os *cives*, acomoda as implicações da evolução tecnológica ou dos acontecimentos imprevisíveis, etc. O juízo político de desejabilidade de alteração ou manutenção de uma regra diz respeito ao seu propósito social de promoção da ordem e da coexistência pacífica; não de satisfação de grupos de interesses parciais ou de visões de um mundo futuro desejado.

As instituições de Direito Civil, essencialmente adverbiais em regra, são uma boa referência dessa ideia. Todos os incidentes de incerteza quanto à amplitude e às garantias, por exemplo, da hipoteca civil foram objeto de inúmeras decisões concretas (Ofício Judicial) capazes de esquadrihar as contingências do comércio envolvendo tal direito real. No entanto, quando o instituto se esgotou em sua essência e se mostrou fraco, ineficiente e demais custoso para a maioria dos agentes envolvidos nas relações condicionadas por suas regras, o legislador introduziu no sistema a alienação fiduciária em suas várias formas, condicionando transações e relacionamentos de forma diferente e, pode-se dizer, mais desejável.

O legislador não determinou, com isso, o aumento ou a diminuição de transações, nem mesmo favoreceu a determinado grupo de interesse. Apenas as circunstâncias concretas produzidas pelas regras em vigor – no exemplo, a hipoteca civil – justificaram a criação de um novo normativo capaz de permitir que os estranhos pudessem efetuar negócios dotados de uma garantia maior e com maior grau de efetividade. Assim, redefiniram-se regras gerais de Direito para melhor regular potenciais conflitos e melhor acomodar a coexistência.

Em suma, o Ofício Legislativo pressuposto como condição do Estado de Direito é aquele que produz alterações ou inovações nas regras adverbiais. Ou seja, as normas a serem incorporadas ao sistema não são instrumentais a qualquer propósito substancial coletivo, o que afasta a ideia de uma vontade ou objetivo do legislador ou mesmo um critério de derivação de regras pela razão ou pelo Direito Natural.

O processo legislativo deve se limitar ao debate de opiniões sobre as condições desejáveis da prática da associação. Uma batalha de interesses para a promoção de regras para favorecimento de determinados propósitos substanciais não é própria desse tipo ideal de associação, mas sim de uma política vulgarizada. Facções ou partidos com programas e objetivos substantivos não são apropriados nessa visão de sociedade.

2.4.2 Adjudicação em resposta a incertezas: o Ofício Judicial

Embora as regras adverbiais sejam uma prática pressuposta e entendida pelos membros – sob pena de não haver associação do tipo civil – a própria “experiência humana” na sua diuturna observância depõe contra um processo automático de subsunção do Direito. A coexistência de múltiplas liberdades e experiências individuais de mundo não, necessariamente, coloca a todos de pleno acordo. Se houvesse um instrumento infalível – como uma razão metafísica – para a correta definição das exigências e necessidades de cada

ação, o Direito seria apenas uma forma de expressão desse instrumento, sem muito valor teórico.

A diversidade de propósitos é capaz de produzir, quando da tentativa de subscrição ao Direito às situações contingentes do agir, inevitável incerteza ou conflito quanto ao seu conteúdo. Destarte, indeclinável ao conceito de associação civil, cuja função justamente é trazer segurança e certeza na relação entre estranhos, uma forma de dar vazão a esses potenciais conflitos, sem o apelo à revolução ou o retorno a um estado de “guerra” ou estado de natureza. Para referir a terminologia de *Oakeshott*, é necessário um meio de equalização.

Como a *Lex* que se diz necessária ao Estado de Direito encerra um conjunto de práticas adverbiais que não podem ser exibidas senão no próprio fazer ou enunciar, suas prescrições não são concretas, mas indeterminadas. São regras gerais, que devem ser observadas na medida em que as condutas são praticadas e provocam reações, considerando que o vínculo associativo existe pelo reconhecimento comum da autoridade dessas mesmas normas gerais, que demandam subscrição.

Dessa forma, indispensável a existência de um processo capaz de dar certeza ou certificar (*ascertain*) quais são as condições impostas pela prática do Direito naquela situação concreta, sob a qual pairam incertezas e se formou uma disputa entre os *cives*. A esse processo dá-se o nome de adjudicação⁹⁴, que deve ser previsto pelas regras do Direito e conduzido por um ofício dotado de autoridade, também por elas designado.

Adjudicar não significa criar regras, como se antes não existissem, mas apenas certificar o seu conteúdo e sua aplicação em dadas situações na qual a relação entre os *cives* está envolta em dúvidas e disputas. *Oakeshott*

⁹⁴ Adjudicação vem do termo latino *adjudicare*, que significa atribuir a função de juiz ou atribuir direito ou coisa. Quer dizer, retirar o conflito do arbítrio das partes, para atribuí-lo a um terceiro autorizado a dar uma solução. Por isso a expressão “solução adjudicada” pode ser sinônima de decisão judicial no sentido moderno.

representa a relação dos associados nesses casos como “*estarem relacionados como litigantes em uma corte judicial*”⁹⁵.

Regras existem antes da sua adjudicação a um caso concreto. Os membros que disputam pela solução da demanda agiram, na medida do seu entendimento e da sua capacidade, na observância de regras compartilhadas, mas as suas visões específicas do caso particular trouxeram dúvidas e criaram disputa. Como os envolvidos não compartilham de um propósito comum – não estão em uma associação empreendedora – ou um entendimento universal capaz de aclarar um “sentido” a ser seguido e manter a unidade da relação, o conteúdo concreto da *Lex* depende de um processo de certificação para apaziguar o conflito e permitir que a relação formal em termos de regras adverbiais – e tão somente isso – prossiga.

Adjudicar, por isso, é atividade que ocorre por meio de um processo judicial, em que os associados em disputa se relacionam como requerentes perante um juiz, cuja decisão certificará o conteúdo da *Lex* no caso e aferirá responsabilidades pela sua inobservância. O resultado da adjudicação é a especificação do que a regra em termos gerais não podia especificar, pois não se tratava de um comando – específico quanto ao destinatário e ao conteúdo do agir substantivo –, mas apenas de uma norma geral de condicionamento da conduta.

O processo de adjudicação do conflito sobre o Direito produz a amplificação do sentido das regras anteriores, e, assim, é capaz de resolver a disputa e, ao mesmo tempo, ingressar no sistema. O seu produto por vir a ser observado no futuro pelos juízes em casos semelhantes ou pelos *cives* em suas ações.

Esse processo, especificado e definido por regras do próprio Direito, capazes de revestir de autoridade a decisão judicial, não deve produzir uma submissão das partes ao arbítrio do juiz (ou juízes). A definição do conflito,

⁹⁵ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990, p. 131. (tradução livre)

como decorrência da certificação do sentido da norma, não é arbítrio ou nova regra, mas esclarecimento dos condicionamentos necessários para que as duas liberdades em potencial conflito – as partes do processo judicial – possam coexistir sem submissão de uma a outra.

Hayek, inclusive, aponta para a possibilidade de juízes acabarem por “encontrar” regras como resultado do processo de adjudicação, como uma espécie de esclarecimento. No entanto, refere que o importante nesse processo de descoberta pelo juiz é o tipo de regra que resulta como especificação, que tem uma natureza abstrata e geral, compatível com o Estado de Direito.

“Mesmo onde o juiz tem que encontrar regras que nunca foram declaradas e talvez nunca tenham sido postas em prática antes, sua tarefa será completamente diferente daquela do líder de uma organização que tem que decidir que ação deve ser tomada a fim de alcançar resultados particulares. (...) Portanto, parece improvável que qualquer autoridade com poder de comando tenha alguma vez desenvolvido a lei no sentido em que os juízes a desenvolveram, isto é, como regras aplicáveis a qualquer um que se encontre em uma posição definível em termos abstratos.”⁹⁶

Oakeshott é enfático quando afirma que a adjudicação não pode ser vista como o exercício da discricionariedade judicial, pois a resposta deve estar autorizada na própria *Lex*, deve se fundar nas regras para que tenha autoridade. Ao mesmo tempo, a solução não pode apelar para razões em favor da efetivação de um propósito comum ou maior, justamente por não existir tal finalidade nesse modo de associação. O juiz deve ser o fiel depositário das regras, não o diretor de uma política ou o incentivador de um propósito que adota medidas de “administração” em prol desse fim.

O papel do juiz é de administrador do Direito e não de uma política pública. O exemplo histórico de abuso da função judicial é a conhecido tribunal inglês *Star Chamber* (Câmara Estrelada), que era dotada do poder de condenar criminalmente o indivíduo por atos tidos por ela como contrário ao

⁹⁶ HAYEK, Friedrich A. von. *Law, Legislation and Liberty*. Abingdon: Routledge, 2013. p. 93. (tradução livre)

Direito, ainda que na letra da lei fossem legais. Rapidamente sua função deixou de ser a de coordenação em grau de apelação das Cortes de *Common Law* e *Equity* para se tornar mecanismo de arbítrio do Rei.

Como referiu *Oakeshott*: “(...) se o procedimento invoca uma consideração moral geral, deve fazê-lo quanto a seu anterior reconhecimento na *lex* e aos termos desse reconhecimento”⁹⁷. Em suma, um processo de adjudicação necessário ao Estado de Direito deve responder à disputa – certificar o conteúdo da regra – tendo por razão a autoridade do sistema de regras existente. Não caberia ao juiz recorrer à própria vontade ou a propósitos cuja autoridade o Direito não reconhece e nem poderia reconhecer, considerando que o seu caráter deva ser adverbial.

Da mesma forma, a adjudicação não representa uma atividade de pura aplicação, pois as regras são descritivas de condições gerais a serem observadas no agir e, portanto, não contém em si resposta sobre a adequação dessa subscrição no particular. Adjudicar, portanto, é amplificar o sentido da regra para resolver o caso concreto.

Do fato de existirem regras de Direito, esperadamente estáveis e rígidas, capazes de prover certeza e viabilizar a coexistência, não decorre automaticamente a solução de cada específico caso ou situação. Válida a antiga divisão entre raciocínio teórico e raciocínio prático: o fato de se conhecer teoricamente um elemento “imutável” – a verdade eterna dos antigos – não significa certeza quanto à forma de aplicá-lo ao raciocínio prático de como agir em dada e específica situação. Assim, adjudicar é tarefa do raciocínio prático (*practical reasonig*), como referiu Letwin: “o conceito de raciocínio prático explica como a interpretação dos juízes sobre a lei pode ser objetiva e fundamentada, assim como passível de uma crítica objetiva e fundamentada (...).”⁹⁸

⁹⁷ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 134. (grifos no original) (tradução livre)

⁹⁸ LETWIN, Shirley R. *On the History of the Idea of Law*. Cambridge: Cambridge University, 2005. p. 340. (tradução livre)

Ao oferecer uma resposta à disputa, o juiz amplia o sentido da *Lex* produzindo uma regra para o caso, trazendo um sentido para o particular, que do conteúdo descritivo da regra geral em disputa se não poderia deduzir. Essa ampliação do sentido deve ser justificadamente produzida de forma que: dê solução à disputa sem produzir nova incerteza; e seja tolerada pelo sistema existente.

A tolerância do sentido ampliado da regra com o sistema da *Lex* diz respeito ao caráter sistêmico deste. O juiz considerará o conjunto de sentidos já dados a regra em disputa – adjudicações anteriores – para então amplificar seu sentido de forma tolerável e capaz de solver a disputa. Essa resposta judicial, além de eliminar a incerteza momentânea, representará uma duradoura amplificação de sentido, disponível à adjudicação de outros conflitos.

Portanto, pode-se também dizer que *“associação civil é necessariamente relação em termos do acumulado sentido da **lex** que emerge na adjudicação de disputas”*⁹⁹. A adjudicação de incertezas também é um processo capaz de produzir práticas a serem pressupostas no agir para eventos futuros, sem que se perca a unidade da associação.

A ausência de uma correspondência infalível entre a norma geral e abstrata e o caso específico demanda um ofício capaz de promover essa ligação, sem exercer arbítrio, mas sim autoridade. A operatividade de um Estado de Direito depende de um ofício judicial que mantenha a certeza prática das suas regras quando houver divergência quanto ao seu conteúdo concreto, sem que precise recorrer à força ou ao juízo arbitrário do mais forte – ou mais poderoso.

⁹⁹ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 137. (grifos no original) (tradução livre)

2.4.3 Administração da Lex: o Ofício de Comando¹⁰⁰

Embora a associação civil seja um modelo ideal, este compreende também a ideia de “não-subscrição” dos associados à prática. Em um Estado de Direito, também se deve considerar o fato ideal de que, no interior do conjunto social, pode haver resistência individual às condições postas como necessárias (dotadas de autoridade). Pressupondo-se uma ordem regida pelo Direito, que permita a coexistências das liberdades em função de regras que as ordenem, consequência lógica é a existência de um ofício capaz de corrigir os infratores.

Portanto, os *cives*, além de ligados pela prática comum, estão relacionados entre si pela expectativa de que as condições postas sejam efetivamente respeitadas. Se assim não fosse, a segurança e a previsibilidade, a certeza e a confiança no Direito ficarem sujeitas ao juízo arbitrário de alguns quanto a obedecer ou não as regras.

Nesse sentido, é condição da associação civil um ofício autorizado pelo Direito – e, portanto, dotado de autoridade – e submetido a um procedimento especificado pelo Direito, que seja dotado de poder para comandar a subscrição às suas condições e também às enunciações do Ofício Judicial. Comandar (*to rule*) significa exigir de determinada pessoa e em uma situação concreta, uma resposta substantiva, ou seja, comandar é “dar ordens”, “dar comandos”, e não produzir “regras”.

O Ofício de Comando é o responsável por determinar um fazer ou não fazer, buscando a efetiva submissão às condições da *Lex*. Caso não haja cooperação do destinatário, o comandante deve ser capaz de executar a

¹⁰⁰ A tradução das expressões *rule* ou *ruling* no caso é delicada. Podem ser traduzidas por governar ou “ter poder sobre”, mas como o significado dado pelo autor está mais voltado à ideia de efetivação das prescrições das normas, pareceu mais adequada a expressão que ilustra a ideia de dar comando prático aos subordinados para a subscrição às prescrições postas.

conduta determinada ou a equivalente, como prescrito – e nos limites prescritos¹⁰¹.

Trata-se de ofício que não se confunde com o Legislativo na medida em que não produz ou altera as normas adverbiais, mas enuncia ordem específica para que o destinatário realize uma conduta determinada. Também não se confunde com o Ofício Judicial, pois não soluciona o sentido de determina regra em determinada situação concreta.

Comandar é função anexa às enunciações indeterminadas da *Lex* e ao seu sentido concreto dado pela adjudicação, pois é capaz de exigir uma conduta substantiva específica de determinado sujeito. Hayek, referindo-se a essa função como “executivo”: “(...) *tais regras de conduta justa não são, evidentemente, ‘realizadas’ pelo executivo, mas são aplicadas pelos tribunais a litígios específicos à medida que se apresentam; o que o executivo terá que executar serão as decisões do tribunal*”¹⁰².

Oakeshott define a esse ofício como a “administração” da *Lex*; a função de “policar” a associação civil para atender à expectativa de subscrição a suas normas. Seu objetivo é evitar e punir a infração às regras e exigir a sua observância.

“Estará preocupado (...) com prevenir conduta em violação dessas prescrições, mais especificamente com buscar, apreender e custodiar possíveis delinquentes enquanto pendem suas acusações perante uma corte de Direito, com impor ordens temporárias sobre uma situação confusa

¹⁰¹ Nessa perspectiva, pode-se dizer que as chamadas garantias individuais, como a proibição de pena de morte ou de execução corporal de dívidas, são também condicionantes da coexistência social. Em outras palavras, o inadimplente insolvente pode estar protegido em seu corpo quanto à execução das dívidas, mas isso não significa que houve uma falha do Direito. Ao contrário, em dado momento histórico, como exemplo a promulgação em Roma da *Lex Poetelia Papiria*, uma comunidade política pode entender como prática necessária à sua manutenção como uma unidade que determinadas infrações não impliquem determinadas punições ou constrições do corpo. Em termos modernos, ninguém viveria ou aceitaria viver voluntariamente em uma ordem jurídica em que o menor dos deslizes pode levar a penas dolorosas ou à morte.

¹⁰² HAYEK, Friedrich A. von. *Law, Legislation and Liberty*. Abingdon: Routledge, 2013. p. 122. (tradução livre)

*capaz de comprometer a condição civil se for deixada sem regulação, e com similares ações administrativas.*¹⁰³

Em um Estado de Direito, aquele que foi investido na função de mando não deve tomar decisões administrativas ou instrumentais em relação a um propósito substancial pessoal ou coletivo, pois ausente nesse sistema. No lugar, a sua preocupação é com a subscrição ao Direito no momento em que já não se fala mais de regras condicionais indeterminadas, mas já estão especificadas em ações ou proibições a um determinado sujeito.

Aqui cabe lembrar a clássica expressão alemã, originada da Lenda do Moinho de Sanssouci, atribuída ao dono do moinho em resposta às ameaças do Imperador Frederico, o Grande, em confiscá-lo por prerrogativa real: “*Wenn wir nicht Richter in Berlin hätten*”¹⁰⁴. Por mais poderoso aquele ou aqueles que o ocupam o Ofício de Comando, no *Rule of Law* seu poder de subjugar o próximo está adstrito às ordens necessárias à manutenção da regular subscrição às normas do Direito. Por maior que fosse o desejo do Imperador em remover o moinho que atrapalhava a paisagem, a possibilidade de o proprietário mantê-lo é decisão que cabe ao Direito.

Certamente, os membros da comunidade estão em uma posição de subordinação em relação ao comandante, a quem cabe a custódia da efetivação das normas. No entanto, não se trata de uma relação de arbitrariedade, mas de sujeição em decorrência da autoridade reconhecida ao Direito e ao procedimento por ele estabelecido. Em suma, limitado e ordenado pelo próprio Direito, cabe ao Ofício de Comando dar-lhe apropriada execução (*to enforce*).

¹⁰³ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 143. (tradução livre)

¹⁰⁴ Traduzido livremente por: “se não tivéssemos juízes em Berlim”.

3 *Rule of Law* entre Civilidade e Corrupção

3.1 *Rule of Law* e Civilidade

Para compreender um Estado em que o Direito é regente, é necessário pensar a vida política de outra forma: não por metas ou objetivos de um mundo melhor, mas por um estado de coisas. É necessário encontrar nas regras que ordenam as múltiplas liberdades a razão de querer estar em sociedade. É necessário perceber o outro da mesma forma como se percebe a si mesmo e compreender que a razão da coexistência está no mútuo respeito das individualidades, viabilizado pelo Direito.

Portanto, as características do *Rule of Law*, descritas nos capítulos anteriores, identificam os pressupostos e a forma de operacionalidade de um estado de coisas, mas não são uma receita para que assim aconteça. Algo mais deve existir no meio social que dê sustentação a um estado de liberdade ordenada: **um engajamento moral dos indivíduos em querer estarem relacionados dessa forma e não de outra.**

Ou seja, demanda da sociedade certa civilidade, como um estado de liberdade ordenada. É essa civilidade de estar relacionado pela autoridade de determinadas regras que condicionam a ação humana, e não por propósitos substantivos, que se pode denominar “relação moral”. Na mesma medida em que não há liberdade para agir sem condições, pois as regras dificultam, limitam, atrasam, atrapalham e podem até tornar impossíveis determinados desejos humanos; não há sujeição em relação a um propósito comum.

Em suma, *Rule of Law* é uma relação de civilidade e não um meio de produção ou um receituário para a salvação humana. Como referiu *Oakeshott*, é a mais civilizada forma de organização social:

*“O ‘rule of law’ não assa pão, é incapaz de distribuir fatias de pão ou peixes, (não tem nenhum), e não pode se proteger de ataques externos, mas continua sendo a mais civilizada e menos onerosa concepção de Estado a ainda ser concebida.”*¹⁰⁵

Trata-se de um estado de coisas da prática social, em que liberdade e autoridade coexistem, sem desordem e sem totalitarismo. Aceitar a coexistência com o próximo como igual e não como meio para satisfação de aspirações ou ideais de mundo é engajar-se nessa civilidade, é satisfazer-se com a pacificação do conflito de propósitos e não buscar de toda forma a efetivação de seus arbítrios.

Oakeshott dá a essa prática o nome de “*linguagem da civilidade*” (*language of civility*):

*“Essa não é um estoque de enunciações possíveis, nem é um vocabulário de normas claramente definidas, invocadas em ocasiões de discórdia ou conflito de interesse; ela é o instrumento daquela conversação na qual agentes se reconhecem e se revelam como cives e na qual cives compreendem e continuamente exploram sua relação. É a linguagem que contém e responde a suas invenções imaginativas. Adquirir o uso desse modo de pensamento e relacionamento não implica o rendimento de nenhuma das outras linguagens e modos de discurso que seres humanos desenvolveram para si e para o mundo, as artes do agir e a linguagem da afeição ou da compreensão teórica.”*¹⁰⁶

Monarquia, democracia, república, regras de sufrágio, a existência ou a inexistência de uma constituição escrita ou a constituição de múltiplos Poderes

¹⁰⁵ OAKESHOTT, Michael. *The Rule of Law*. In: *On History and Other Essays*. Indianapolis: Liberty Fund, 1999. p. 178. (Tradução livre)

¹⁰⁶ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 122-123. (grifos no original) (tradução livre)

de Estado ou órgãos de ação independente não são garantia e nem hipótese de exclusão da *Rule of Law*. O que realmente interessa a esta forma de constituição social é a neutralidade de seus propósitos e a autoridade de suas condições, resultado dessa favorável percepção moral do próximo como igual.

O Estado de Direito não trata sobre um mecanismo mais eficiente de gestão da economia ou da elevação da qualidade humana, mas é o modo de associação que permite a convivência – pelo menos no plano ideal – da liberdade do indivíduo com a autoridade do Direito. Subscrição às normas da *Lex* são um meio de manutenção da associação humana (autoridade), sem que cada indivíduo tenha que renunciar suas pretensões, desejos ou vontades a um bem coletivo ou vontade comum (liberdade civil).

É meio pelo qual vários propósitos podem ser buscados e desejos satisfeitos na vida cotidiana, mas com uma clara condição: o respeito à liberdade ordenada, aos condicionamentos legais da liberdade. Como referiu Letwin, os limites à atuação humana devem ser postos como referência a essa visão de sociedade como convivência civilizada:

“Uma associação civil permite uma grande variedade de atividades e empreendimentos e modos de conduta, mas a variedade não pode ser infinita. Uma comunidade digna desse nome está fadada a estabelecer certos limites para a variedade. Não pode evitar fazê-lo sem renunciar à civilização e se tornar um tumulto. O que importa é se, ao estabelecer esses limites, o desejo de preservar uma associação civil permanece dominante.”¹⁰⁷

Um modelo teórico ideal, como aqui já proposto, exige, independente de sua forma, a autoridade de uma *Lex*, um Ofício Judicial que a especifique, um ofício que a altere ou emende e um ofício que policie a sua subscrição. No entanto, para que efetivamente tenha existência prática, o *Rule of Law* depende do grau de civilidade de dada comunidade, que se refletirá fortemente

¹⁰⁷ LETWIN, Shirley R. *On the History of the Idea of Law*. Cambridge: Cambridge University, 2005. p. 344. (tradução livre)

na sua atividade política – que não deve se vulgarizar produzindo comandos ao invés de regras.

Estado de Direito não é o simples produto de boas instituições, mas sim da autoridade de uma prática civilizada de entender o próximo como também capaz de pensar e buscar por si seus anseios. A qualidade das instituições é produto da autoridade dessas “boas práticas”. A corrupção do *Rule of Law* é o declínio dessa autoridade.

3.2. A Corrupção do *Rule of Law*

A fragilidade desse estado de coisas entre associados em termos apenas de regras morais – não instrumentais – é proporcional à instabilidade de um adequado equilíbrio entre liberdade e autoridade. O Direito como linguagem associativa não é o resultado necessário da evolução da história humana ou uma predisposição natural do humano, mas uma engenhosa e delicada construção política.

No entanto, não há receita para o processo de formação, estruturação e manutenção dessa forma de sociedade, sendo um produto da contingência dos fatos e do engenho político de seus atores. Por tal razão, não se pode alcançar um “Estado de Direito definitivo” ou encerrar a caminhada política em um ápice de civilidade, pois a associação civil é um acontecimento permanente, sujeito a aprimoramentos e, com mais propensão, à corrupção de suas formas.

Oakeshott é preciso ao indicar que o *Rule of Law* é qualificado¹⁰⁸ pelas circunstâncias particulares. O conceito não é espelhado em sua pureza nos fatos, mas qualificado por eles; e por qualificado se quer dizer corrompido, menos que o ideal. Na realidade se encontram as extravagâncias ao padrão da

¹⁰⁸ OAKESHOTT, Michael. *On History and Other Essays*. Indianapolis: Liberty Fund, 1999. p. 176.

associação civil, quais sejam: regras, práticas e ações de uma associação empreendedora.

A corrupção do Estado de Direito representa o abandono, gradativo, de uma agremiação em torno de regras, para abraçar um “empreendimento social” ou um relacionamento na busca de um objetivo substancial comum, seja qual for o valor ou mérito deste. Corrompem-se os ofícios do Poder ao exercer sua autoridade sobre a liberdade dos associados, impondo-lhes determinada política coletiva a que todos devem aderir – e não apenas normas de condicionamento do agir.

Corrompe-se o *Rule of Law*:

“(...) quando sobre a autoridade e o engajamento para deliberar e para fazer leis é sobreposto a autoridade e o engajamento para deliberar e fazer ‘política’ [policy], e sobre a autoridade e o engajamento para adjudicar é sobreposto o de buscar e administrar uma ‘política’ [policy].”¹⁰⁹

Quando os Poderes de Estado deixam de lado a função de produtores e guardiões das leis condicionais da conduta para se aventurarem na realização de políticas públicas, o governo das leis cede espaço ao governo de lideranças ou forças políticas, o *rule of man, by Law*.

Por política (*policy*) se entende o propósito de efetivação de determinados objetivos substanciais, como a distribuição de bens, de direitos, de privilégios ou prioridades para atender a suposto interesse coletivo ou relevante, demandando dos indivíduos que apliquem tempo e recursos nessas finalidades, independentemente de sua concordância. Uma política (*policy*), portanto, impõe “sobre os associados a **persona** de membros de um empreendimento cooperativo, sobre o Estado o caráter de uma associação empreendedora e sobre o governo o caráter de um estado gerencial”¹¹⁰.

¹⁰⁹ OAKESHOTT, Michael. *On History and Other Essays*. Indianapolis: Liberty Fund, 1999. p. 176. (Tradução livre)

¹¹⁰ OAKESHOTT, Michael. *On History and Other Essays*. Indianapolis: Liberty Fund, 1999. p. 176. (grifos no original) (tradução livre)

É precisamente essa percepção da forma de supressão gradual do Estado de Direito que deixa clara a diferença do conceito aqui defendido de sua aplicação usual. Estado de Direito, portanto, não é o atributo das sociedades regidas por leis em sentido formal – normas escritas ou não – e dotadas de Cortes de Justiça, assembleias e grandes aparatos administrativos regidos por regulamentos; muito menos é o atributo de um governo democrático ou das maiorias.

Aqui *Rule of Law* é algo mais profundo e menos alegórico. Interessa saber a forma e o nível de relacionamento dos indivíduos de determinado grupo social – todos os indivíduos, não apenas uma maioria ou uma elite – e o grau de comprometimento de sua liberdade de autodeterminação em prol de determinado fim coletivo. O Estado de Direito, assim, pode estar presente – ainda que sempre qualificado pelas circunstâncias – na mais simples das sociedades e ausente no mais opulento e moderno aparato de Estado.

Na mesma medida em que uma associação exige de seus componentes uma adesão a determinada política ou projeto coletivo de forma tão profunda a se sobrepôr à condução diuturna de seus próprios objetivos, estará ausente o Estado de Direito; ainda que aparelhado de uma constituição, uma declaração de direitos, leis, cortes, juízes, burocratas, eleições, assembleias, etc.

A corrupção do *Rule of Law* se mede pelo grau de predominância da “política” (*policy*)¹¹¹ de Estado sobre a liberdade dos sujeitos; e não pela suposta impessoalidade das leis ou profissionalização do governo. Se, mesmo na mais moderna e complexa estrutura institucional de Estado, couber apenas à política (*politics*)¹¹² a decisão sobre o que é melhor para todos, o que é bom ou ruim para determinada classe ou o que é certo ou errado, não haverá espaço para o Estado de Direito. Os indivíduos serão apenas empregados a

¹¹¹ Cabe uma alerta quanto à tradução dos termos. A tradução para o português tanto de *policy* como de *politics* é “política”. No entanto, no primeiro caso significa um projeto de ação ou um conjunto de princípios e objetivos a regularem uma realização; enquanto, no segundo, designa a atividade relacionada ao governo, a atividade dos políticos. Assim, importa destacar que o termo está sendo aqui empregado no primeiro sentido.

¹¹² Aqui o termo em português é empregado no segundo sentido apontado na nota anterior.

serviço de um projeto de escala nacional, sejam suas políticas resultado de processos deliberativos – tão efusivamente aclamados como “democráticos” – ou dos caprichos de um ditador.

4 *Rule of Law* como Conceito-Instrumento

4.1 Os Limites do Conceito de *Rule of Law*

Ainda que visto como um conceito ideal, a definição do Estado de Direito deve ser utilizada na análise de situações contingentes. O conceito é ferramenta do estudo e, como tal, é limitado frente à realidade. Portanto, cabem duas observações sobre seus limites para que possa ser utilizado de forma honesta na continuidade deste estudo.

O primeiro limite a ser posto ao conceito de *Rule of Law* diz respeito à sua fragilidade quanto ao que lhe rodeia. Como formatação da associação civil, se pretende que se apresente no mundo e neste nem todos os sujeitos estão associados ou pretendem se associar. O Estado de Direito é uma agremiação não universal e está sujeita àqueles que a ele não querem se submeter e, possivelmente, querem submetê-lo.

Uma sociedade regida pelo Direito se coloca no grande conjunto de associações ou, para utilizar um conceito mais esclarecedor, de estados ou nações, naturalmente mantendo relações com estes. Ou seja, a associação é um projeto limitado e seu limite é a autoridade do Direito.

Nessa frágil condição uma intercorrência, senão certa, é provável: a guerra. Qual a resposta que o *Rule of Law* apresenta para a conflagração interna ou o ataque estrangeiro? É importante mencionar que a resposta é ausente. O modo de associação apenas em termos de regras sem a definição de propósitos é um estado que conjuga liberdade e autoridade, permitindo aos indivíduos a busca da satisfação de seus próprios propósitos, mas não é meio de mobilização militar ou técnica de resistência a ataques.

A fragilidade do *Rule of Law* está no fato de ser um estado de paz e segurança e não uma organização militar ou de resistência. A existência de um Estado de Direito não nega ou impede que, na mais calamitosa das situações, a sociedade se alinhe a um propósito de sobrevivência ou ataque, quando então a relação entre os sujeitos se “degradará” para uma associação empreendedora. O Ofício de Comando, designado pela *Lex* ou elevado pelas circunstâncias, deixará a função de policial das regras de conduta para se tornar o gestor ou administrador de uma empreitada de guerra.

Não se pretende enxergar a *Rule of Law* de forma ingênua. Simplesmente não está entre suas capacidades a guerra, quer dizer, a gestão coletiva de ações em prol do propósito substancial de vitória, da qual os associados não podem renunciar. O estado de guerra é uma suspensão do Estado de Direito assim entendido, como destacou *Oakeshott* “*inter armis silent leges*”¹¹³; qualquer justificativa teórica da ação do Estado em situação de guerra ou insurreição “é apenas outra forma de dizer que a necessidade não conhece do Direito”¹¹⁴.

Nada impede que o fim da ameaça abra caminho para o restabelecimento da associação civil, mas o enfrentamento da guerra é matéria de uma associação empreendedora. Em suma, durante o conflito a harmonia entre liberdade e autoridade é abandonada, pois cidadãos são agora soldados.

O segundo limite a ser traçado está ligado diretamente à idealidade. Como é de se esperar, não se pode pretender encontrar, nos exemplos históricos e nas contingências diárias, associações ou nações que se enquadrem com absoluta perfeição nesse ideal. As pessoas têm desejos e aspirações e, muitas vezes, as colocam em leis – comandos na forma de regras – e demandam a adesão de todos a esses propósitos, ainda que não unânimes. Toda a sociedade tem em suas práticas certas regras de uma

¹¹³ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p.147.

¹¹⁴ OAKESHOTT, Michael. *On History and Other Essays*. Indianapolis: Liberty Fund, 1999. p. 178. (Tradução livre)

associação empreendedora por várias razões, o que não desqualifica uma análise de situações na busca de instituições predominantemente construídas aos moldes do Estado de Direito.

O exemplo puro não será encontrado e também não será buscado. O propósito dessa investigação é, de alguma forma, demonstrar que a preponderância de um regime de *Rule of Law* é mais adequado para a preservação do equilíbrio entre liberdade e autoridade. E, contrariamente, nas instituições em que uma associação empreendedora é mais evidente, a corrupção das formas de governo e a supressão da liberdade parecem acelerar.

4.2 A Utilidade do Conceito Ideal de *Rule of Law*

Um conceito limitado, ideal e extremamente formal como a *Rule of Law* padece de uma apatia clara. Sem uma finalidade substancial ou uma ideologia, prosseguir na análise teórica se torna uma tarefa árdua e estéril, que pode não atender as expectativas de muitos que se debruçam sobre o problema do Estado de Direito.

Mesmo *Oakeshott* ao qualificar essa relação é realista: “*aqui não há lugar para entusiasmo*”¹¹⁵. Enxergar o Estado de Direito como um conjunto político-institucional capaz de promover, garantir e, de certa forma, alavancar um conjunto de propostas de uma maioria ou de uma tendência – sejam determinados direitos, a redução da desigualdade ou mesmo o incremento do IDH¹¹⁶ de uma sociedade – certamente é mais emocionante e gratificante.

No entanto, o conceito base da análise que aqui se propõe não promete qualquer dessas aventuras. A sua verdadeira utilidade está em permitir

¹¹⁵ OAKESHOTT, Michael. *On History and Other Essays*. Indianapolis: Liberty Fund, 1999, p. 161. (Tradução livre)

¹¹⁶ Índice de Desenvolvimento Humano.

enxergar e, de certa forma, qualificar determinada constituição associativa na perspectiva da relação entre liberdade de seus membros e autoridade de suas regras. O que se propõe não é uma análise valorativa de propósitos e de ideais que devam ser buscados pelas estruturas de Estado, nem uma busca pela prosperidade econômica ou incremento de índices sociais.

A vantagem de se teorizar sob essa perspectiva cética e árida é não precisar, na medida do possível, julgar por critérios substantivos. A argumentação quanto ao Estado de Direito, suas ocorrências históricas e modelos teóricos, fica desobrigada de um critério de “bom estado”, “progresso” ou “prosperidade”.

[O discurso deve se ater] *não ao que concerne à constituição do governo de um Estado, mas a sua função com relação aos associados regidos [ruled]; não aos reais termos pelos quais um governo pode reclamar ter ou ser reconhecido por ter autoridade, mas à atividade de reger [ruling].*¹¹⁷

A premissa única é o indivíduo e a problemática fundamental é o balanço entre liberdade e autoridade nos modos de associação. Nessa perspectiva, o passo seguinte é deslocar-se do modelo ideal em direção à problemática do Estado de Direito como acontecimento histórico.

Importante compreender que o *Rule of Law* não pode se desenvolver apenas no imaginário teórico, mas é critério de avaliação de associações concretas que se expressam pelo conjunto de suas instituições historicamente construídas. O surgimento ou a corrupção de um Estado de Direito é acontecimento no interior das sociedades e das instituições nelas erigidas, ou seja, as escolhas quanto às formas de governo e os substratos teóricos – ou até mitológicos – que as dotam de autoridade são o veículo real para o desenvolvimento e a decadência de uma associação civil.

¹¹⁷ OAKESHOTT, Michael. *On History and Other Essays*. Indianapolis: Liberty Fund, 1999, p. 164. (Tradução livre)

Assim, a investigação, deve prosseguir com o estudo de alguns episódios concretos de organização social na história. Por essa perspectiva, é possível compreender as vantagens dessa ferramenta teórica para o exame da problemática do Estado de Direito, sem o risco de se perder com conceitos ideologicamente carregados, como “democracia”, “direitos fundamentais”, etc. A aplicação dessa ferramenta é o que se pretende na próxima parte desse estudo.

SEGUNDA PARTE: A “RULE OF LAW” EMPIRICAMENTE QUALIFICADA

A primeira parte deste trabalho foi dedicada essencialmente a uma definição de conceitos. Buscou-se extirpar do conceito de Estado de Direito sentidos modernos e apaixonados, relacionados a uma determinada forma ou estilo de governo ou à natureza “democrática” (no sentido axiologicamente carregado do nosso tempo) de uma ordem política como elementos constitutivos ou decorrentes daquela situação ideal.

Nessa segunda parte, cabe analisar algumas experiências constitucionais em dados momentos históricos, na tentativa de esclarecer quais instituições ou formas de constituição da sociedade melhor promovem ou mantêm uma situação próxima de um ideal Estado de Direito na perspectiva aqui proposta; bem como demonstrar como pode ocorrer a corrupção do *Rule of Law* no curso das interações sociais.

No entanto, a pergunta que se coloca é: o que analisar e como analisar? O Estado de Direito na perspectiva construída se qualifica não pelo conjunto institucional aparente da sociedade, mas pela efetiva relação entre liberdade e autoridade como produto dessa estrutura.

Assim, como necessária limitação, coube elevar como exemplo a experiência constitucional americana, considerando se tratar da mais duradoura Constituição escrita ainda em vigor, capaz de permitir um paralelo de momentos históricos. A análise será feita por dois momentos, quais sejam: o projeto original, pela forma que a estrutura institucional fora pensada, e o produto atual da evolução histórica, na tentativa de, respectivamente, identificar uma sociedade política preponderantemente pautada pelo *Rule of Law* e sua aparente corrupção ou enfraquecimento.

O objetivo da análise é esclarecer a presença de um Estado de Direito, ainda que qualificado pelas circunstâncias, que seja representado pela preponderância do elemento normativo adverbial como fundamento das relações entre os indivíduos. Dessa forma, poder-se-á dizer se se está ou não frente a um *Rule of Law* como liberdade ordenada.

A forma de investigação deve ser dirigida pelo modelo ideal, sem perder de vista as qualificações históricas. A origem da autoridade da ordem constitucional, seus ofícios dotados de autoridade e suas especificidades, buscando uma conclusão quanto à presença ou não de um preponderante Estado de Direito.

1 O Projeto Constituinte Americano Original

Antes de adentrar ao ponto, cabem algumas notas quanto à linha a ser adotada. O estudo será construído com base em dois “momentos” diversos e propositalmente escolhidos, na tentativa de ilustrar a possibilidade de um projeto político-institucional inicialmente gerado sobre as balizes de um Estado de Direito – ainda que qualificado, quer dizer, empiricamente imperfeito, mas predominantemente adequado ao conceito teórico –; mas que, com o decorrer dos acontecimentos, possa corromper-se em seus fundamentos e se afastar do anterior equilíbrio entre liberdade e autoridade.

O primeiro momento está relacionado à formação da Constituição americana e à percepção, à época, do papel do Estado e suas estruturas; sendo o segundo fixado mais de um século após, no que se chamará de atual patamar das instituições americanas, com a consolidação de um “Estado Administrativo” na seara constitucional. Com toda certeza, sobre ambos os momentos muito já foi escrito e debatido, não sendo o propósito aqui a repetição do já argumentado por vários pesquisadores, mas apenas a clarificação de outra perspectiva, baseada nos conceitos teóricos aqui trabalhados.

Para permitir um paralelo entre os dois pontos de análise, buscar-se-á formatar os argumentos sempre sob o ponto de vista do seguinte questionamento: está-se diante de uma sociedade política e um arcabouço institucional em que seus membros, preponderantemente, são governados por regras adverbiais (*Rule of Law*) ou políticas de Estado (*Rule of man, by Law*)?

1.1 O Constituição Norte-Americana como Projeto de Estado de Direito

1.1.1 A Declaração de Independência: *Rule of Law*, não *Rule of Man*

Os momentos históricos que antecedem a idealização e a efetiva promulgação da Constituição americana de 1789 são de conhecimento corrente. O importante para a análise, no entanto, é buscar indícios de qual tipo de sociedade na relação cidadão-estado foi gerado como produto desse processo iniciado antes mesmo da declaração formal de independência. Resta saber quais arranjos institucionais lhe deram forma e em que medida se equacionou o problema da relação entre liberdade e autoridade.

A Declaração de Independência de 1776, além de um momento histórico importante para criação dos Estados Unidos, revela elementos da visão subjacente de sociedade, da qual se lê:

“Consideramos estas verdades como autoevidentes, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer Forma de Governo se tornar destrutiva de tais fins, é Direito do Povo alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando seus poderes de tal forma que lhe pareça mais conveniente para efetivar sua segurança e felicidade.”¹¹⁸

A locução clama por dois elementos políticos fundamentais: a existência pressuposta de direitos naturais inalienáveis e a necessidade da criação de um governo com a missão de protegê-los. A antecedência de determinados direitos em relação ao governo ou ao estado político retoma a dicotomia entre

¹¹⁸ Declaração de Independência (tradução livre)

liberdade – expressa em direitos indiscutíveis – e a correspondente autoridade do Estado para fazer valer os regramentos necessários à proteção daqueles direitos.

Os propósitos dessa nova ordem que se buscava formar eram únicos e substancialmente neutros: proteção aos direitos individuais tidos por naturais e inalienáveis. Como fundamento desse extraordinário ato de secessão, o documento traz uma série de acusações ao Soberano Britânico, justamente por atos de agressão àqueles direitos, entre as mais destacadas:

“(...) Para provar essas [agressões a direitos], deixem os fatos sempre submetidos a um mundo sincero.

Ele recusou sua aprovação a leis, das mais importantes e necessárias para o bem público.

(...)

Ele repetidamente dissolveu Câmaras de Representantes, por se operem como firmeza a suas invasões aos direitos do povo.

(...)

Ele obstruiu a Administração da Justiça ao recusar sua aprovação a Leis para o estabelecimento dos poderes do Judiciário.

Ele tornou Juízes dependentes da sua exclusiva vontade, pela duração de seus cargos e pelo montante e pagamento de seus salários.

(...)

Ele atuou para tornar os militares independentes e superiores ao Poder Civil.

(...)

Por nos privar em vários casos do benefício de julgamento pelo Júri

(...)

Por retirar nossas Constituições, abolir nossas mais valiosas Leis e alterar fundamentalmente as Formas de nossos Governos:

Por suspender nossa própria Legislatura, e declarar-se investido com o poder de legislar por nós em todos os casos.¹¹⁹

¹¹⁹ Declaração de Independência (tradução livre)

O ato formal de independência, portanto, que externou o claro abandono ou a retirada do reconhecimento da autoridade da lei britânica – por tal razão uma revolução – não propôs qualquer objetivo a agora independente sociedade americana, exceto assegurar direitos que estavam sendo violados. A nova autoridade constituída no ato de independência – ainda que institucionalmente pulverizada por treze colônias – não foi gestada para a promoção de uma política pública, para a obtenção de um resultado substancial que estava sendo negado pela metrópole, mas para garantir liberdade, para garantir direitos do indivíduo¹²⁰. Como refere o texto, governos devem ser criados pelo povo com vistas à “*sua segurança e felicidade*”¹²¹.

Como refere *Barnett*:

*“(...) a Declaração estipulou que o principal objetivo ou propósito dos governos republicanos é ‘assegurar esses’ preexistentes direitos naturais que a frase anterior afirmou terem sido a medida contra a qual todo governo – seja da Grã-Bretanha ou dos Estados Unidos – será julgado. Essa linguagem identifica o que é, talvez, a suposição ‘republicana’ central subjacente à Constituição: que governos são instituídos para assegurar os preexistentes direitos naturais que são retidos pelo povo. Em suma, que **primeiro vêm direitos e então vêm governos.**”*¹²²

A “mitologia do poder” que passou a sustentar a autoridade de uma nova ordem americana estava na crença quanto à existência de direitos inalienáveis ou direitos naturais e na necessidade de regras voltadas para sua proteção. O reconhecimento da autoridade das regras postas, a sua aceitação, baseava-se preponderantemente não na sua indispensabilidade para alcançar um projeto político maior de um soberano ou classe política, mas para garantir um

¹²⁰ Fuller em *The Morality of Law*, ao se referir a necessidade de leis dotadas de um bom desenho, ou de sua “moralidade interna”, refere que, entre as acusações feitas pelo colonos americanos a George III, estava a denegação de leis necessárias ao funcionamento da vida comum e, portanto, à garantia de direitos. Como referiu Fuller: “*It is worth recalling that in the indictment set forth in the Declaration of Independence, George III was as much charged with a denial of law as with the imposition of unjust law*”. (FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. 2ª Ed. New Haven: Yale University, 1969. p. 156.)

¹²¹ Declaração de Independência (tradução livre)

¹²² BARNETT, Randy E. *Our Republican Constitution: securing the liberty and sovereignty of we the people*. New York: Broadside Books, 2016. p. 41. (grifos no original) (tradução livre)

conjunto de direitos do indivíduo, que estavam sendo ameaçados pelo parlamento Inglês.

Como refere West:

“Quando ficou claro que o governo Britânico rejeitara totalmente essa interpretação – que é, quando o Parlamento insistiu em um direito a regência absoluta sobre os colonos ‘em todos os casos’ e começou a agir sobre essa afirmação – os Americanos declaram independência com a teoria dos direitos naturais como sua justificação.”¹²³

Em suma, criavam-se novos estados independentes não para realizar um projeto de crescimento econômico ou desenvolvimento social ou coletivo, mas para resgatar uma ordem na qual direitos naturais do indivíduo fossem respeitados e resguardados. Os americanos, naquele momento, buscavam voltar a ser governados por leis e não pelo arbítrio de um Rei e alguns poucos homens em Londres.

O que clamavam ser “direitos inalienáveis” ou “direitos naturais” nada mais era que a expressão ideológica da ideia de regência do Direito sobre o arbítrio. Os chamados direitos do homem livre inglês, incorporados numa prática histórica a que podemos chamar de *Common Law*, correspondiam à prática cotidiana, à linguagem moral civilizada a que se referiu na primeira parte deste estudo.

O orgulho britânico – e americanos também eram britânicos – estava na percepção de que nem mesmo o Soberano do momento estaria no comando desse sistema de regras de convivência. Na perspectiva dos colonos americanos, haveria, portanto, uma injusta tentativa da Cora e do Parlamento em Westminster de intervir arbitrariamente nesse estado de coisas. De certa forma, as treze colônias adotaram paulatinamente a percepção de que o *Rule*

¹²³ WEST, Thomas G. *The Political Theory of the American Founding: natural rights, public policy, and the moral conditions of freedom*. New York: Cambridge University Press, 2017. pp. 22-23. (tradução livre)

of Law britânico sucumbia nas colônias a um *Rule of man* – ou melhor *Rule of Parliament*.

A conhecida seqüência de fatos que levaram à revolução faz transparecer esse elemento. Como exemplo, o parlamento britânico impôs medidas de taxação direta das colônias como forma de obter recursos, como o *Stamp Act* de 1765, as *Townshend Tariffs* de 1767 e o *Tea Act* de 1773, sem qualquer representação americana. As medidas conflitavam diretamente com a longa tradição constitucional da Grã-Bretanha, já presente na Magna Carta, que demandava a concordância de representantes dos destinatários de leis que impunham tributos. Também, se pode destacar o episódio conhecido como o “massacre de Boston”, de 1770, no qual forças de ordem britânicas abriram fogo contra a população em protesto, seguida pela Festa do Chá de Boston de 1773 e os “Atos Coercivos” editados por Londres em resposta.

Após décadas, o Parlamento Inglês passou a investir contra suas colônias na América como forma de auferir o necessário para seus projetos políticos maiores – financiamento de débitos de guerra e etc. Há décadas as colônias americanas gozavam de um autogoverno na prática, não lhes sendo simpática a ideia de um novo regime colonial de estrita supervisão. O elemento de desgaste da autoridade inglesa sobre a América foi justamente sua tentativa de redesenhar, de forma radical, a prática em vigor de uma sociedade predominantemente pautada pela consecução de interesses locais de seus cidadãos, em uma sociedade voltada aos objetivos substanciais do governo da Grã-Bretanha.

De forma abrupta, a metrópole buscou subverter a prática moral – as regras adverbiais – que eram percebidas e entendidas como dotadas de autoridade – para impor um conjunto de regras instrumentais ligadas as finalidades político-econômicas do Império Inglês. Apesar das tentativas das autoridades coloniais em obter uma solução para a crise no interior do sistema

político em vigor¹²⁴, novos regramentos foram impostos por Londres, tornando a crise de autoridade inevitável.

Os fundamentos para a construção de uma nova sociedade política independente na América surgiram da necessidade de restabelecer o respeito e a autoridade de um conjunto de regras e práticas de proteção ao indivíduo contra o arbítrio. A independência americana foi o último recurso encontrado por seus agentes para escapar ao governo de homens – ou o governo de políticas nacionais inglesas – e retornar a um Estado de Direito.

As aspirações revolucionárias não eram substanciais ou medidas por finalidades, mas adverbiais, neutras, voltadas a proteção da liberdade de cada indivíduo para “*pursuit of Happiness*”¹²⁵. Essa será também a tônica da Constituição a ser redigida e promulgada nos anos seguintes.

1.1.2 A Constituição Americana e a reestruturação do Estado de Direito

Após a vitória contra a metrópole e a consolidação da independência, os Estados Unidos passaram pela fase de confederação, na qual a soberania foi mantida no interior das antigas colônias, por meio de seus arranjos políticos tradicionais, sendo que a união de esforço deveria existir para matérias de interesse comum e de forma pontual. Como também é história, o modelo se mostrou ineficaz, reclamando a adoção de um novo arranjo político-institucional, representado pela Constituição¹²⁶.

¹²⁴ Os colonos americanos, em inúmeras oportunidades enviaram petições ao Rei e ao Parlamento em Londres argumento contra as leis taxativas consideradas opressivas. Nesses documentos, ao contrário do que se pode pensar, se reafirmava a lealdade das colônias à Coroa e ao Império e os argumentos para obter remédio às alegas ofensas a direitos eram construídos no interior da tradição constitucional e da *Common Law* em vigor. A independência como movimento revolucionário nunca foi uma primeira opção, ao contrário, mostrou-se como último recurso.

¹²⁵ Traduzido livremente como “busca da felicidade”.

¹²⁶ Francis Buckley esclarece o ânimo que vigorava entre os delegados para a convenção da Filadélfia que aprovou o projeto de constituição: “*O que quase todos os delegados sabiam era que haviam chegado ao fim da linha com os Artigos da Confederação. Estes criaram uma*

Para melhor compreender esse momento de “refundação” da sociedade americana com a adoção de um texto fundamental e o estabelecimento de uma estrutura federal de governo, é importante destacar alguns elementos teóricos que envolviam os autores do texto e animavam os debates pela sua ratificação. A temática dos direitos inalienáveis e a intenção de criar um governo capaz de protegê-los deram a tônica a um processo de acomodação da autoridade política que visava, fundamentalmente, a preservação de uma liberdade ordenada.

Dessa forma, o argumento seguirá com vistas: (i) à percepção sobre os direitos inalienáveis a serem protegidos, em especial liberdade e igualdade; e (ii) aos principais elementos da estrutura institucional adotada no texto constitucional e sua disposição para preservar aqueles direitos.

1.1.2.1 Os direitos inalienáveis como fundamento do Estado de Direito

Como antes referido, para aferir existência de um *Rule of Law* – um estado de coisas em que o Direito, e não alguém, seja regente – importa a preponderância de normas adverbiais para a regulação da relação entre membros de uma sociedade. A autoridade dessas normas, necessariamente, passa pelo seu reconhecimento e este – aqui, então, efetivamente passando para uma análise histórica e empírica – dependem de uma construção, o que já foi referido como “mitologia do poder ou da autoridade”.

*"liga firme de amizade" entre estados soberanos, livres e independentes, com o mais singelo dos governos centrais. O Congresso não podia cobrar impostos diretamente ao povo, nem podia obrigar os estados a pagarem sua parcela dos gastos nacionais. Podia emitir papel-moeda - que rapidamente se mostrou quase sem valor, dando-nos a expressão "não vale nem um Continental". A Europa hoje é mais um país do que os Estados Unidos eram sob os Artigos. Na Convenção, os delegados reclamavam que o governo sob os Artigos havia ruído. Decisões importantes foram deixadas sem resposta e era cada vez mais difícil alcançar um quórum no Congresso. Qualquer que fosse o governo que pudesse existir, disse Alexander Hamilton, ele estava 'dissolvendo-se ou já dissolvido'." (BUCKLEY, Francis. *The Once and Future King: the rise of Crown Government in America*. New York: Encounter Books, 2014. p. 20) (tradução livre)*

À época da formação da Federação americana, os agentes políticos estavam envolvidos pelo ideal de direitos naturais e de autogoverno, tendo a sua disposição teorias contratualistas do poder, preponderantemente a visão de John Locke. A teorização de um estado de natureza prévio à sociedade política – prévio ao político – em que todos os seres humanos nasceriam igualmente livres para o exercício de sua vontade, nos limites do Direito Natural, dava a sustentação necessária para o reconhecimento de regras de governo voltadas a proteção desses direitos e não à promoção de objetivos.

Essa era a percepção corrente entre os colonos americanos após o rompimento com a Grã-Bretanha: haviam retornado a um estado de natureza. Barnett aduz que:

“Dissolver os ‘laços políticos’ revoga o ‘pacto social’ que existia entre os Americanos e o resto do povo da Commonwealth Britânica, reinstala o ‘estado de natureza’ entre Americanos e o governo da Grã-Bretanha, e torna ‘a Lei da Natureza’ o padrão pelo qual essa dissolução e qualquer governo que se seguir é julgado. Como delegado para o Comitê dos Cinco, Roger Sherman observou em 1774, depois que as hostilidades começaram com os Britânicos: ‘nós estamos agora em um Estado de Natureza’.”¹²⁷

Nessa perspectiva, estar em um estado de natureza implicava reconhecer, em teoria, a ausência de uma autoridade política, considerando que *“todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis”*¹²⁸. Até formação da sociedade política, por meio de pacto social ou consenso, todos são iguais na medida em que ninguém possui autoridade sobre o outro.

Aqui é importante o destaque: a igualdade em um estado de natureza ou a igualdade de “criação” do homem, nessa perspectiva, não significa nada mais do que reconhecer a ausência de ascendência natural ou autoridade de um homem sobre o outro. Os seres humanos são iguais por não estarem sujeitos

¹²⁷ BARNETT, Randy E. *Our Republican Constitution: securing the liberty and sovereignty of we the people*. New York: Broadside Books, 2016. p. 36. (tradução livre)

¹²⁸ Declaração da Independência (tradução livre)

ao comando de ninguém, submetendo-se apenas voluntariamente à autoridade de um governo por meio de consenso ou contrato social.

Igualdade, portanto, não era vista como semelhança física, intelectual ou material. Consideravam-se iguais os seres humanos quanto a sua prerrogativa de autogovernarem-se nos limites de sua “jurisdição pessoal”, por mais diferentes que fossem. Ser igual não implicava, à época, igualdade de oportunidades, igualdade de patrimônio ou unidade de objetivos, mas tão-somente que todos eram igualmente livres – não sujeitos ao jugo alheio.

Ao tempo em que o homem no estado de natureza era livre e respondia apenas a si como juiz de si mesmo, também era o único responsável pela salvaguarda de seus direitos: não estava obrigado a ninguém, mas não podia recorrer a ninguém. John Locke em seu tratado sobre o governo – conteúdo plenamente disponível e sabidamente consultado pelos autores do texto constitucional – já dava as razões para não se querer permanecer eternamente nesse estado:

“Apesar de no estado de natureza ele ter um direito irrestrito a suas posses, ele está longe de estar seguro que será capaz de usá-las, pois elas estão constantemente expostas à invasão de outros. Todos os homens são reis tanto quanto ele é, todo homem é seu igual, e a maioria dos homens não são estritos observadores da retidão e da justiça; assim o seu domínio sobre a propriedade que ele possui nesse estado é muito instável, muito inseguro. Isso o faz querer sair do estado no qual ele é muito livre, mas no qual é cheio de medos e perigos contínuos; e não sem razão ele procura por outros com os quais ele possa entrar em uma sociedade para mútua preservação de suas vidas, liberdades e bens, os quais eu chamo pelo nome geral de ‘propriedade’.”¹²⁹

Na mesma linha, Madison em *Federalistas* n.º 51, o estado de natureza não seria desejável, pois nele:

¹²⁹ LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Livro 2. Cap. 9. §123. (tradução livre)

“(...) o indivíduo mais fraco não está seguro contra a violência do mais forte: e assim, como no estado anterior, mesmo os mais fortes indivíduos são induzidos, pela incerteza de sua condição, a se submeterem a um governo que possa proteger o fraco, assim como eles mesmos: assim, no estado anterior [estado de natureza], serão as facções mais fortes ou partidos gradualmente induzidos, por motivo parecido, a querer um governo que protegerá a todas as partes, tanto o mais forte, como o mais poderoso. (...)”¹³⁰

Noah Webster, no mesmo sentido, em artigo publicado em outubro de 1787:

“Numa primeira visão do homem em sociedade, nós poderíamos supor que nenhum homem estaria vinculado por lei a qual ele não tenha dado seu consentimento. Esta seria nossa primeira ideia de obrigação política. No entanto, experiência de tempos imemoriais provou ser impossível unir opiniões de todos os membros de uma comunidade, em cada caso; (...)”¹³¹

Assim, seria desejável sair de um estado de natureza por meio de um pacto, formando-se um governo e uma autoridade política apenas para assegurar direitos e conceder segurança aos que estavam em estado de natureza. Da mesma forma que um contrato vincula vontades e traz previsibilidade ao futuro, ou seja, segurança; um pacto social visaria apenas assegurar direitos naturais por meio da renúncia mútua de algumas liberdades para a instituição de uma ordem de regras dotadas de autoridade.

O estado de natureza como conceito filosófico posto à disposição dos autores da época encerrava a ideia de desgoverno ou insegurança. A todo o momento o indivíduo poderia sofrer agressão a seus direitos pelo mais forte, ou seja, o risco de se estar sob a regência do arbítrio (*Rule of man*) era

¹³⁰ MADISON, James. *Federalist N.º 51*. In: *The Federalist*. The Gideon Ed. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 271. (tradução livre)

¹³¹ WEBSTER, Noah. *A Citizen of America*. Philadelphia. 17/10/1787. In: BAILYN, Bernard. *The Debate on the Constitution: federalist and antifederalist speeches, articles, and letters during the struggle over ratification*. Volume 1. 14^a e. Nova York: Library of America, 1993. p. 130. (tradução livre)

insustentável. Formar um estado político, portanto, só seria justificável como forma de escudar-se do jugo alheio; projetar para fora um regente não arbitrário – o pacto de autoridade do Direito – para estabelecer um *Rule of Law*. Inversamente, não haveria razão para sair de um estado de natureza e se submeter ao arbítrio de um ou alguns homens (*Rule of man, by Law*).

Também não faria qualquer sentido, nesse contexto, produzir uma Constituição para promover a “igualdade” – e aqui se poderia também resgatar um termo com quase similaridade no discurso ideológico atual, qual seja, “dignidade” – se todos nascem iguais e são igualmente livres e dignos de se autogovernarem. Mesmo em teoria, seria impraticável aos autores da Constituição engendrar um esquema institucional que transformasse ou melhorasse a situação do homem; ao invés de apenas garantir o livre exercício de seus direitos previamente existentes, cabendo apenas a ele a busca da própria felicidade.

Nesse contexto, liberdade e igualdade não estão em tensão como aparentemente parece ser a tônica da discussão política moderna. Argumentar pela redução da liberdade como meio de promoção da igualdade – o que necessariamente passa por uma “política pública” de cunho substancial – não faria sentido para os contemporâneos da Constituição. Igualdade é uma condição inerente e comum a todos, no sentido de serem todos igualmente livres para buscar seus próprios objetivos, para exercerem seus dons e suas faculdades.

Diferentemente, igualdade e liberdade formam um mesmo conjunto conceitual a permitir inferências teóricas quanto a direitos naturais. A igualdade, como a condição humana natural de se estar livre do arbítrio alheio, era o pressuposto teórico fundamental para a sustentação dos direitos naturais, que eram uma expressão teórica desse anseio por excluir-se da regência arbitrária do próximo. O discurso de independência baseava-se também na ideia de igualdade entre súditos da metrópole e da colônia, que possuíam igual direito de serem governados apenas com seu consentimento.

O conjunto de direitos reclamados pelos revolucionários derivava dessa construção lógica, que parte da igualdade. Como explicita West:

“Se todos são ‘nascidos livres e iguais’, e se ninguém é autorizado a retirar essa liberdade, isso significa que todos são, por direito, livres da violência de outros. Assassinato sendo o pior tipo de violência, vida é o primeiro e mais urgente direito natural”

(...)

“Segundo, embora igual liberdade por natureza possa ser vista como sendo a fundação de todos os outros direitos naturais, os fundadores também tratavam liberdade como um direito particular entre os demais direitos. Liberdade significa ser deixado sozinho, não ser coagido por outros. Tendo nascido livre, todos podem fazer como lhe aprouver, sem interferência de outras pessoas, sujeitos apenas (...) às leis da natureza. Liberdade na vida cotidiana, portanto, significa que as pessoas são livres para organizar seus negócios assim como acharem melhor”¹³²

Igualmente livres, não significava igualmente possuidores das mesmas faculdades, oportunidades, riquezas ou direitos. Ser livre, como consequência, resulta no direito ao produto do exercício dessa liberdade, qual seja, o direito à propriedade e à riqueza, que são fruto do engenho humano. Madison em *Federalistas* n.º 10, referindo-se a divisão de opiniões na sociedade, deixa claro que a desigualdade de patrimônio é decorrência da liberdade usufruída por homens naturalmente diferentes em suas faculdades:

“A diversidade das faculdades dos homens, das quais os direitos de propriedade se originam, não é menos que um obstáculo insuperável para a uniformidade de interesses. A proteção dessas faculdades é a primeira matéria do governo. Da proteção de diferentes e iníquas faculdades para a aquisição de propriedade, imediatamente resulta a posse de diferentes graus ou tipos de propriedade; e da influência dessas sobre os sentimentos

¹³² WEST, Thomas G. *The Political Theory of the American Founding: natural rights, public policy, and the moral conditions of freedom*. New York: Cambridge University Press, 2017. p. 28. (tradução livre)

*e visões dos respectivos proprietários, decorre uma divisão da sociedade em diferentes interesses e partidos.”*¹³³

Resumindo esse pensamento, West refere: *“quando o governo toma tua propriedade sem seu consentimento, ele assim toma tua liberdade para usar teus talentos para adquirir a propriedade que tu precisas para sua vida e felicidade”*¹³⁴.

Firmes sobre essa base, os autores da Constituição buscaram construir um arranjo institucional capaz de acomodar essa visão de igual liberdade humana¹³⁵. Para defender que o projeto original tinha por objetivo principal – ainda que dotado de falhas e tendo que acomodar as contingências de seu tempo – a construção de um Estado de Direito, de um governo das leis e não de políticas, importante a comparação de seu fundo teórico com o conceito de *Rule of Law* antes defendido como instrumento de análise.

Conceber aos seres humanos como igualmente livres coloca o ideal que informou a Constituição em conformidade com uma sociedade que busca um grau de civilidade na relação entre indivíduos. Pode-se dizer que os direitos naturais, que embasaram teoricamente a independência e a Constituição americana, implicam necessariamente alguma forma de regramento da liberdade pelo Direito e não por “alguém”. O que os autores daquela época enxergaram como resultado da concessão de direitos naturais pode ser percebido do ponto de vista da *Rule of Law* como um ideal de liberdade ordenada; uma tentativa de proteger a todos de todos enquanto livres por meio da autoridade do Direito.

A posição teórica que as contingências históricas deram à figura do cidadão americano, como aquele dotado de direitos naturais inalienáveis, nada

¹³³ MADISON, James. *Federalist N.º 10*. In: *The Federalist*. The Gideon Ed. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 43. (tradução livre)

¹³⁴ WEST, Thomas G. *The Political Theory of the American Founding: natural rights, public policy, and the moral conditions of freedom*. New York: Cambridge University Press, 2017. p. 31. (tradução livre)

¹³⁵ A primeira objeção que se pode levantar é a problemática da escravidão. No entanto, o ponto será abordado com mais detalhe ao trabalhar as “qualificações empíricas” que afastam o projeto constitucional americano de um modelo ideal, como se havia advertido.

mais é que a percepção e a aceitação das premissas fundamentais para se falar em Estado de Direito, destacadas na introdução, qual sejam: que cada indivíduo é uma expressão de uma inteligência livre e autônoma (ou de um arbítrio) e que, como tal, coexiste entre outros igualmente livres (outros arbítrios) no mundo.

Nesse enredo, a instituição de um governo entre os indivíduos – ou na terminologia filosófica, de uma prática de autoridade a reger a associação humana – não será pautada pela consecução de uma finalidade palpável, mas como meio de ordenação da liberdade, de mediação da coexistência. Aproxima-se mais de um projeto orientado para a estruturação de uma associação civil, regidas por normas adverbiais; ou seja, um *Rule of Law* em que o relacionamento entre os cidadãos se pauta primordialmente por uma *Lex*.

No entanto, o propósito dessa análise é verificar, no empírico, a qualificação que pode ser dada a forma de governo construída na América do século XVIII. Demonstrada a correspondência de seus fundamentos teóricos, cabe agora investigar seu efetivo reflexo no pacto constitucional.

1.1.2.2 O arranjo constitucional de um Estado preponderantemente de Direito

A Constituição americana, além de poder ser considerada um dos importantes documentos políticos da modernidade e a mais antiga Constituição escrita ainda em vigor, já foi e continuando sendo objeto de intensa análise e reflexão, como seria de se esperar de um texto ainda juridicamente ativo e vinculante. Portanto, não cabe aqui dessecar o texto americano a suas minúcias, pois este trabalho não trata do documento em si e suas múltiplas facetas no mundo jurídico, mas da sua qualificação ou não como um instrumento de fundação e promoção de uma sociedade regida preponderantemente pelo Direito.

Considerando já se ter identificado um pressuposto teórico compatível com um *Rule of Law* – o governo é formado para a preservação de direitos de indivíduos livres (liberdade ordenada) – e com influência sobre os agentes políticos da época, a investigação agora deve buscar entender que natureza possui essa Constituição como pacto escrito e quais são os ofícios do Poder nela delineados – sempre em correspondência aos ofícios indispensáveis à existência da associação civil, indicados na primeira parte desse trabalho.

1.1.2.2.1 A Constituição como espécie de documento legal

À questão quanto a que natureza ou a que espécie de documento legal pertence a Constituição, *Lawson e Seidman*, em sua obra “*A Great Power of Attorney*”¹³⁶, apresentam uma resposta fundamentada que é indicativa de uma pretensão de estruturação de um Estado de Direito.

Central em seu argumento, que dá nome à obra, está a visão apresentada por *James Iredell*, jurista da Carolina do Sul que participou da convenção para a formulação da carta, quando defendeu a desnecessidade de um rol de direitos individuais no texto constitucional. O argumento, pela clareza e valor histórico, merece transcrição:

“De qual utilidade, portanto, pode ser um rol de direitos na Constituição, na qual o povo expressamente declara o quanto de poder ele concede, e em consequência retém tudo o que não concedeu? É uma declaração de poderes específicos pelo povo a seus representantes, para propósitos específicos. Pode ser considerando como uma grande procuração, sob a qual nenhum poder pode ser exercitado, salvo o que é expressamente concedido. Alguém alguma vez já ouviu que ao fim de uma procuração fora dito que o procurador poderia exercer mais poderes do que os que lhe foram concedidos? Suponha-se, por exemplo, que um homem tinha terras

¹³⁶ LAWSON, Gary. SEIDMAN, Guy. *A Great Power of Attorney: understanding the fiduciary constitution*. Kansas: University Press of Kansas, 2017.

nos condados de Anson e Caswell, e ele pudesse conceder a outro uma procuração para vender suas terras em Anson, teria o outro alguma autoridade para vender as terras em Caswell? — ou poderia ele, sem ser um absurdo, dizer ‘É verdade que tu não me autorizou expressamente a vender as terras em Caswell; mas como tens terras lá, e não falaste que eu não poderia, eu pensei que eu poderia da mesma forma vender tais terras, como as outras’. Um rol de direitos, como eu concebo, não seria apenas incongruente, mas perigoso.”¹³⁷

Por “grande procuração”, o jurista do Sul se referia à natureza primeira do documento constitucional: a delegação limitada de poderes que só poderiam ser exercidos nestes mesmos limites. A Constituição, portanto, seria espécie de procuração, incluída em um gênero maior de documentos legais – cujos conceitos e elementos estavam disponíveis na tradição jurídica da época – conhecidos como “instrumentos fiduciários” ou contratos fiduciários.

Lawson e Seidman buscam provar seu argumento com a demonstração de que, à época do documento, estavam presentes no imaginário jurídico os elementos de um negócio fiduciário. Traduzindo para os conceitos desse trabalho: a teoria e a fundamentação das relações fiduciárias como formas jurídicas ou práticas dotadas de autoridade foram utilizadas para dar cor e forma à Constituição; para dar-lhe praticabilidade e aceitabilidade com uma *Lex* dotada de autoridade.

Segundo os autores:

“(...)pela razão de as cortes terem interpretado [construindo] instrumentos fiduciários por séculos, um autor da época da fundação poderia se valer de várias bem-estabelecidas regras básicas [background rules] de interpretação quando fosse esboçar uma procuração. Um conjunto dessas regras dizia respeito a como entender o escopo de concessões de poderes contidos em instrumentos de agência.

¹³⁷ IREDELL, James. *North Carolina Ratifying Convention*. 28/07/1788. Disponível em: http://press-pubs.uchicago.edu/founders/print_documents/v1ch14s45.html. Acessado em: 20/12/2018. (tradução livre)

(...)

*Nesse sentido, por um longo costume de interpretação (e, em algumas ocasiões, mudanças em tais costumes ao longo do tempo), certos poderes implícitos passaram a ser associados com certas concessões de autoridade em interações recorrentes de direito privado. (...) Os poderes substantivos concedidos aos agentes eram conhecidos como poderes **principais**, enquanto a autoridade implícita que presumidamente acompanhava tais concessões era conhecida como poderes **incidentais**.*¹³⁸

O recurso a uma longa e estável prática de negócios fiduciários, em especial o de procuração, era um regramento presente e acessível ao autor constitucional. Importante lembrar que a experiência americana é marcada por uma ruptura revolucionária do liame jurídico entre os colonos americanos e a Coroa da Inglaterra, sendo que esta era ordenada e se sustentava sobre uma *praxis* constitucional não-escrita ou não-rígida, mas histórica.

O “reinício” dos Estados Unidos, após o seu retorno – no mínimo teórico – ao estado de natureza não se daria por uma tradição desformalizada. A ruptura abrupta demandou a confecção de pactos escritos para a estruturação de um novo esquema de autoridade. Primeiro uma confederação, com seus artigos e de pouco sobrevida; e, segundo, um texto constitucional rígido e escrito em que se marcaria a retomada da sociedade política em âmbito nacional – com a reunião dos estados –, não estando disponível à época a opção “costumeira” ou “histórica” da tradição inglesa, simplesmente porque não atendia às demandas de uma nova sociedade que abruptamente conquistara a independência.

Portanto, a redação jurídica do texto constitucional teria que tomar por fundamento algum substrato infraconstitucional pré-existente. Em outras palavras, uma linguagem ou prática já corrente e dotada de autoridade, que, ao mesmo tempo, fosse compatível com o ideário teórico de igualdade natural e liberdade ordenada. Essa linha de raciocínio demonstra a relevância do

¹³⁸ LAWSON, Gary. SEIDMAN, Guy. *A Great Power of Attorney: understanding the fiduciary constitution*. Kansas: University Press of Kansas, 2017. pp. 18-19. (grifos no original) (tradução livre)

argumento de *Lawson e Seidman*, considerando a adequação entre as aspirações teóricas e as necessidades políticas do momento e a doutrina dos negócios fiduciários.

Se o novo Estado estava baseado em uma doutrina dos direitos naturais e se governos são formados “*para assegurar tais direitos*”, e “*derivam seus justos poderes do consentimento dos governados*”¹³⁹, a linguagem necessária para o documento só poderia ser uma que, além de estar consolidada como prática dotada de autoridade, fosse instrumentalmente capaz de regular uma relação de delegação de poderes do povo aos governantes, esquadrinhando uma pura relação de procuração ou fiduciária.

Todavia, seguindo ainda com o argumento dos autores, essa prática de delegação de poderes estava também conectada a outro conjunto de regras “*relativas mais às responsabilidades e potenciais obrigações, do que a poderes dos agentes*”¹⁴⁰. Fazia parte da prática dos negócios fiduciários um conjunto de regras relativo à boa conduta dos procuradores ou agentes fiduciários e à adequada condução de seus atos nos limites dos poderes delegados, principais e incidentais.

Aqui cabe destacar característica mais antiga da figura do agente fiduciário. A relação fiduciária e a principiologia que a informa vem do termo latino *fiducia*, que significa confiança. No antigo Direito Romano, o fiduciário era aquele que recebia em seu nome os bens em confiança, fosse para a garantia de débitos, fosse como mero depósito para guarda. O núcleo da relação estava na confiança efetiva de que o fiduciário restituiria os bens quando do momento adequado – pagamento da dívida ou fim do risco à coisa ou a seu dono que ensejou o depósito –, pois, no início, não havia ação disponível para reaver os bens no caso de injusta negativa.

O Dicionário de Direito Romano de Adolf Berger define os termos:

¹³⁹ Declaração da independência (tradução livre)

¹⁴⁰ LAWSON, Gary. SEIDMAN, Guy. *A Great Power of Attorney: understanding the fiduciary constitution*. Kansas: University Press of Kansas, 2017. p. 23. (tradução livre)

*“Fiducia. Um acordo (**pactum fiduciae**) anexo a uma transferência de propriedade por **mancipatio** (ou **in iure cessio**) pelo qual o adquirente assume certas obrigações para com a propriedade transferida ou a posterior devolução ao alienante. O acordo é baseado na confiança do alienante (**fides, fiducia**) quanto à honestidade do adquirente. (...)¹⁴¹*

*“Fiduciae causa. Refere-se a transações (**mancipatio** ou **in iure cessio**) que criam uma relação fiduciária entre as partes contratantes e impõem sobre o fideicomissário [trustee] o dever de realizar, sob certas condições, um ato legal confiado-lhe.¹⁴²*

Portanto, mesmo antes da *common law*, a tradição jurídica romana já reconhecia a confiança como elemento de ligação dos negócios fiduciários. A influência romana sobre os sistemas jurídicos da Europa continental e da Grã-Bretanha é inegável e a *fiducia* é conceito elementar subjacente a negócios modernos surgidos no ocidente, como a alienação fiduciária, o *trust*, etc.

O bem agir do fiduciário – o seu agir dentro da confiança nele depositado por quem lhe delegou poderes – fazia e ainda faz parte da regulação e da técnica jurídica dos negócios fiduciários. Esse “outro lado da moeda” na relação fiduciária estava umbilicalmente ligado a própria ideia de delegação de poderes ou de procuração que, assumindo a Constituição como um documento jurídico com essa natureza, não poderia deixar de estar presente no texto.

“Os autores também teriam que considerar o risco posto por uma relação de agência e como tal risco poderia ser administrado.

O risco é que o agente faça um trabalho ruim ao representar os melhores interesses do outorgante.¹⁴³

¹⁴¹ BERGER, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia: The american philosophical society, 1953. p. 471. (tradução livre)

¹⁴² BERGER, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia: The american philosophical society, 1953. p. 472. (tradução livre)

¹⁴³ LAWSON, Gary. SEIDMAN, Guy. *A Great Power of Attorney: understanding the fiduciary constitution*. Kansas: University Press of Kansas, 2017. p. 24. (tradução livre)

Evidências de que essa visão jurídico-filosófica, de que os agentes do governo – mais precisamente os agentes dotados de autoridade – deveriam manter uma relação de confiança (*fiducia*) e de boa e adequada conduta (*bona fides*) com os governados, estão presentes. Na obra de John Locke, que, de forma incontroversa, influenciou o projeto americano, tem-se a ideia de Poder Público – na citação, referindo-se ao Poder Legislativo, a quem Locke atribuía o Supremo Poder do Estado – como delegatário do povo, não podendo agir contrariamente aos poderes recebidos.

“Pois o poder legislativo é simplesmente o poder combinado de todos os membros da sociedade, ao qual foi entregue à pessoa ou às pessoas que constituem a legislatura; não pode haver mais desse poder do que aquele povo tinha no estado de natureza, antes de eles entrarem em sociedade e darem seu poder para a comunidade. Ninguém pode transferir a alguém mais poder do que possui; e ninguém tem um poder arbitrário absoluto para destruir sua própria vida, ou tomar a vida ou propriedade de outro....Um homem no estado de natureza não tem poder arbitrário sobre a vida, liberdade ou posses de outro; ele tem apenas o tanto de liberdade ou poder moral que a lei da natureza lhe deu para sua autopreservação e de todos os demais; esse é todo poder que ele tem, então é tudo que ele pode renunciar em favor da comunidade e, também, para a legislatura;”¹⁴⁴

Se todos são igualmente livres, sem poder sobre o próximo, salvo para sua proteção, não podem constituir um governo por delegação que detenha o poder *“para destruir, escravizar ou deliberadamente empobrecer os subjugados”*¹⁴⁵. Um governo que invista contra a liberdade de seus subordinados para além da necessária ordenação – para além da proteção dos direitos naturais de todos os seus membros – age fora da sua representação, age de má-fé ou com quebra de confiança.

Algumas constituições estaduais utilizaram a terminologia própria do negócio de procuração:

¹⁴⁴ LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Livro 2. Cap. 11. §135. (tradução livre)

¹⁴⁵ LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Livro 2. Cap. 11. §135. (tradução livre)

“V. Todo poder reside originalmente no povo, e sendo entregue por ele, os vários magistrados e oficiais do governo, investidos com autoridade, seja legislativa, executiva, ou judicial, são seus substitutos e agentes, e são, a todo o momento, responsáveis perante eles.”¹⁴⁶

Analisando o preâmbulo da Constituição, *Lawson e Seidman* reforçam o argumento:

“O preâmbulo, nós já destacamos, pode ser lido como uma clássica provisão em um instrumento fiduciário. Ele identifica o outorgante (‘Nós o Povo’), determina os propósitos do instrumento, e mesmo indica que as relevantes responsabilidades fiduciárias dos agentes a serem designados estendem-se além de qualquer pessoa concreta que possa, como em 21 de Junho de 1788, pleitear ser ‘Nós o Povo’, pois os benefícios do instrumento devem se estender ‘a nós e nossa Posteridade’. Há, em outras palavras, algo como um potencial conflito interesse-presente/interesse-futuro entre membros concretamente existentes do Nós o Povo e futuro membros desse corpo, e o Preâmbulo instrui os agentes a tomar a devida conta das preocupações tanto dos presentes como do futuros possuidores de interesse, assim como um outorgante pode impor obrigações sobre o outorgado quanto a um usufrutuário [life tenant] ou um nu-proprietário [remainderman].”¹⁴⁷

Barnett segue o mesmo pensamento:

“(...) a constituição em nenhum lugar fala dos ‘direitos’ de cada estado ou o governo federal. Ao contrário, ela fala dos ‘poderes’, que são os que senhores delegam para seus servidores. Um senhor ou ‘outorgante’ delega poderes para seu servidor ou ‘agente’. E, de acordo com antigos princípios de direito de agência, um agente deve exercer esses poderes em favor e

¹⁴⁶ Constituição do Estado de Massachusetts de 15 de Junho de 1780, item V da Primeira Parte. (tradução livre)

¹⁴⁷ LAWSON, Gary. SEIDMAN, Guy. *A Great Power of Attorney: understanding the fiduciary constitution*. Kansas: University Press of Kansas, 2017, p. 47. (tradução livre)

sujeito ao controle do outorgante. Isso porque o outorgante é o supremo poder soberano em uma relação entre outorgante e agente".¹⁴⁸

Com isso, foram apresentadas apenas algumas evidências documentais de que, no pensar a Constituição, estavam presentes conceitos jurídicos prévios necessários para a redação inteligível de um texto que se queria fosse norma – compreensível e familiar aos destinatários – e estivesse respaldado pela mesma visão antropológica justificadora do movimento de independência. Não é objetivo desta análise a formação de um repertório histórico, mas destacar a forte presença de um ideário jurídico e filosófico incompatível ou, ao menos, não favorável a construção de um estado na perspectiva de uma associação empreendedora, mas sim civil.

A própria concepção, tão claramente coloca por Madison em *Federalistas n.º 51*, de um governo internamente amarrado em arranjos de pesos e contrapesos depõe contra a ideia de um governo vocacionado para políticas públicas ou para objetivos além da paz e segurança – liberdade ordenada. Se a função dos governos é proteger os direitos naturais dos indivíduos do ataque de outros ou do próprio governo; e se foi a Constituição desenhada como uma “procuração” do povo a determinados agentes e nos limites do delegado, é estranha a sua natureza a possibilidade de um governo em que a agenda política seja pautada por objetivos materiais outros, que não os necessários apenas para a salvaguarda e a ordenação da liberdade.

Instituir políticas públicas coletivas implica a preponderância de determinadas escolhas substanciais de um específico grupo político em detrimento da liberdade do resto dos membros, ou seja, justamente o que um sistema de pesos e contrapesos ou de delegação fiduciária foi criado para evitar. Impor a um membro da coletividade que se subordine ao interesse de outro seria, como referiu Locke, “*escravizar, ou deliberadamente empobrecer*”, em desacordo com o mandato constitucional.

¹⁴⁸ BARNETT, Randy E. *Our Republican Constitution: securing the liberty and sovereignty of we the people*. New York: Broadside Books, 2016. p. 63. (tradução livre)

Se os governantes são agentes fiduciários do todo o povo, correspondente ao conjunto de indivíduos, não lhe podem ter sido delegados poderes para atingir objetivos substanciais de uma maioria, em direto conflito com os interesses de parte dos representados ou da minoria. Um procurador de múltiplos indivíduos apenas o pode ser se não forem conflitantes seus objetivos e intenções; em outros termos, assim como o mesmo advogado não pode representar autor e réu de mesma contenda, pois contrário ao dever de confiança de ao menos uma das partes, não poderia um governante agir em atenção a interesses conflitantes.

Com certeza, à época do texto constitucional, não se imaginava que interesses ou facções não tentassem influenciar a ação estatal ou que não houvesse divergências política até mesmo sobre a melhor forma de preservar a segurança ou a paz dos governados. No entanto, o maquinário constitucional fora pensado justamente para combater o abuso de poder e delegar poderes necessários para a segurança e a paz em âmbito federal, cuja ação seria informada circunstancialmente e limitada pelo dever de confiança (*fiducia*).

Não obstante, o que certamente não fazia parte, por simplesmente ser filosoficamente ininteligível àquela sociedade, seria enxergar o arranjo constitucional como um conjunto de regras instrumentais para atender a um objetivo substantivo; ou como um maquinário político produtor e executor de políticas públicas de transformação do cidadão¹⁴⁹.

O acordo ou o pacto constitucional se limitava teoricamente apenas à salvaguarda de direitos, não buscava a promoção de interesses ou a distribuição de vantagens. O governante visto como agente fiduciário – em

¹⁴⁹ Esta característica poderia ser atribuída como mais propriedade ao imaginário francês pós-revolução, em que o ideal de igualdade informado por uma impositiva fraternidade pública justificaria uma ação estatal de salvação ou purificação do homem, sempre em atenção a um bem público ou a um objetivo público de adesão coletiva obrigatória. A referência a uma liberdade forçada na obra de Rousseau parece sintomática: “*A fim de que o pacto social não represente, pois, um formulário vão, compreende ele tacitamente este compromisso, o único que poderá dar força aos outros: aquele que recusar obedecer à vontade geral a tanto será constringido por todo um corpo, o que não significa senão que o forçarão a ser livre, pois é essa condição que, entregando cada cidadão à pátria, o garante contra qualquer dependência pessoal.*” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social ou Princípio do Direito Político*. São Paulo: Nova Cultura, 1999. p. 75)

todas suas facetas, seja como juiz, executor ou legislador – poderia apenas atuar nos limites desses interesses de paz e segurança que compõem a liberdade ordenada.

Se assim não fosse, o equilibrado arranjo de instituições destinadas a “enquadrar” os agentes (fiduciários) do governo, prevendo sua natural corrupção e ganância, não faria sentido. O conflito de interesses era esperado, mas sabidamente deveria ser refreado por instituições que os equilibrassem.

A essa altura, necessário o paralelo entre essa Constituição fiduciária e institucionalmente equilibrada com o conceito de governo misto, cuja finalidade justamente seria evitar a corrupção das formas de governo. Pessoas igualmente livres são inevitavelmente diferentes em aptidões, posições, posses e interesses, o que se reflete nos agentes públicos. Assim, um justo equilíbrio, um arranjo misto de interesses representados nesses diferentes Poderes constituídos seria a receita para manter a todos nos limites da delegação: a salvaguarda de direitos.

George Washington ao Marquês de Lafayette, em carta de 7 de fevereiro de 1788, referiu:

“Que esses Poderes (...) são distribuídos de tal forma entre os Ramos Legislativo, Executivo e Judicial, nos quais o Governo geral é organizado, que nunca pode estar em perigo de degenerar-se em uma Monarquia, uma Oligarquia, uma Aristocracia, ou qualquer outra forma despótica ou opressora, enquanto houver alguma virtude no corpo do Povo.”¹⁵⁰

Novamente, James Madison em Federalistas nº 51 alerta para a necessidade de controle:

¹⁵⁰ WASHINGTON, George. *George Washington to the Marquis de Lafayette*. Mount Vernon, Virginia. 07/02/1788. In: BAILYN, Bernard. *The Debate on the Constitution: federalist and antifederalist speeches, articles, and letters during the struggle over ratification*. Volume 2. 12ª e. Nova York: Library of America, 1993. p. 178. (tradução livre)

*Deve ser um reflexo da natureza humana, que esses dispositivos devam ser necessários para controlar os abusos de governo. Mas o que é o governo em si, do que o maior de todos os reflexos da natureza humana? Se homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário. Se anjos fossem governar os homens, nem controles externos, nem internos sobre o governo seriam necessários. Na concepção de um governo para ser administrado por homens sobre homens, a maior dificuldade repousa nisso: deve-se primeiro permitir ao governo controlar os governados; e em segundo lugar obrigá-lo a controlar a si mesmo.*¹⁵¹

Em suma, a Constituição americana, na época de sua promulgação, foi engendrada e percebida, em seu cerne teórico e em sua estrutura jurídica básica, como um arranjo institucional de natureza fiduciária por meio do qual seu destinatário – o povo – delegaria poderes como um instrumento de salvaguarda de liberdades e não de transformação da sociedade. Não se tratava de um mecanismo de apuração de maiorias, mas delegação de poderes limitados e manutenção da boa conduta dos agentes fiduciários. Queria-se apenas preservar direitos já existentes de forma mais eficiente, e não transformar a sociedade em algo melhor.

Bruce Frohnen e George Carey destacam essa característica da Constituição americana original e a qualificam como um elemento de medição e não de comando:

“Uma concepção diferente do constitucionalismo é baseada na prática histórica e incorporada na Constituição dos Estados Unidos como originalmente esboçada e compreendida. De acordo com essa concepção, uma adequada constituição não comanda, mas, antes, media entre os principais grupos sociais e instituições. Autores de uma constituição mediadora vê-la-iam não como uma força orientadora fundamental cujos elementos a sociedade será moldada de acordo, mas, antes, como uma roupa feita para caber em uma sociedade que já está lá, cuja integridade deve ser respeitada. Uma constituição mediadora não busca moldar a

¹⁵¹ MADISON, James. *Federalist N.º 51*. In: *The Federalist*. The Gideon Ed. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 268-269. (tradução livre)

*sociedade de uma grande posição original, mas manter paz, estabilidade, e o estado de direito no interior da sociedade, de tal forma que as pessoas e os grupos, compondo seu modo de vida, possam florescer. Uma constituição mediadora está primeiramente preocupada com estabelecer uma estrutura de governo e vincular aqueles em posição de poder a essa estrutura; ou seja, visa estabelecer e fazer cumprir o estado de direito contra os governantes [rulers].*¹⁵²

Um documento constituído com uma roupagem de negócio fiduciário ou procuração e conscientemente construído em coerência com uma visão de direitos naturais individuais – que delimitam o único objetivo do Estado como sendo em sua preservação – parece amparar uma *Lex* ou prática preponderantemente adverbial. A análise, assim, deve prosseguir com vista aos modelos conceituais dos ofícios necessários à associação civil.

1.1.2.2.2 Os ofícios do Poder na Constituição americana

Ainda que a separação da análise pelos mesmos ofícios estipulados na primeira parte possa ser tachada de simplista e redutora de uma realidade mais complexa, não se pode negar ser a metodologia mais eficiente para os objetivos dessa investigação. Se estava ou não o projeto constitucional americano original vocacionado à sustentação de um Estado de Direito no sentido adverbial é questão que passa necessariamente pela identificação dos ofícios de Poder em seu conceito ideal.

Como ressalva, importante deixar claro que os “ofícios-modelo” aqui utilizados não demandam a identificação de correspondentes exatos e unitários na realidade constitucional. Quanto à ordem da análise, merece, até mesmo por estilo tradicional, a ordem posta pelo próprio documento, em seu sequencial de artigos.

¹⁵² FROHNEN, Bruce P. CAREY, George W. *Constitutional Morality and the Rise of Quasi-Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 52. (tradução livre)

1.1.2.2.1 O Ofício Legislativo

A primeira e maior dificuldade em tentar aproximar a construção concreta de um Poder Legislativo ao modelo ideal de Ofício Legislativo está na aparente ingenuidade da teoria do *Rule of Law* até então defendida. Como antes visto, ao legislador ideal caberia a pontual e não frequente alteração da prática adverbial para atender grandes alterações de “crenças e sentimentos”¹⁵³ e não a políticas de determinada facção ou partido.

Como imaginar, no nosso panorama atual, uma discussão sem partidos, uma lei que não seja fruto de um embate de políticas opostas, que mutuamente tentam se desmentir, mas que, ao final, encontram um ponto de síntese gerado pelo processo de discussão e votação. Como negar a necessidade desse processo dialético hegeliano de *tese-antítese-síntese* que, para a grande maioria dos modernos pensadores da democracia, parece compor o próprio espírito da democracia (no conceito axiologicamente carregado da atualidade) moderna?

No entanto, a concepção preponderante à época do projeto constitucional era de desconfiança quanto a partidos e facções, não apenas na América revolucionária, mas mesmo na sofisticada monarquia constitucional inglesa. A ideia de partidos políticos era tida por reprovável e danosa à boa política.

A Constituição em seu artigo primeiro é exaustiva quanto à forma de seleção dos membros do Congresso, mas se omite quanto à necessidade ou à possibilidade de arregimentação na forma de partidos políticos. Não o faz, pois não fazia parte da tradição da boa política confiar a solução das questões de interesse de toda a coletividade ao embate entre visões fracionadas, entre

¹⁵³ OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 138. (tradução livre)

facções. Ao contrário, a política por facções era malvista e tida por nociva à política, por favorecer interesses parciais ou particulares – aqui se poderia dizer substantivos – em detrimento do supra-interesse de todos os membros do conjunto político, ou seja, as regras de conduta, as normas do *Rule of Law*.

Como refere o historiador Richard Hofstadter, a Constituição fora pensada com desconfiança quanto à formação de facções, especialmente maiorias, movidas por interesses parciais que não abarcavam a totalidade da vontade popular (ou interesse geral). O horizonte teórico disponível aos autores do texto decorria da experiência inglesa e da autoridade dos clássicos como Aristóteles e Políbio, que traziam a receita básica de governo misto e equilibrado como solução para a estabilidade e a ordem. Esse equilíbrio do Poder decorreria da estrutura do arranjo constitucional – com a incorporação dos três clássicos elementos da sociedade, o povo, a nobreza e o soberano – e não pela atuação de forças políticas fracionadas.

Afirma ainda Hofstadter: “os autores esperavam criar não um sistema de governo partidário sob uma constituição, mas, antes, um governo constitucional que iria breçar e controlar os partidos”¹⁵⁴. A desconfiança quanto ao alinhamento de grupos de interesse – denominados partidos ou facções, quase de forma sinônima – era pensamento corrente da época. Não se vislumbrava a possibilidade de que o interesse de terminado grupo pudesse atender ao interesse maior do corpo coletivo.

Essa visão representava a tradição histórica da filosofia política, na qual a divisão partidária não teria lugar na vida pública, por corromper – e não engrandecer, como parece ser a visão atual – a atividade política. Hervey C. Mansfield refere nesse sentido:

“É notável que antes do tardio século dezoito, estadistas e filósofos políticos eram quase unânimes na opinião que partido era perverso. Eles pensavam que toda sociedade deve ser substancialmente livre de dissenso

¹⁵⁴ HOFSTADTER, Richard. *A Constitution Against Parties: madisonian pluralism and the Anti-party tradition*. Disponível em <https://doi.org/10.1111/j.1477-7053.1969.tb00805.x>. Acessado em 22/02/2018. (tradução livre)

em alguns tópicos preciosos; se opiniões nesses tópicos eram questionáveis e sujeitas à divisão partidária, é vital que elas sejam conciliadas. Mas sérios e ‘grandes’ partidos estarão preocupados precisamente com esses tópicos, e eles devem ser evitados a todo custo, salvo o sacrifício de princípio. De outro lado, frívolos ou ‘pequenos’ partidos são perigosos e capazes de corromper. (...) Partidos que conseguem se manter frívolos são distração para estadistas sérios, degradantes para os políticos inocentes que eles aliciam, e principalmente subservientes à ambição irresponsável dos políticos que lucram com eles. Não é onde as questões importantes são resolvidas que partidos frívolos não causam nenhum mal, mas onde não há assuntos sérios que os homens não possam se distrair. (...) Em suma, de acordo com a visão tradicional, partidos são problema ou eles criam problema; e se não, eles são indesculpáveis.”¹⁵⁵

Partidos, caso postos em prática, apenas serviriam para a causa que lhes deu origem, cessando quando fosse alcançado um entendimento. Falar em partidos como instituições permanentes era proibitivo. A organização, no interior da vida política, de um grupo de interesses voltado contra outros interesses era tida por uma deformidade, algo que apenas transitoriamente poderia ser tolerado.

James Madison, envolvido na filosofia de seu tempo, em *Federalistas* n.º 10, denuncia a nocividade das facções e a função da estrutura constitucional em combatê-las: *“entre as numerosas vantagens prometidas por uma união bem construída, nenhuma merece ser mais cuidadosamente desenvolvida que sua tendência a travar e controlar a violência das facções”*¹⁵⁶. Não deixa, também, de qualificar o termo facção como um conjunto de cidadãos unidos por *“algum impulso comum da paixão, ou do interesse, avesso aos direitos de outros cidadãos, ou ao permanente e agregado interesse da comunidade”*¹⁵⁷.

¹⁵⁵ MANSFIELD, Harvey C., Jr. *Statesmanship and Party Government: a study of Burke and Bolingbroke*. Chicago: University of Chicago, 1965. p. 13-14. (tradução livre)

¹⁵⁶ MADISON, James. *Federalist N.º 10*. In: *The Federalist*. The Gideon Ed. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 42. (tradução livre)

¹⁵⁷ MADISON, James. *Federalist N.º 10*. In: *The Federalist*. The Gideon Ed. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 43. (tradução livre)

Partidos, como reunião de interesses parciais e defensores de políticas voltadas a esses interesses, não eram figuras desejáveis para o funcionamento do governo e, em especial, do Poder Legislativo. No entanto, Madison percebia o agrupamento em facções como um fato da vida coletiva que deveria ser equalizado pelo esquema constitucional, para evitar que aquelas assumissem a dianteira nas definições políticas. Um bom arranjo institucional seria a solução para evitar a partidarização e, assim, garantir que o Legislativo fosse um espaço de produção de normas de interesse do todo, do coletivo – normas de um Estado de Direito e não de arbítrio da maioria.

Diferente da preconcepção moderna, em que a defesa de interesses parciais de grupos em um confronto político higienizado por normas procedimentais seria uma forma de garantia ou de dar vigor à democracia; a divisão por políticas era um mal a ser combatido. Assim como propõe Oakeshott em seu conceito ideal de Estado de Direito, não se pode querer um governo de leis (de uma *Lex*) se o que se busca produzir no processo político é uma mera política-síntese de interesses opostos.

A visão teórica posta no projeto constitucional, portanto, refletia essa ambição por um Legislativo capaz de fornecer regramentos de interesse geral ou, na terminologia aqui proposta, regras adverbiais de condicionamento das condutas dos membros da coletividade. Apenas uma política interessada na manutenção de uma ordem para todos os indivíduos livres fazia sentido a um projeto constitucional que buscava corporificar uma delegação de direitos e poderes de todo o corpo social – não de uma mera maioria – a determinados oficiais de estado, evitando assim um *Rule of man* ou *Rule of Majority*.

No entanto, diferente do modelo teórico ideal desenhado anteriormente, ao escrever a Constituição não se estava fazendo teoria ou estipulando conceitos, mas estruturando um sistema capaz de favorecer uma política do bem geral como liberdade ordenada, apesar da inevitabilidade do surgimento de facções entre os cidadãos. Os autores estavam preocupados com o risco de decaimento civilizatório das relações políticas, o que, em sua opinião, havia

acontecido na Inglaterra quanto buscou impor uma Soberania do Parlamento sobre o Direito (*Common Law*).

Exatamente nesse sentido, James Madison prossegue – convencido da natural degradação dos homens aos interesses de facções – ao afirmar que a extensão da república americana e a vasta quantidade de possíveis facções e interesses seria a melhor solução para a questão. Na medida em que muitas são as paixões, nenhum grupo seria forte o suficiente para assumir o controle e oprimir os demais.

“Em um governo livre, a segurança para direitos civis deve ser a mesma do que para direitos religiosos. Consiste, no primeiro caso, na multiplicidade de interesses e, no outro, na multiplicidade de seitas. O grau da segurança em ambos os casos dependerá do número de interesses e seitas; e pode-se presumir que dependa da extensão do país e do número de pessoas compreendidas sob o mesmo governo.”¹⁵⁸

Em suma, não se esperava do Legislativo a produção de políticas voltadas a interesses fracionados, mas que a multiplicidade de paixões as colocasse todas – ou grande parte – à margem do processo por mútua contenção, abrindo espaço para os verdadeiros temas de interesse de todos.

Thomas Jefferson em carta a Francis Hopkinson, em 13 março de 1789, assim colocou: *“Se eu não posso ir para o céu, salvo com um partido, eu não iria de forma alguma”¹⁵⁹*. Mesmo George Washington, em carta aberta ao público, publicada ao final do seu segundo mandato, fez um alerta claro quanto à improriedade dos partidos políticos:

“Todas as obstruções à execução das Leis, todas as combinações e associações, sob qualquer caráter plausível, com o real objetivo de dirigir, controlar, contrapor, ou intimidar a regular deliberação e a ação das

¹⁵⁸ MADISON, James. *Federalist N.º 51*. In: *The Federalist*. The Gideon Ed. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 270. (tradução livre)

¹⁵⁹ JEFFERSON, Thomas. *Carta a Francis Hopkinson*. Paris, França. 13/03/1789. Disponível em <http://www.let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/jefl75.php>. Acessado em 28/11/2018.

autoridades constituídas, são destrutivas desse princípio fundamental, e de tendência fatal. Elas servem para organizar facção, para dá-la uma força artificial e extraordinária; para colocar, no lugar da vontade delegada da nação, a vontade um partido, geralmente uma pequena mas habilidosa e empreendedora minoria da comunidade; e, de acordo com os triunfos alternados de diferentes partidos, para fazer da administração pública o espelho dos mal construídos e incongruentes projetos de facção, em lugar do órgão de conscientes e inteiros planos digeridos por conselhos comuns, e modificados por interesses mútuos.

*Entretanto, combinações e associações de tal descrição podem agora e depois responder aos fins populares, é provável que, no decorrer do tempo e das coisas, se tornem potentes motores, pelos quais homens astutos, ambiciosos e sem princípios possam subverter o poder do povo e usurpar para si as rédeas do governo; destruindo depois os próprios motores, que os elevaram ao domínio injusto.*¹⁶⁰

Portanto, este Poder Legislativo, como proposto originalmente, transparecia uma preponderância do conceito de Estado de Direito aqui defendido, qual seja: um Legislativo cuja atividade está voltada, primordialmente, a produzir regras (de boa conduta) e não comandos ou política públicas de interesses específicos. O interesse coletivo, que estaria acima dos partidários, se resume e retoma o ideário filosófico do momento: os governos são criados para a garantia dos direitos naturais do indivíduo, ou seja, para a garantia de uma liberdade ordenada (*Rule of Law*).

Mesmo a lista de competências da seção oitava do artigo primeiro do texto constitucional indica uma atuação do Poder Político Federal voltada à ordem da Federação, à segurança interna e, especialmente, externa, e à ordenação de atividades e direitos¹⁶¹.

A padronização da moeda, a organização das forças armadas e a uniformização do comércio aparecem no texto constitucional como prerrogativa

¹⁶⁰ WASHINGTON, George. *Farewell Address to the Nation*. 17/09/1796. Disponível em: http://avalon.law.yale.edu/18th_century/washing.asp. Acessado em 06/08/2018. (tradução livre)

¹⁶¹ Artigo 1º, Seção 8 da Constituição dos Estados Unidos da América.

do Congresso enquanto produtor de normas ordenadoras da sociedade. Não estava o Congresso autorizado a produzir normas para promover, fomentar ou induzir determinado padrão material de vida ou favorecer algum projeto político (uma política).

Nesse contexto, a estipulação de partidos como figuras constitucionais seria inócua. Se a discussão quanto às regras de ordenação da liberdade – a *Lex* a condicionar o agir dos membros – estaria limitada a elaboração da melhor e mais desejável normativa adverbial, não faria sentido um embate de facções com interesses fracionados. Condicionar, por meio de regras, a vida em comum não significava definir, pelas mesmas regras, a melhor forma de cada indivíduo viver sua própria vida, pois se buscava um Estado de Direito e não um Estado de arbítrio (da maioria) pelo Direito.

Ou seja, a discussão quanto à desejabilidade da alteração das normas de condicionamento do convívio, ainda que possa vir a ser substancialmente mais benéfica para alguns interesses individuais do que para outros, não deveria estar pautada por estes mesmos interesses, mas pela melhor forma de condicionar o agir de todos – de ordenar a liberdade. Fundamentalmente, essa era a percepção corrente quando da formulação do texto, de que o Legislativo seria dotado do poder de criação e alteração de normas de ordenação – e não de transformação – da sociedade no âmbito federal.

Sendo assim, o esforço intelectual aplicado na formulação do texto visava antes às medidas para garantir que o Legislativo se mantivesse nesse caminho, do que efetivamente à mera declaração dessa percepção teórica. Que o Legislativo deveria produzir normas no interesse de todos e para todos não era questão de conflito, mas sim como evitar que a instituição se desviasse de suas funções. Não se estava fazendo teoria política, mas construindo o regramento de uma nação concreta.

A experiência havida com os legislativos estaduais ao longo do período colonial pautou muito a definição dos mecanismos de proteção do Legislativo Federal contra a exacerbação das paixões. Os parlamentos estaduais, apesar

de serem vistos como legítimas instituições, com autoridade para representar os interesses das colônias, agora estados, tinham sua cota de desconfiança. Episódios de atuação de maiorias no favorecimento de determinados interesses não eram raros, colocando em risco os direitos naturais de uma parcela dos cidadãos.

Carl Richard, em sua obra *The Founders and the Classics* refere que a “tirania da maioria” não era uma experiência real e atual para o americano revolucionário, que estava unido a seus iguais na luta contra a tirania monárquica durante a Guerra de Independência. No entanto, tão logo terminadas as hostilidades “*essa unidade desmoronou depois da guerra, e assim os interesses conflitantes dos poucos e dos muitos reemergiu no pensamento popular*”¹⁶². Os parlamentos democráticos dos estados passaram a redistribuir riquezas por meio da expansão inflacionária e leis para o alívio de devedores, fatos que foram logo percebidos pelos autores constitucionais.

O período de confederação, que a soberania cabia inteiramente aos estados, permitiu vivenciar uma democracia quase irrestrita, em que as casas legislativas regiam seus governados pelos interesses do momento. Antes da Constituição, portanto, pode-se dizer que os americanos experimentaram um pouco um estado de arbítrio parlamentar, um *Rule of men*.

A necessidade de um novo arranjo com raízes na visão de governo misto, com base na doutrina clássica, que compusesse os interesses de um, de alguns e de muitos, passou a ganhar sustentação empírica. Inclusive, este era um dos argumentos para a necessidade de uma Constituição de âmbito federal: promover uma mais perfeita união, não só do ponto de vista da identidade nacional, mas especialmente jurídica e capaz de dar segurança a todos os membros da coletividade.

Um “parlamentarismo indomável” não era a resposta que se buscava para a Federação, pois era abrigo de facções e paixões momentâneas, que

¹⁶² RICHARD, Carl J. *The Founders and the Classics: Greece, Rome, and the American Enlightenment*. Cambridge: Harvard University Press, 1994. p.149. (tradução livre)

favoreciam interesses parciais e pontuais, sem atenção aos verdadeiros interesses coletivos ou, como se na terminologia da época, à verdadeira vontade geral.

O artigo primeiro em sua sessão dez especifica:

*1. Nenhum Estado poderá participar de tratado, aliança ou confederação; conceder cartas de curso; cunhar moeda; emitir títulos de crédito; tornar qualquer coisa que não ouro e prata meio para pagamento de dívidas; passar leis condenatórias sem julgamento, leis ex post facto, ou lei prejudicando a obrigatoriedade de contratos, ou conceder qualquer título de nobreza.*¹⁶³

A norma é espelho da prática anterior dos legislativos estaduais. O fervor de uma maioria, eventualmente representa na legislatura, poderia promover a ruína de credores, com perdões legais; o caos monetário por meio de estipulação de papéis públicos de curso forçado; ou mesmo a supressão da liberdade pela condenação *ex legem* sem julgamento (*Bill of Attainder*). Essas não eram normas desejáveis para estruturação de um sistema de liberdades ordenadas, pois não passavam de mera imposição de interesses parciais por meio de lei, ou seja, um estado em que o arbítrio de alguns se sobrepunha ao de outros – ainda que por meio de um “processo democrático”.

Paralelamente, o Congresso da nova Federação também poderia sofrer do mesmo mal, exigindo seu próprio rol de proibições¹⁶⁴ e, não só, demandando outros mecanismos para que interesses parciais – mesmo não enquadrados nas proibições expressas – não encontrassem abrigo nas leis produzidas. Como referiu Madison, a parcialidade é um fato da vida coletiva, mas indesejável à boa política e a exigir mecanismos de correção.

¹⁶³ Constituição dos Estados Unidos da América, item 1 da sessão 10 do artigo 1º. (tradução livre)

¹⁶⁴ Constituição dos Estados Unidos da América, item 1 da sessão 9ª do artigo 1º. Com destaque a proibição à supressão do Direito ao Habeas Corpus e a vedação a leis condenatórias e retroativas.

1.1.2.2.1.1 Divisão do Ofício Legislativo

A resposta à parcialidade deveria ser institucional e não política, deveria estar cristalizada na própria Constituição. Definiu-se, então, que *“todos os Poderes legislativos aqui conferidos devem ser investidos no Congresso dos Estados Unidos, o qual deve ser composto de um Senado e uma Casa dos Representantes”*¹⁶⁵; que o poder delegado ao parlamento deveria estar dividido em duas casas com natureza e propósitos diversos.

Em Federalistas n.º 62, ao se referir à necessidade de um Senado, Madison afirmou:

“Primeiro. É um infortúnio incidente para o governo republicano, embora em menor grau do que para outros governos, que aqueles que o administram possam esquecer suas obrigações com seus constituintes, e provarem-se infiéis a sua importante confiança. Nesse ponto de vista, um senado, como um segundo ramo da assembleia legislativa, distinto da e dividindo poder com a primeira, deve ser em todos os casos um salutar cheque sobre o governo. Isso dobra a segurança do povo, exigindo a concorrência de dois corpos distintos no esquema de usurpação ou perfídia, no qual a ambição ou a corrupção de um seria, de outra forma, suficiente. É uma precaução fundada em princípios claros, e agora bem compreendidos nos Estados Unidos, que seria mais do que supérfluo estender. (...).

*Segundo. A necessidade de um senado não é menos indicada pela propensão de toda assembleia numerosa e única a render-se ao impulso de súbitas e violentas paixões, e a ser seduzida por líderes facciosos em resoluções intemperadas e perniciosas. Exemplos dessa matéria podem ser citados inúmeras vezes; de procedimentos no interior dos Estados Unidos, assim como da história de outras nações.”*¹⁶⁶

¹⁶⁵ Constituição dos Estados Unidos da América, item 1 da sessão 1ª do artigo 1º. (tradução livre)

¹⁶⁶ MADISON, James. *Federalist N.º 62*. In: *The Federalist*. The Gideon Ed. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 321-322. (tradução livre)

O elemento essencial dessa divisão seria a disparidade na forma de eleição, composição e exercício do mandato em cada casa, permitindo uma salutar disparidade de interesses capaz de fornecer institucionalmente – e não politicamente – um *double-check* do Poder Legislativo de forma orgânica a seu funcionamento. O objetivo não era, por meio do processo legislativo, produzir a “atual síntese de interesses” da sociedade, mas a normatização do interesse geral, ou seja, a proteção da liberdade de cada membro na busca de sua felicidade.

Noah Webster, em seu artigo de outubro de 1787 refere a necessidade de divisão do corpo legislativo:

“Toda pessoa, minimamente familiarizada com a natureza humana, sabe que organismos públicos, assim como os individuais, estão sujeitos à influência de repentinas e violentas paixões, sob a operação das quais, a voz da razão é silenciada. Exemplos de tal influência não são tão frequentes, como individuais; mas seus efeitos são extensivos em proporção ao número que compõe o organismo público. Esse fato sugere a conveniência de dividir os poderes de legislar entre dois organismos de homens, cujos debates devem ser separados e não dependentes entre si: que a qualquer momento que uma parte pareça estar sobre uma indevida influência, seja de paixão, obstinação, ciúme de homens em particular, apego a um orador popular ou outras causas extraordinárias, possa haver um poder no legislativo suficiente para verificar todas as medidas perniciosas.”¹⁶⁷

Entre os federalistas, familiarizados com as ideias políticas clássicas de governo misto, esperava-se que um Senado eleito para mandatos mais longos, de seis anos, e de forma indireta, elevasse àquela casa os melhores de toda a Federação. Assim se poderia ter como que uma “aristocracia natural” capaz de exercer o papel de intermediária entre a casa dos representantes,

¹⁶⁷ WEBSTER, Noah. *A Citizen of America*. Philadelphia. 17/10/1787. In: BAILYN, Bernard. *The Debate on the Constitution: federalist and antifederalist speeches, articles, and letters during the struggle over ratification*. Volume 1. 14^a e. Nova York: Library of America, 1993. p. 131. (tradução livre)

supostamente mais democrática e, por isso, mais sujeita a paixões e inclinações, e os interesses do bem comum.

Certamente, a esse ponto da análise caberia opor a crítica dos fatos: a formação de agremiações partidárias, que se deu quase que imediatamente após a Constituição ter efeito, com acirramento ao longo do segundo termo do Presidente George Washington, é fato histórico inegável. No entanto, longe de se buscar uma ideal correspondência, é possível afirmar que os elementos concretos do projeto original apontam para um Legislativo preponderantemente vocacionado à boa ordenação do coletivo e não à promoção de um standard de sociedade ideal.

As dificuldades da prática constitucional são contemporâneas ao próprio texto. Como já afirmado, na análise empírica, não se pode buscar modelos ideais, pois os condicionamentos históricos sempre desafiam as categorias teóricas. Por outro lado, é sim possível, com a identificação de elementos dominantes na estrutura jurídica, afirmar a preeminências das características necessárias à qualificação de um sistema político histórico como um Estado de Direito.

Em suma, o Ofício Legislativo elaborado na Constituição visava, além de apenas permitir a expressão da vontade popular num novo sistema de governo federal, à equalização de paixões e facções, permitindo que a política fosse meio de produção de regras do interesse da nação como um todo, para sua proteção e para a ordenação da liberdade de seus membros. O Congresso como pensado originalmente não pode ser visto como na atualidade, como uma casa de políticas de cunho social ou transformadora; era antes uma fonte de normatividade ordenadora em um Estado visto como criado, gerido e direcionado para o povo – para todos os cidadãos.

Ao Congresso – assim como ao teórico Ofício Legislativo – caberia a produção dos instrumentos necessários para a nova federal, quais sejam, leis de ordenação das liberdades e medidas necessárias a sua proteção. Preponderantemente, se estava propondo um esquema de produção e

alteração da normatividade condizente com um Estado de Direito – uma sociedade unida antes por uma *Lex*, do que por uma política; uma regência do Direito e não das maiorias políticas.

1.1.2.2.2 O Ofício de Comando

Cabe ao Ofício de Comando a administração do Direito, sendo o responsável não por alterá-lo ou especificar seu conteúdo, mas por comandar aos *cives* sua subscrição por meio de ordens substantivas e individuais. No conceito ideal, é um ofício de polícia que garante, por meio de uma relação de subordinação (Poder de Comando) que determinado membro da coletividade realize determinado ato especificado, atendendo às regras de condicionamento e/ou às suas enunciações postas pelo Ofício Judicial.

Na realidade americana ao final do século XVIII, a ideia de um governo federal se sustentava, resumidamente, em duas questões práticas: a reconhecida falência do sistema de confederação como forma de organização das ex-colônias e a necessidade de os novos estados fazerem frente às demais nações no plano internacional. A sistemática confederativa de então não continha os instrumentos jurídicos necessários para que as deliberações do Congresso Continental fossem efetivamente cumpridas pelos estados, bem como seus mecanismos de superação de impasses não eram eficientes contra o boicote de algum dos estados membros.

Dessa forma, um Estado Federal com instituições federais autônomas – independentes dos ofícios e oficiais locais – era o que se buscava com um projeto de Constituição. Para não fracassar, demandaria um Ofício de Comando, um Executivo, forte o suficiente para exigir o cumprimento das leis federais e para fazer frente às exigências de representação e afirmação no plano externo.

Como referiu Akhil Amar, um Executivo em pé de igualdade com o novo Legislativo nacional e com as exigências que a soberania impunha à América internacionalmente:

“A união deve receber poder para organizar exércitos diretamente, para pagar soldados com seus próprios fundos derivados de seus próprios tributos, para regular comércio internacional e navegação, e para obrigar estados a observar tratados. Todos esses novos poderes exigiriam a criação de um legislativo continental verdadeiramente representativo com mandato democrático para agir diretamente sobre indivíduos. Para resguardar a liberdade doméstica, esse poderoso novo legislativo precisava de um poderoso executivo para mantê-lo sob controle. (...).

Um poderoso executivo também seria inestimável internacionalmente na coordenação da defesa da América e de políticas comerciais, assim como o resto do mundo.”¹⁶⁸

No projeto constitucional americano, coube então a uma só pessoa, investida como Presidente da União, o Ofício de Comando para impor o cumprimento da lei federal e a comandar as medidas necessárias à segurança da Federação contra agressões internas e externas, como chefe maior das forças armadas. Seu poder, fundamentalmente, estaria na sua prerrogativa do uso da força e dos meios de coerção necessários para dar realidade às determinações da lei internamente e para agir em defesa do corpo social e seus interesses no estrangeiro.

A Constituição assim define que *“o Poder Executivo deve ser investido em um Presidente dos Estados Unidos da América”¹⁶⁹*. Não há plano nacional, objetivo substancial ou meta a ser alcançado pelo Chefe do Poder Executivo, bastando-lhe e cabendo-lhe apenas os atos de necessária execução das leis ou, na terminologia aqui posta, a atividade de polícia do Direito. A definição de

¹⁶⁸ AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution: a biography*. Nova York: Random House Trade, 2006. p. 142. (tradução livre)

¹⁶⁹ Constituição dos Estados Unidos da América, item 1 da sessão 1ª do artigo 2º. (tradução livre)

seus poderes não lhe impõe metas de eficiência ou horizontes desejáveis para sociedade, apenas estipulam poderes necessários¹⁷⁰.

Os objetivos do Presidente – a sua “política” – seriam o de dar cumprimento ao que dispõe a lei e o de agir em sua proteção. A atuação do comandante do Executivo, portanto, no plano interno, estaria intimamente ligada aos objetivos postos pela lei, visando atender às expectativas dos membros da coletividade de que a subscrição aos condicionamentos de conduta seja ordinariamente – de forma regular e pela grande maioria – observada.

Como defendido por Hamilton em *Federalistas* n.º 70, um Executivo forte seria necessário para fazer frente aos riscos externos e para dar justa aplicação à lei:

*“Existe uma ideia, que não carece de advogados, que um Executivo vigoroso é inconsistente com a sumidade do governo republicano. Os iluminados simpatizantes dessa espécie de governo devem pelo menos esperar que a suposição seja destituída de fundamento; já que eles nunca podem admitir sua verdade, sem ao mesmo tempo admitir a condenação de seus próprios princípios. Energia no Executivo é uma personagem principal na definição de bom governo. É essencial para a proteção da comunidade contra ataques estrangeiros; não é menos essencial para a administração constante das leis; para a proteção da propriedade contra aquelas combinações irregulares e arrogantes que às vezes interrompem o curso ordinário da justiça; para a segurança da liberdade contra as investidas e assaltos da ambição, da facção e da anarquia”.*¹⁷¹

Essa perspectiva deve ser percebida em conjunto com a estrutura do Ofício Legislativo. Se as regras serão aquelas produto de um Legislativo engendrado para evitar – ou ao menos minimizar – a atuação das paixões e facções, seus objetivos serão primordialmente de regulação do convívio, ou

¹⁷⁰ Como definidos na sessão 2ª do artigo 2º Constituição dos Estados Unidos da América.

¹⁷¹ HAMILTON, Alexander. *Federalist N.º 70*. In: *The Federalist*. The Gideon Ed. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 362. (tradução livre)

seja, incorporarão comandos adverbiais necessários a manutenção da relação dos *cives*, estruturando um Direito capaz de ser regente (*Rule of Law*). Por consequência, o Presidente, ao executar as leis, estará exercendo a efetiva administração desses condicionamentos e não de uma política substancial, simplesmente por não ser este o conteúdo que se esperaria das leis feitas pelo Legislativo.

No desenho constitucional, não se pode concluir que o Presidente foi originalmente pensado como o líder de uma política momentânea ou o motor discricionário de uma visão substantiva e apaixonada de mundo e de sociedade. Como ao Executivo caberia, no plano interno, apenas “*to enforce*” as normas postas com autoridade pelo Legislativo, não caberia deduzir desse desenho um presidente-político ou gestor, mas sim um presidente-policia da ordem do Direto. Nesse cenário de leis na forma de regras – não de comandos – de boa convivência, o Presidente deve assumir o papel de fiel escudeiro, agindo como defensor do real soberano, qual seja, o Direito.

Retomando a terminologia de Bruce Frohnen e George Carey¹⁷², seria o Presidente um “mediador do convívio”, agindo pelos regramentos do Direito e para a sua preservação. O chefe do Executivo, presumidamente, seria um devoto do bem coletivo e não de interesses populares e transitórios. Em Federalista nº 71, Hamilton afirma:

“Mas tais homens mantêm noções muito cruas, assim como dos propósitos para os quais o governo foi instituído, como do verdadeiro meio pelo qual a felicidade pública pode ser promovida. O princípio republicano exige que o sentido deliberativo da comunidade deva governar a conduta daqueles a quem eles confiam a administração de seus negócios; mas não requer uma complacência incondicional para cada brisa súbita da paixão, ou para todo impulso passageiro que o povo possa receber das artes dos homens, que lisonjeiam seus preconceitos para trair seus interesses.”¹⁷³

¹⁷² FROHNEN, Bruce P. CAREY, George W. *Constitutional Morality and the Rise of Quasi-Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

¹⁷³ HAMILTON, Alexander. *Federalist N.º 71*. In: *The Federalist*. The Gideon Ed. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 370. (tradução livre)

Os verdadeiros meios para que a felicidade seja promovida, como indica Hamilton, são aqueles decorrentes da teoria que sustenta o projeto americano, qual seja: a função dos governos de garantirem os direitos naturais dos indivíduos, fazendo cessar o estado de natureza para permitir uma pacífica coexistência, na qual cada cidadão busque a sua realização pessoal. Nesse contexto, o Ofício de Comando delegado ao Presidente, não apenas responde pela execução das leis que, esperadamente, serão produzidas com vistas àquele bem geral – busca da felicidade – pelo Legislativo; mas é também uma das peças no sistema constitucional a proteger o coletivo de inclinações e paixões:

Quando as ocasiões se apresentam, nas quais os interesses do povo estão em desacordo com suas inclinações, é dever das pessoas que eles designaram serem os guardiões desses interesses, para resistirem à ilusão temporária, a fim de lhes dar tempo e oportunidade para uma reflexão mais fria e tranquila. Exemplos podem ser citados em que uma conduta desse tipo salvou o povo de consequências fatais de seus próprios erros, e produziu duradouros monumentos de gratidão aos homens que tiveram suficiente coragem e magnanimidade para servi-los no perigo de seu descontentamento.”¹⁷⁴

A figura presidencial assim pensada não se aproxima em nada de um presidente populista, promovedor da vontade de uma maioria agitada na multidão. Ao contrário, é gestor das regras de convívio, corporifica uma das instituições pensadas para intermediar e mediar os conflitos decorrentes da existência coletiva.

Nesse sentido, assim como o Legislativo, também o Ofício de Comando da Constituição se aproxima do ideal de sociedade civil e *Rule of Law* aqui defendido. A figura de comando, portanto, diferente do que hoje parece se corrente, não foi pensada, no plano interno, esperando o surgimento de um líder como senhor dos rumos da sociedade ou como um diretor de empresa –

¹⁷⁴ HAMILTON, Alexander. *Federalist N.º 71*. In: *The Federalist*. The Gideon Ed. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 371. (tradução livre)

figura própria das sociedades empreendedoras –, mas fundamentalmente como avalista da ordem comum – habitada por múltiplas liberdades – e, assim, capaz de mediar com autoridade o existir coletivo.

Certamente, no plano externo, o Presidente foi elevado à categoria aproximada, com suas particularidades, de soberano: capaz de falar em nome de uma nação como uma “unidade política total” frente às demais sociedades; e dirigente maior das forças armadas. No entanto, como antes apontado, o trato entre sociedades no plano maior não é matéria para um Estado de Direito.

Ao contrário, a boa separação das funções de “comandante de armas” e “fiscal da *Lex*” é necessária para uma sociedade que pretenda manter-se em um *Rule of Law*. Tanto o é que a Constituição trouxe medidas condicionantes ao primeiro magistrado, quando, p. ex., colocou nas mãos do Congresso a decisão sobre a guerra e a paz e a necessária autorização legal para a apropriação de fundos às forças armadas. A função de líder maior em tempos de guerra, apesar de indispensável para a condução dos intentos militares, era sabidamente perigosa e deveria ser devidamente condicionada, para que não houvesse confusão com a missão executiva.

Portanto, de forma preponderante, se estava propondo um primeiro magistrado da nova Federação que fosse, no interior do esquema político, antes um policial-mediador das normas, do que um líder ou gestor a indicar os horizontes de um novo estado de coisas. Um garantidor da ordem interna, superando as dificuldades do estado de natureza, sem escravizar os indivíduos; e da segurança externa, frente a um mundo repleto de grandes potências monárquicas em constante conflito.

1.1.2.2.2.3 O Ofício Judicial

O artigo 3º da Constituição Americana é dedicado ao ofício de julgar, ao poder de adjudicação de causas para a pacificação de conflitos de incerteza quanto ao Direito:

*O Poder Judiciário dos Estados Unidos deve ser investido em uma Suprema Corte, e em tantas Cortes inferiores que o Congresso venha de tempos em tempos ordenar e estabelecer. Os Juízes, tanto da Suprema como das Cortes inferiores deve manter seus cargos enquanto tiverem bom comportamento e devem, em período determinado, receber por seus serviços uma compensação, que não deve ser reduzida durante sua permanência no cargo.*¹⁷⁵

Diferente dos demais ramos do Estado, os juízes federais gozariam das garantias de vitaliciedade e irredutibilidade de seus vencimentos para que não fossem alvo de pressões do Presidente ou do Congresso no julgamento das causas sob sua jurisdição. O Judiciário do projeto original era o veículo capaz de solucionar causas surgidas na aplicação da lei federal ou em disputas envolvendo conflitos federativos, os mares, e agentes ou entidades estrangeiras.

A estrita separação do Judiciário em relação às demais funções do Estado inovava com relação à experiência histórica. No modelo inglês, tinha a Câmara Alta a função de última corte para os tribunais do reino, ou seja, o Legislativo mantinha a última palavra na solução dos conflitos, como decorrência do princípio da soberania do Parlamento.

Na experiência confederativa, as causas surgidas entre os estados teriam último recurso ao Congresso Continental. As soluções das causas entre privados e demais disputas sobre a aplicação da lei era uma matéria reservadas à política doméstica de cada ente confederado, sendo que causas entre estes apenas estariam sujeitas a última solução pelo Congresso:

Os Estados Unidos reunidos no Congresso devem também ser última instância de apelação para todas as disputas e diferenças hoje existentes ou que venham a existir entre dois ou mais Estados quando fronteiras,

¹⁷⁵ Constituição dos Estados Unidos da América. Artigo 3 Section 1. (tradução livre)

*jurisdição ou qualquer outra causa; cuja autoridade deve sempre ser exercida da seguinte maneira.*¹⁷⁶

Diferentemente, a Constituição previu uma única corte de único julgamento ou último recurso para todos os três ramos do Direito (na divisão tradicional vinda da Inglaterra), qual sejam: a *Common Law*, a *equity* inglesa e o Direito marítimo¹⁷⁷. A Suprema Corte dos Estados Unidos teria a última palavra em direito federal, com autoridade hierárquica sobre as demais cortes e juízes federais, a serem constituídos pelo Congresso, e também sobre as decisões das cortes estaduais sobre matéria federal.

Em relação aos demais ramos, o Poder Judiciário teria independência para atuação no julgamento das causas, resguardado pelas garantias individuais dadas aos julgadores. No entanto, a organização das Cortes e o número de juízes, bem como sua seleção e nomeação estaria fora do controle da Suprema Corte, mas sobre a tutela dos demais Poderes. A independência, por tanto, seria do julgamento, garantida pela estabilidade do julgador, sem que se construísse um poder capaz de definir por si a sua organização e amplitude.

Hamilton, em *Federalistas* n.º 78, ressalta a necessidade de um Judiciário da União que fosse autônomo e independente:

“(...) independentemente de uma nominal e aparente separação; que, da fraqueza natural do judiciário, ele está em risco contínuo de ser dominado, intimidado ou influenciado pelos outros ramos coordenados; e que, como nada pode contribuir tanto para sua firmeza e independência quanto a permanência no cargo, essa qualidade pode, portanto, ser justamente considerada como um ingrediente indispensável em sua constituição e, em

¹⁷⁶ Artigo 9º dos Artigos da Confederação Americana. (tradução livre)

¹⁷⁷ Constituição dos Estados Unidos da América. Artigo 3º, Section 2: “1: O Poder Judiciário se estenderá a todos os Casos, em Lei e Equidade, decorrentes desta Constituição, das Leis dos Estados Unidos e dos Tratados celebrados, ou que vierem a ser celebrados, sob sua Autoridade; - a todos os Casos que afetem Embaixadores e outros Ministros e Cônsules públicos; - a todos os casos de almirantado e jurisdição marítima; - a controvérsias das quais os Estados Unidos sejam parte; - a controvérsias entre dois ou mais Estados; - entre um Estado e cidadãos de outro Estado; - entre Cidadãos de diferentes Estados, - entre Cidadãos do mesmo Estado que reivindicarem terras com títulos de diferentes Estados, e entre um Estado, ou seus Cidadãos, e Estados, Cidadãos ou Sujeitos estrangeiros”. (tradução livre)

grande parte, como a cidadela da justiça pública e da segurança do público".¹⁷⁸

No entanto, a necessidade de cortes e juízes independentes não decorria de mero estilo ou conveniência, mas da visão de mundo aplicada ao projeto constitucional. A nova ordem nacional estava calcada num ideal de Estado nascido da vontade dos governados para a proteção de seus direitos, ou seja, vigorava a ideia de soberania do povo e não do Legislativo. A adoção de uma carta escrita como documento político fundamental de delegação de poderes – e não de alienação de direitos ou instituição de superior autoridade – limitava todos os agentes do Estado, inclusive o parlamento, a suas estritas disposições. Não se poderia exercer poder maior contra o indivíduo do que o delegado pelo povo na Constituição.

Portanto, como decorrência lógica, caso o poder de julgar e interpretar a lei também fossem da competência do Congresso, a estipulação de poderes delegados perderia o sentido. Nada impediria que uma facção majoritária, capaz de momentaneamente incendiar o parlamento com seus interesses, promulgasse leis extravasando aos limites na norma constitucional, invadindo competências e exercendo poderes que não foram delegados. Da mesma forma, um Presidente responsável pela execução da norma não deveria ser também capaz de definir seu conteúdo para o caso concreto, sob pena de degenerar-se de suas funções e passar a governar em favor de interesses.

Um Judiciário independente e estável, portanto, era garantia da soberania dos governados, juridicamente representada na ideia de supremacia constitucional – “*the supreme Law of the Land*”¹⁷⁹ – que mais é que o conceito de soberania do Direito frente aos governantes (*Rule of Law*). Todos os atos dos agentes públicos que ultrapassassem os limites da “procuração” outorgada

¹⁷⁸ HAMILTON, Alexander. *Federalist N.º 78*. In: *The Federalist*. The Gideon Ed. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 403. (tradução livre)

¹⁷⁹ Constituição dos Estados Unidos da América. Artigo 6. Seção 2: “Esta Constituição, e as leis dos Estados Unidos, que devem ser feitas em seu cumprimento; e todos os Tratados celebrados ou que serão celebrados sob a Autoridade dos Estados Unidos serão a suprema lei da Nação; e os Juízes em cada Estado estarão a ela vinculados; não obstante qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas Leis de qualquer Estado”. (tradução livre)

pelo texto constitucional seriam nulos, assim como são nulos os atos realizados sem poderes no direito privado.

Ao retirar a soberania do parlamento para colocá-la sobre os ombros dos indivíduos, capazes de delegar poderes por meio de um documento, não restou alternativa que a separação do Ofício Judicial para a solução dos conflitos de incerteza quanto a *Lex*, em especial, as incertezas quanto aos limites dos poderes delegados. Hamilton é claro nessa interpretação da função judicial:

“A completa independência das cortes de justiça é peculiarmente essencial em uma Constituição limitada. Por uma Constituição limitada, eu entendo uma que contém certas exceções específicas à autoridade legislativa; tal como, por exemplo, que não se aprovará leis de condenação, lei ex post facto e coisas semelhantes. Limitações desse tipo não podem ser preservadas na prática de outra maneira senão através de cortes de justiça, cujo dever é declarar nulos todos os atos contrários ao teor manifesto da Constituição. Sem isso, todas as reservas de direitos ou privilégios particulares equivaleriam a nada.”¹⁸⁰

Não se tratava de dar ao Judiciário uma posição de superioridade em relação aos demais Poderes, mas sim uma estabilidade para que pudesse exercer a função de depositário da correta interpretação da lei, como árbitro ou intermediador entre o povo e seus representantes eleitos. Sua função estaria limitada a dar à lei a adequada certeza quando da sua aplicação ao caso concreto, seja em seu conteúdo, seja em sua conformidade com o texto constitucional.

Os autores da Constituição não pensavam o Judiciário como agente de transformação ou capaz de redefinir as leis postas pelo Congresso. Como referiu Hamilton: *“em primeiro lugar, não há uma sílaba no projeto em*

¹⁸⁰ HAMILTON, Alexander. *Federalist N.º 78*. In: *The Federalist*. The Gideon Ed. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 403. (tradução livre)

consideração que **diretamente** dê poderes às cortes nacionais para construir as leis de acordo com o espírito da Constituição (...)¹⁸¹.

Certamente, quando da aplicação da lei ao caso, esperava-se que os juízes observassem a hierarquia natural da Constituição e aplicassem a lei ao caso em correspondência a ela, o que, no entanto, não significava, à época, um poder de transformação ou reescrita na norma por meio do “espírito” da Constituição ou, numa terminologia mais atual, por seus “valores” e “princípios fundamentais”. O juiz americano seria um “juiz montesquiano”¹⁸², um árbitro do conteúdo das leis e, considerando da posição hierárquica da Constituição, capaz também de explicitar quais atos não seriam lei, por não se enquadrarem nos limitados e específicos poderes previstos no texto.

Por outro lado, da mesma forma que se esperava um Legislativo errante – a demandar a divisão em duas casas – e um Presidente descompromissado com o interesse público – sujeito à ação do Congresso e limitado às leis orçamentárias – , não esperavam os autores que os juízes não errassem ou não pudessem extrapolar a simples função de julgar sobre a lei, para passar a escolher a lei. Assim como com os demais Poderes, a solução para que o Judiciário se mantivesse na condição de árbitro ou mediador do conteúdo da norma deveria estar no arranjo constitucional.

Os julgadores que se desviassem de seu ofício estariam sujeitos ao impedimento pelo Congresso. O número de juízes, a distribuição das cortes, os limites aos recursos de revisão e, especialmente, a exigência de julgamento por um júri popular também seriam matérias afetas ao Congresso por meio de lei.

¹⁸¹ HAMILTON, Alexander. *Federalist N.º 81*. In: *The Federalist*. The Gideon Ed. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 418. (grifo no original) (tradução livre)

¹⁸² A influência de Montesquieu na construção do texto constitucional americano é grande. Quanto ao tema da divisão de poderes, em o Espírito das Leis: *Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.* (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 164)

Portanto, o juiz independente da Constituição estaria, ao mesmo tempo, adstrito ao procedimento legal, com a imposição de julgamentos pelo júri e com a estipulação de meios de revisão por uma hierarquia de cortes; e ao julgamento da sua boa conduta pelo Congresso. A atuação descompromissada ou desviada da correta interpretação da lei era vista como passível de correção no interior do sistema ou mesmo por meio da remoção do julgador habitualmente irresponsável¹⁸³.

O que importa a esta análise, todavia, é a função de mera “elucidação” e “especificação” do Direito que a Constituição concede ao Judiciário, como verdadeiro Ofício Julgador. Mesmo o poder de nulificação de atos do Legislativo – objeto de tanto debate e divergência atualmente – era visto como decorrência lógica da boa interpretação, pois aquilo que extrapolasse a Lei Suprema, fosse norma estadual ou federal, naturalmente não poderia ser considerado lei para fim de detalhamento do conteúdo do Direito (ou da *Lex*) para o caso concreto.

Não se buscou construir um Judiciário transformador ou motor da sociedade ou engajado em algum objetivo substancial. Aos juízes federais caberia, na forma e nos limites impostos pelos procedimentos definidos em leis do Congresso, garantir, primeiro, a norma maior de delegação de poderes (a autoridade da Constituição na interpretação do Direito) e, segundo, servir de

¹⁸³ Por tal razão Hamilton classifica o medo de uma elevação do judiciário sobre os demais poderes como um fantasma, assim referindo: “*Pode-se observar, em último lugar, que o suposto perigo de que o judiciário se intrometa na autoridade legislativa, que já foi reiterado em várias ocasiões, é, na realidade, um fantasma. Interpretações erradas e contravenções particulares à vontade do legislador podem acontecer de vez em quando; mas nunca podem ser tão extensas a ponto de serem um inconveniente, ou, em qualquer grau, afetar a ordem do sistema político. Isso pode ser deduzido com certeza da natureza geral do Poder Judicial, dos objetos aos quais se relaciona, da maneira como é exercido, de sua comparativa fraqueza e de sua total incapacidade de sustentar suas usurpações pela força. E a inferência é fortalecida ao se considerar a importante contra-garantia constitucional que o poder de instituir impeachments por uma parte do corpo legislativo, e de decidi-lo por outra parte, daria àquele corpo sobre os membros do Departamento Judicial. Isso é por si só uma segurança completa. Nunca haverá perigo de que os juízes, por meio de uma série de usurpações deliberadas à autoridade da legislatura, arrisquem o ressentimento coletivo desse corpo a quem foi confiado esta autoridade, enquanto esse mesmo corpo possui os meios de punir sua presunção, afastando-os de seus cargos. Embora isso deva remover todas as apreensões sobre o assunto, oferece, ao mesmo tempo, um argumento convincente para constituir o Senado como um tribunal para o julgamento de impeachments.*” (HAMILTON, Alexander. *Federalist n.º 81*. In: *The Federalist*. The Gideon Ed. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p.420.) (tradução livre)

árbitro entre os indivíduos e a atuação dos agentes públicos na produção e aplicação de normas de regulação de conduta, especificando seu conteúdo e fazendo observar seus limites.

Em suma, um ofício julgador especificador do conteúdo das normas, mas não um produtor de novas normas para superar embates políticos insolúveis ou promover determinados interesses. Assim como se esperava que o arranjo constitucional promovesse a edição de leis de interesse geral – regras adverbiais e não instrumentais a interesses e facções – pelo Congresso; não se esperava que o Poder Judiciário tivesse outra função que esclarecer essas mesmas leis e dar-lhes utilidade concreta, sem que assim favorecesse interesses ou facções.

Portanto, a construção de uma sociedade pautada pela universalidade de normas adverbiais de condicionamento era o objetivo preponderante ou o produto que se esperava obter com um esquema de poderes divididos em mútua supervisão e, principalmente, não pré-ordenados para a promoção de interesses particulares, fosse de uma maioria, fosse da síntese de um conjunto de interesses fracionados. Em suma, as instituições históricas criadas pela Constituição representavam um esforço deliberado de promover uma civilizada forma de governo da vida coletiva em que, apesar de todas as dificuldades e todas as possíveis frustrações, sustentasse por um longo período um governo do Direito, um estado de coisas em que o Direito – especialmente a própria constituição – e não o arbítrio transitório de algum oficial ou oficiais de governo estivesse no comando (*Rule of Law*).

1.2 O Propósito Preponderante da Constituição Americana na Perspectiva de um Estado de Direito

Pode-se falar em propósitos do ponto de vista histórico, com a análise de discursos, com a descrição de eventos, e a leitura de documentos. As

necessidades da época impunham propósitos e certamente justificavam medidas adotadas no texto constitucional e a atuação histórica dos agentes.

No entanto, essa ampla e detalhada análise do momento pós-revolucionário e as décadas seguintes já foi objeto de estudo e obras relevantes de inúmeros autores. Não é dessa espécie de propósitos que aqui se quer tratar. A leitura do projeto de Constituição e de seu substrato teórico foi feita sob a perspectiva da indagação construída a partir do conceito de *Rule of Law*; e, da mesma forma, se buscará enxergar e sublinhar os propósitos que podem ser retirados do contexto da época para dar resposta aquele questionamento.

Como o substrato teórico do projeto constitucional impunha um objetivo de mera “proteção de direitos”, relegando ao indivíduo a decisão crucial sobre a “busca da felicidade”, não era possível construir objetivos substanciais que não fossem limitados à segurança e à ordenação da liberdade dos membros do corpo social. A Constituição, portanto, foi um projeto visando à organização do poder necessário à ordem e à segurança e não à transformação ou “evolução” da sociedade.

Limitados a essas finalidades adverbiais, a mecânica institucional proposta estava mais preocupada em como evitar que o empoderamento do Estado, necessário para dar vazão às demandas de segurança e ordem, não se degenerasse em uma tirania ou oligarquia de interesses particulares dos privilegiados pelo poder. A divisão das funções de Estado em três diferentes ramos não era uma receita voltada à eficiência, mas à garantia de moderação dos poderosos.

Não se tratava, como muitas constituições modernas, de uma mecânica jurídica desenhada para a elevação de determinadas classes sociais ou mesmo para favorecer o dinamismo econômico. Inclusive, a divisão do poder de decisão e ação entre diferentes agentes muitas vezes foi e ainda é nociva a

determinados objetivos sociais e econômicos¹⁸⁴, justamente por não ser essa a função original da Constituição.

Na proposta da convenção de 1787, estabelecia-se um esquema que assegurasse o necessário poder de ação e coordenação do governo central, conjuntamente com sua limitação. Como referiu Justice Brandeis em seu voto divergente no caso *Myers v. United States* (1926): “a doutrina da separação de poderes foi adotada pela convenção de 1787 não para promover eficiência, mas para impedir o exercício de poder arbitrário”.¹⁸⁵

Tratava-se de uma “constituição instrumento” ou “meio” para permitir que o indivíduo, saindo do estado de natureza, pudesse tomar suas decisões e escolher suas ações com vistas a sua autorrealização. Essa visão era presente, como referiu Madison:

*“A acumulação de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos, sejam de um, poucos ou muitos, e se hereditária, autoindicada ou eletiva, pode justamente ser referida como a própria definição de tirania. Fosse a Constituição Federal, portanto, realmente capaz de incorporar a acumulação de poder, ou uma mistura de poderes, tendo uma perigosa tendência para tal acumulação, não seriam necessários mais argumentos para inspirar uma reprovação universal do sistema.”*¹⁸⁶

A Constituição americana do projeto ratificado no século XVIII estava voltada para a construção de um Estado preponderantemente de Direito e não de políticas. Delegar os poderes necessários e dividi-los, de tal forma que nenhum agente se desviasse do interesse coletivo de segurança e ordem e, caso o fizesse, fosse impedido pelos demais, era a tônica do texto, ainda que

¹⁸⁴ São inúmeras as críticas aos impasses no governo para a solução de controvérsias, sempre dependendo de um concerto político-institucional para sua efetivação, o que muitas vezes não atende aos anseios de alguns membros da coletividade.

¹⁸⁵ *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926) (tradução livre)

¹⁸⁶ MADISON, James. *Federalist N.º 47*. In: *The Federalist*. The Gideon Ed. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 249. (tradução livre)

tal mecanismo aumentasse os custos de transação econômica ou refreasse o progresso de determinadas ideias ou interesses.

O foco preponderante da Constituição era essencialmente adverbial ou vazio do ponto de vista substancial. Certamente as experiências anteriores com os abusos cometidos pelo Parlamento Inglês e, após, com as arbitrariedades dos legislativos estaduais, bem como os receios quanto à segurança externa no novo Estado exaltaram os ânimos por um sistema mais seguro e mais ordenado, sem que fosse tirânico. No entanto, precisamente é essa percepção de mundo, essa necessidade por uma liberdade ordenada que dá a forma ao projeto político americano e, na prática, o aproxima de um Estado de Direito nas balizas aqui utilizadas.

1.3 A Questão da Autoridade no Projeto Original

A *respublica* americana, fruto das circunstâncias históricas, da filosofia e da teoria política aplicadas em suas instituições e da efetivação desse projeto por meio da ratificação do texto constitucional, depende necessariamente de uma sustentação prévia. A autoridade – dever de subscrição – às normas postas pela nova ordem nacional pós-revolução e pós-confederação é elemento indispensável para a estruturação de uma sociedade civil e um Estado de Direito, como apontado.

Por qual razão o cidadão americano deveria respeitar e obedecer a um conjunto de normas derivadas de um texto escrito e todas as demais determinações emanadas dos agentes de poder ali definidos e constituídos? Em sua carta de despedida de 1796, ao final do segundo mandato, quando as instituições constitucionais já estavam em pleno funcionamento, George Washington dá a percepção da época à questão:

“A base de nossos sistemas políticos é o direito do povo de fazer e alterar suas Constituições de governo. Mas a Constituição, em dado momento

*existe, até que seja modificada por um ato explícito e autêntico de todo o povo, é sagrada e obrigatória para todos. A própria ideia do poder e do direito do povo de estabelecer o Governo pressupõe o dever de cada indivíduo de obedecer ao Governo estabelecido”.*¹⁸⁷

A visão de que, após a separação da Inglaterra, o governo seria uma obra do povo, não de uma maioria, mas de todo o conjunto de indivíduos, sustentaria a mitologia do poder necessária ao reconhecimento da autoridade das normas, regras e práticas que decorreriam do texto constitucional. A possibilidade de instituição e alteração de uma ordem pelo povo seria a própria razão de sua autoridade, ou seja, compunha o necessário reconhecimento dos indivíduos quanto à obrigatoriedade dessa ordem.

Reconhecer que a autoridade da *respublica* repousava sobre o próprio conjunto dos governados, implicava perceber o Estado como agente dos interesses de todos e não de alguns. Por tal razão, a proteção dos direitos necessários à busca da felicidade, como saída desejável ao estado de natureza, é elemento fundamental para a construção do projeto de Constituição.

A formação de um Estado com objetivos sociais e econômicos substanciais não teria a aceitação necessária para se tornar uma “prática moral” válida à época. Não se sustentaria como dotada de autoridade, ou seja, capaz de impor obrigações, uma ordem cuja função fosse, por exemplo, viabilizar determinado padrão material de vida aos cidadãos ou permitir a edificação de projetos coletivos, etc. Em suma, a autoridade da Constituição repousava, fundamentalmente, no autorreconhecimento dos indivíduos como autores e fundadores de uma prática política preocupada com segurança e ordenação de todos e, como tais, estariam relacionados entre si apenas por essa prática¹⁸⁸.

¹⁸⁷ WASHINGTON, George. *Farewell Address to the Nation*. 17/09/1796. Disponível em: http://avalon.law.yale.edu/18th_century/washing.asp. Acessado em 06/08/2018. (tradução livre)

¹⁸⁸ Dessa visão de autoridade que decorria como natural a pluralidade religiosa, por exemplo.

1.4 Uma Sociedade Civil Empiricamente Qualificada, mas Preponderantemente um Estado de Direito

Como antes alertado, não se pode esperar encontrar um modelo puro de Estado de Direito na experiência histórica, pois as circunstâncias e os condicionamentos fazem parte do processo de edificação de uma *respublica*. Ainda que se tenha tentado demonstrar que o projeto constitucional americano, em sua ideia original, encerrava um conjunto de práticas cujo resultado poderia ser classificado como um *Rule of Law*, cabem algumas considerações em sentido oposto. Quer dizer, alguns elementos do texto ou situações verificadas após sua implementação faziam da Constituição americana não um ideal, mas apenas um preponderante Estado de Direito.

1.4.1 O problema da escravidão

A questão da escravidão é o mais evidente desvio do projeto constitucional em relação as suas bases teóricas. Ainda que o texto evite a palavra “escravidão”, sua aceitação e sua proteção jurídica estão claras, principalmente em dois dispositivos:

Artigo 1º. Seção 2

Item 3. Representantes e impostos diretos serão repartidos entre os vários Estados que podem vir ser incluídos nesta União, de acordo com seus respectivos números, o que será determinado somando-se a todo o número de pessoas livres, incluindo as vinculadas ao serviço por um período de anos, e excluindo os índios não tributados, três quintos de todas as outras Pessoas.(...)

Seção 9.

Item 1. A Migração ou a Importação de tais Pessoas da forma que qualquer dos Estados atualmente existentes considerarem conveniente admitir, não será proibida pelo Congresso antes do ano de mil oitocentos e oito, mas um

*tributo ou obrigação poderá ser imposto sobre tal Importação, não excedendo dez dólares para cada Pessoa.*¹⁸⁹

Não há justificativa na teoria dos direitos naturais que pudesse excluir os negros do direito à liberdade e à busca da felicidade. À época se considerou que extirpar a escravidão por meio da Constituição colocaria em risco o propósito de formação de uma união entre todos os estados, tida por necessária à segurança externa da nova nação. Era uma contingência histórica – ou uma qualificação do projeto do ponto de vista concreto – cuja solução para a questão foi relegar aos estados a possibilidade de regular ou mesmo abolir a escravidão em sua jurisdição¹⁹⁰.

No entanto, a ideia de coisificação do ser humano ao ponto de poder ser apreendido como propriedade privada não gozava de aceitabilidade plena. Ao contrário, a maioria dos autores do texto constitucional tinha consciência de que subjugar uma classe de seres humanos era algo repugnante à teoria dos direitos naturais e à universalidade de sua proteção requerida pela Declaração de Independência. Referindo ao pensamento defendido anos seguintes por Lincoln, Harry Jaffa esclarece:

*“Eles haviam herdado a escravidão como parte de seu legado colonial, e sua presença entre eles impunha certas “necessidades” que eles eram incapazes de mudar. Mas eles supunham que a escravidão estava, no entanto, “em curso de extinção final”, e embora eles dessem garantias à escravidão enquanto ela durasse, eles não esperavam que ela perdurasse. Sua presença era tolerável porque, mas apenas porque, eles esperavam que ele morresse gradualmente.”*¹⁹¹

Contudo, a não incorporação de uma grande categoria de seres humanos como sendo também dignos do mesmo conjunto de direitos naturais,

¹⁸⁹ Constituição dos Estados Unidos da América. (tradução livre)

¹⁹⁰ Como exemplo, a Suprema Corte do Estado de Massachusetts julgou, em uma série de três casos entre 1781 e 1783, pouco tempo após a entrada em vigor de sua Constituição em 1780, que a concessão de direitos e garantias pela carta maior teria o efeito de revogar a instituição da escravidão como um todo no Estado.

¹⁹¹ JAFFA, Harry V. *How to Think About the American Revolution: a bicentennial celebration*. Durham: Carolina Academic, 1978. p. 156. (tradução livre)

além de ser um impasse ético e humanitário, colocava em questão a própria concepção de *Rule of Law*, que exige que todos se relacionem entre si com base no Direito e não na força. Seria impossível a manutenção de uma mesma *civitas* partidários de um *Rule of Law* – os que enxergavam a todos como igualmente livres – e os que sustentavam o seu contrário – os escravocratas¹⁹². O desenlace óbvio desse conflito foi a guerra¹⁹³.

Como defendido, o projeto constitucional fora fundamentalmente construído para trabalhar com a produção, execução e adjudicação de normas adverbiais, para atender ao interesse comum quanto à proteção de direitos naturais. A tentativa de incorporação da escravidão ao projeto constitucional provocou uma contradição interna, injustificadamente delimitando o alcance do Estado de Direito a apenas uma categoria de indivíduos.

Essa incongruência, caracterizada pela quebra da igualdade natural de todos (direitos naturais), colocava em questão o próprio fundamento da autoridade da *respublica* americana, qual seja, que os governos eram construídos pelos indivíduos para a proteção de seus direitos.

Somou-se a isso o desequilíbrio eleitoral provocado pela regra dos três- quintos¹⁹⁴, que permitiu o fortalecimento político dos estados do Sul. Como

¹⁹² Mesmo Montesquieu já havia referido essa impropriedade do instituto da escravidão, que é incompatível como o Direito, com as leis civis e naturais: “A escravidão, aliás, é tão oposta ao direito civil quanto ao direito natural. Que lei civil poderia impedir um escravo de fugir, ele, que não pertence à sociedade e, portanto, nenhuma lei civil lhe concerne? Ele só pode ser retido por uma lei de família; ou seja, pela lei do amo”. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 254.)

¹⁹³ Tocqueville em sua obra sobre os Estados Unidos já previa uma ruptura abrupta e com consequências: “Quaisquer que sejam os esforços dos americanos do Sul para manter a escravidão, nem sempre serão bem-sucedidos. A escravidão, agora confinada a uma única porção da terra civilizada, atacada pelo Cristianismo como injusta e pela economia política como prejudicial, e agora contrastada com a liberdade democrática e a inteligência de nossa era, não pode sobreviver. Pelo ato do mestre, ou pela vontade do escravo, cessará; e em qualquer caso, pode-se esperar que grandes calamidades aconteçam”. (TOQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. Nova York: Vintage, 1990. p. 381) (tradução livre)

¹⁹⁴ Ao incluir, na definição do número de assentos na câmara baixa, três- quintos da população de escravos, permitiu um incremento substancial e crescente da representação política do Sul, que podia expandir sua representação com mais escravos, sem aumentar substancialmente o número de votantes. Considerando que o número de assentos espelhava o número de representantes para o colégio eleitoral presidencial, a sistemática promoveu um favorecimento da política pró-escravidão que, pela caneta do Presidente, também podia encontrar espaço no judiciário com nomeação de juízes simpáticos ao sistema.

resultado, resumidamente e sem extrapolar aos propósitos limitados desse trabalho no ponto, pode-se apontar as leis federais contra os negros fugitivos¹⁹⁵ e a decisão da Suprema Corte no caso *Dred Scott*¹⁹⁶, em que a corte categorizou os negros como não abarcados pela expressão “cidadãos” prevista na Constituição, ou seja, não fariam parte da *respublica* americana:

“As palavras ‘pessoas dos Estados Unidos’ e ‘cidadãos’ são termos sinônimos e significam a mesma coisa. Ambos descrevem o corpo político que, de acordo com nossas instituições republicanas, forma a soberania e detém o poder e conduz o Governo através de seus representantes. Eles são o que nós chamamos familiarmente de ‘povo soberano’, e todo cidadão é um desse povo e um membro constituinte dessa soberania. A questão diante de nós é se a classe de pessoas descrita no pedido [plea in abatement] compõe uma parte desse povo, e se são membros constituintes dessa soberania? Nós entendemos que eles não são, e que eles não estão incluídos, e não foram destinados a serem incluídos, sob a palavra “cidadãos” na Constituição, e não podem, portanto, reivindicar nenhum dos direitos e privilégios que esse instrumento prevê e assegura aos cidadãos dos Estados Unidos. Pelo contrário, eram à época considerados como uma classe subordinada e inferior de seres que tinham sido subjugados pela raça dominante e, emancipados ou não, ainda permaneciam sujeitos à sua autoridade, e não tinham direitos ou privilégios, exceto aqueles que os que detinham o poder e o governo poderiam optar por conceder-lhes.”¹⁹⁷

O acirramento entre grupos opostos foi, portanto, potencializado pelo funcionamento das instituições, trazendo um problema inicialmente pensado como local ou estadual para o centro da Federação¹⁹⁸. A contradição interna do

¹⁹⁵ Em 1850, em substituição a leis anteriores tidas por mais brandas, o Congresso passou a lei conhecida como “*Fugitive Slave Act of 1850*”, que interferia diretamente na gestão doméstica da escravidão pelos estados, acirrando a disputa política. Por meio dessa lei, negros fugitivos podiam ser capturados por qualquer pessoa nos estados livres, bastando uma afirmação juramentada de propriedade, o que permitiu inúmeros sequestros de negros livres.

¹⁹⁶ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856)

¹⁹⁷ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856) (tradução livre)

¹⁹⁸ Barnett aponta que a Constituição como inicialmente construída trouxe poucas proteções dos direitos individuais dos cidadãos contra seus próprios governos estaduais, o que permitiu a manutenção da escravidão em nível local, apesar de todo o substrato teórico que regrava preponderantemente o texto: “*Para melhor ou pior, a Constituição original incluía muito poucas proteções dos direitos retidos pelo povo contra seus próprios governos estaduais. Como resultado, do ponto de vista da constituição federal, os governos estaduais foram considerados*

texto constitucional – dedicado à liberdade ordenada – ao aceitar a parcial negação de direitos naturais a uma dada categoria de pessoas provocou um conflito, não apenas sobre a desejabilidade de determinada norma ou regra da *Lex*, mas sobre a própria autoridade do sistema como um todo. O resultado foi o esperado: a guerra civil e o processo de conquista interna pela força de um grupo sobre o outro. Como referiu Harry Jaffa:

*“A causa fundamental da Guerra Civil Americana não foi a escravidão como tal. Foi a escravidão em uma nação **dedicada à proposição de que todos os homens são criados iguais**. A partir do momento dessa dedicação, a escravidão como condição permanente e hereditária de qualquer classe de seres humanos dentro do regime americano tornou-se uma anomalia insustentável.”*¹⁹⁹

A guerra civil americana demonstra as possíveis consequências de um sistema político corroído por essa contradição. A secessão e a guerra foram o resultado natural da incompatibilidade entre o *Rule of Law* e a manutenção da escravidão em seu interior, desafiando-o.

Tal a contradição que, para poderem sustentar sua narrativa, os estados confederados do Sul precisaram desacreditar os princípios da liberdade e da igualdade como direitos de todos os homens. No discurso chamado “*Corner Stone*”, proferido por Alexander H. Stephens, Vice-Presidente dos Estados Confederados, em 21 de março de 1861, em uma postura contrária ao Estado de Direito, a igualdade dos seres humanos como um todo foi apontada como um erro da Constituição americana original:

“As ideias prevalecentes para ele e a maioria dos principais estadistas na época da formação da antiga constituição eram as de que a escravização do africano violava as leis da natureza; que era errado em princípio,

poderosos o suficiente para autorizar a escravização de alguns de seu povo por um subconjunto de seus cidadãos. Esta falha grave e quase fatal da Constituição original quase destruiu os Estados Unidos. (...).” (BARNETT, Randy E. *Our Republican Constitution: securing the liberty and sovereignty of we the people*. New York: Broadside Books, 2016. p. 69) (tradução livre)

¹⁹⁹ JAFFA, Harry V. *How to Think About the American Revolution: a bicentennial celebration*. Durham: Carolina Academic, 1978. p. 62. (grifos no original) (tradução livre)

*socialmente, moralmente e politicamente. Era um mal que eles não sabiam bem como lidar, mas a opinião geral dos homens daqueles dias era que, de alguma forma ou de outra no curso da Providência, a instituição se evanesceria e morreria. Essa ideia, embora não incorporada na constituição, era a ideia predominante na época. (...) **Essas ideias, no entanto, estavam fundamentalmente erradas. Eles repousavam sobre o pressuposto da igualdade das raças. Isso era um erro. Era uma fundação arenosa, e o governo construído sobre ela caiu quando a ‘tempestade chegou e o vento soprou’.***²⁰⁰

Após a vitória da União, a reconstrução americana dependeu de emendas ao projeto original justamente para dar solução à questão da escravidão, impondo a abordagem universal dos direitos naturais sobre a facção derrotada no conflito armado. As três emendas da reconstrução trataram justamente de proibir aos estados a aquisição de propriedade sobre seres humanos e permitir maior atuação do Governo Federal sobre as jurisdições locais na proteção de direitos.

A décima-terceira²⁰¹ emenda proibiu a escravidão (ou a servidão involuntária) de forma nacional, como norma hierarquicamente superior aos regramentos estaduais. A décima-quarta²⁰² e a décima-quinta²⁰³ emendas buscaram impor aos estados as mesmas garantias previstas pela Constituição

²⁰⁰ STEPHENS, Alexander H. *Discurso Corner Stone*. 21/03/1861. Disponível em: <http://teachingamericanhistory.org/library/document/cornerstone-speech/>. Acessado em 06/08/2018. (grifos nossos) (tradução livre)

²⁰¹ “*Nem a escravidão nem a servidão involuntária, exceto como punição por crime de que a parte tenha sido devidamente condenada, devem existir dentro dos Estados Unidos, ou em qualquer lugar sujeito à sua jurisdição. O Congresso terá o poder de fazer cumprir este artigo através de legislação apropriada.*” (tradução livre)

²⁰² “*1: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou aplicará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem qualquer Estado deve privar qualquer pessoa de vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.(...).*” (tradução livre)

²⁰³ “*O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não pode ser negado ou reduzido pelos Estados Unidos ou por qualquer Estado por motivo de raça, cor ou condição prévia de servidão. O Congresso terá o poder de fazer cumprir este artigo através de legislação apropriada.*” (tradução livre)

em relação ao Governo Federal²⁰⁴, bem como impedir a discriminação do direito ao voto com base em critérios raciais ou prévia condição de escravidão. A proteção à vida, à liberdade e à propriedade pelo Direito (garantia do *Due Process of Law*) foi universalizada, recompondo, ao menos juridicamente, a contradição interna provocada pela escravidão.

No entanto, a proposta dessa análise diz respeito à comparação das estruturas do projeto original com o funcionamento da Constituição nos dias atuais, o que exclui maior profundidade quanto ao período da secessão e da reconstrução. O destaque ao problema da escravidão apenas confirma a impossibilidade de manutenção de um Estado de Direito tendo no seu interior uma instituição contrária à sua própria lógica, ao ponto de entrar em total colapso na vigência do conflito armado.

De toda forma, ainda que falho na solução do problema secular da escravidão, a Constituição americana em seu projeto original trazia um preponderante elemento de Estado de Direito. As instituições foram desenhadas para a promoção de um estado de liberdade ordenada e de neutralidade quanto a finalidades substanciais, deixando de funcionar pela incompatível manutenção de uma instituição contrária aos propósitos do texto.

Ainda que qualificada pelas circunstâncias do seu tempo, que impediavam uma plena efetivação do ideal constitucional – limitado a parte da população –, o que se percebe é a preponderância do projeto original como um Estado de Direito, uma sociedade que – pelo menos para os que eram considerados cidadãos – não impunha um projeto nacional ou um pretendia construir uma nova sociedade. Esse é o ponto para comparação que se pretende utilizar no

²⁰⁴ A possibilidade de aplicabilidade do rol de garantias constitucionais previstos nas onze emendas à constituição diretamente aos Estados, ainda que fosse a intenção de muitos parlamentares ao ratificar a décima-quarta emenda, foi parcialmente frustrada pela decisão da Suprema Corte no caso conhecido como *Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. 36 (1872). Nesse, a Corte limitou à garantia apenas aos direitos de natureza “nacional” e não os que originalmente deveriam ser protegidos pelos estados (coincidentes com a grande maioria dos direitos previstos nas emendas), ficando limitados a direitos cuja proteção dependem diretamente do Governo Federal, como o direito à proteção em alto-mar, o acesso às cortes federais, etc. Em suma, não ocorreria, apesar de esperada por alguns, a “incorporação” do rol de direitos aos estados por decisão da Suprema Corta.

questionamento da atual Constituição e como esta representa um sistema mais corrompido do ponto de vista do *Rule of Law*.

1.4.2 O surgimento de partidos e facções

O projeto constitucional não foi imaginado para comportar estruturas partidárias, ao contrário, a divisão da sociedade em facções e a contaminação da política por interesses parciais era algo visto como negativo. Tanto que a regulação original para eleição presidencial não previa a necessidade de que os cargos de Presidente e Vice-Presidente fossem ocupados por membros de um partido vencedor ou de uma facção majoritária, ao contrário, a presunção era que o melhor – o mais votado – e o segundo melhor – o segundo mais votado – passassem a ocupar os respectivos cargos²⁰⁵. Num sistema que rejeitava (ou não imaginava) a partidarização, a formação de chapas para a disputa presidencial não faria sentido, pois a eleição faria surgir os melhores a defenderem o interesse geral protegido pela Constituição.

A sistemática fluiu com naturalidade em decorrência da unanimidade política na figura de George Washington, que cumpriu dois mandatos como Presidente. Ao sair da vida política, contudo, não deixou substituto dotado da mesma respeitabilidade.

Diferente do monarca inglês, que recebia seu ofício por obra de Deus (ou da natureza das coisas), como único herdeiro habilitado ao trono, e, portanto, figura que se esperava legítima e acima de contestação e pressões para atuar na condução do governo, com vista ao interesse de todos e não a alguns interesses; o Presidente no esquema constitucional americano poderia ser qualquer eleitor habilitado, a cada quatro anos. Como referiu Akhil Amar, a saída de George Washington provocou o início da divisão partidária:

²⁰⁵ Constituição dos Estados Unidos da América, artigo 2º, seção 1, item 3: “(...) A Pessoa que tiver o maior número de votos será o Presidente, (...). Em todos os casos, após a escolha do Presidente, a pessoa que tiver o maior número de votos dos eleitores será o Vice-Presidente. (...).”

“Assim que Washington se afastou e os informais partidos nacionais começaram a preencher o vazio político, a política presidencial nas disputas de 1796 e 1800 passou a ter uma ampla participação dos cidadãos. Americanos comuns que nunca estiveram diretamente envolvidos na escolha dos insignificantes presidentes da Confederação, ou quaisquer outros oficiais da Confederação, fizeram suas vozes serem ouvidas e seus votos contados em enérgicos espetáculos eleitorais conduzidos em uma escala verdadeiramente continental.”²⁰⁶

Como resultado, a sistemática original da Constituição permitiu a eleição, para as cadeiras de Presidente e Vice-Presidente, de membros apoiados por grupos opostos. A inconveniência impulsionou a aprovação da décima-segunda emenda, que separou a votação para os cargos de Presidente e Vice-Presidente permitindo ao partido majoritário a escolha de ambos, o que fortaleceu e deu corpo à divisão por estruturas partidárias.

A supressão da linha sucessória monárquica, apesar de compatível com o substrato teórico de liberdade e autogoverno, e necessária considerando as circunstâncias da guerra da independência, abriu, por consequência, a porta para a formação de grupos de interesse. Como a sistemática de escolha do primeiro magistrado deixou de depender do nascimento de um sucessor – evento natural de difícil contestação e alheio ao controle das forças políticas –, a matéria passou a ser uma questão de disputa eleitoral e estar suscetível à divisão de interesses.

Embora o sistema bipartidário tenha sido a base do sistema político americano desde o início da república, este não foi previsto no texto constitucional, mas surgiu das circunstâncias concretas resultantes da necessidade de criação de um Executivo não hereditário. A polarização política foi o meio de infiltração no sistema constitucional de interesses parciais que, com o decorrer das décadas, passaram de indesejáveis a necessários para a democracia, no sentido moderno, ocupando todo o espectro político.

²⁰⁶ AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution: a biography*. Nova York: Random House Trade, 2006. p. 152. (tradução livre)

Uma política de interesse não tem abrigo na teoria do *Rule of Law* aqui proposta, sendo, ao contrário, um risco a sua manutenção como sistema de convivência da coletividade. A elevação, pela opinião corrente, dos interesses ligados a políticas e a partidos com elementos essenciais do atual sistema de democracia demonstra a corrupção do Estado de Direito, que é objeto do próximo capítulo.

1.4.3 Ainda um Estado de Direito

Podem ser apontados outros elementos circunstanciais presentes no texto constitucional que estejam relacionados mais a fatos contemporâneos a sua promulgação do que à teoria que lhe dá base. Procurou-se, no entanto, pontuar dois importantes elementos destoantes dos propósitos fundamentais do projeto, conectados a uma ideia de sociedade em que seus membros estão relacionados por normas de proteção e ordenação da liberdade; livres para a busca da própria felicidade.

Portanto, afirma-se que, preponderantemente, o Estado americano, re-fundado pela ratificação da Constituição, estruturava-se de forma a favorecer um regime de liberdade do indivíduo em relação ao coletivo. O foco principal das normas produzidas pelo Legislativo, executadas e resguardadas pelo Executivo e especificadas pelo Judiciário seria o condicionamento da conduta de todos de forma adverbial, sem efetivamente a estipulação de políticas públicas substanciais transformadoras da sociedade.

Nesse sentido, parte-se, no comparativo aqui proposto, de uma realidade político-institucional e também teórica referenciada pela busca de um Estado de Direito, ou seja, de um governo de leis e não de escolhas, políticas ou de políticos. No próximo capítulo, buscar-se-á estabelecer – apesar da necessária simplificação e redução dos contextos históricos envolvidos – que esse sistema mudou de rumo, passando a indicar agora a preponderância de

uma sociedade empreendedora, ainda que com fortes elementos de um Estado de Direito.

2 A Situação do Estado de Direito no Constitucionalismo Americano Moderno

O longo caminho percorrido desde a ratificação da Constituição americana até o que se resolveu qualificar como “constitucionalismo americano moderno” é objeto de inúmeros trabalhos e estudos, que dá clareza ao grande volume de acontecimentos e mudanças na forma de operação do texto constitucional. No entanto, o objetivo dessa análise é permitir uma comparação precisa entre dois momentos distantes na história constitucional americana – como se fossem duas sociedades políticas diferentes –, com olhos à questão fundamental do elemento preponderante a reger a relação entre os indivíduos: se por normas adverbiais ou por finalidades substanciais.

Para permitir uma comparação objetiva, o questionamento sobre o Estado de Direito na atual forma de operação do constitucionalismo americano deve observar as linhas do capítulo anterior. Portanto, importará demonstrar as mudanças ocorridas na interpretação de liberdade e igualdade, na forma de fazer política e nas relações e nas operações dos ofícios do Poder.

2.1 Novas Visões sobre a Igualdade e a Liberdade e o Estado Democrático Moderno

A percepção compartilhada de Direitos Naturais, que conciliava igualdade com liberdade, presente à época da criação da Constituição, hoje concorre com outra visão de mundo. Certamente, essa nova percepção é produto da construção histórica do pensamento ocidental, que evolve novas filosofias e ideologias, como hegelianismo e o marxismo, e eventos marcantes, como as grandes guerras e o totalitarismo.

A descrição desse processo e sua análise não podem ser abarcadas por esse estudo limitado, o que se pretenderá demonstrar apenas é que uma nova concepção de liberdade e igualdade tomou corpo e passou a influenciar o funcionamento da Constituição americana. Na terminologia de Frohnen e Carey, a “moral constitucional”²⁰⁷ que hoje opera como substrato do texto constitucional foi alterada.

Definir, em termos gerais, que nova visão é essa e como alterou o funcionamento dos ofícios de Poder é necessário para o questionamento posto quanto à corrupção da *respublica* americana nos tempos atuais. Em termos gerais, igualdade deixou de ser percebida como o estado de “não submissão ao igual” e a liberdade, que decorreria dessa natural igualdade, não mais se infere como o direito à autorrealização.

Agora, ser igual tomou um conteúdo substantivo, uma percepção material, na medida em que a igualdade de natureza deu lugar à igualdade de fato, uma igualdade não como direito natural, mas como política de direitos. Igualdade passou a ser uma situação concreta em que indivíduos seriam dotados da mesma quantidade de conforto, bens, estimas ou prestígios, não sendo uma propriedade intrínseca à natureza humana, mas o objetivo de uma política pública de igualdade.

O que antes era dado e próprio de todos – e no pensamento dos autores da Constituição não poderia ser retirado sem ofender a lei natural – agora é apenas desejável. Igualdade é um estado de coisas no mundo material que pode ser produzida pela “equalização” dos indivíduos, que são naturalmente desiguais. Igualdade não é mais obra de Deus ou da natureza, mas obra dos seres humanos, que devem atuar na sua promoção.

Paralelamente, não se pode ignorar o fato de que os indivíduos são desiguais em aptidões, vontades e objetivos, sendo que, na medida em que

²⁰⁷ FROHNEN, Bruce P. CAREY, George W. *Constitutional Morality and the Rise of Quasi-Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. (tradução livre)

postos em liberdade, produzirão estados de desigualdade. Haverá ricos e pobres, ignorantes e inteligentes, rápidos e lentos, etc. Dessa forma, o direito à liberdade está em direta oposição ao direito à igualdade: a promoção de uma depende da redução da outra, e vice-versa.

Como referiu West, na visão anterior: “*o primeiro dever dos governos é proteger os cidadãos contra a violência predatória ou outras interferências na liberdade, seja de outros cidadãos ou de ataques estrangeiros*”²⁰⁸. Agora, passa a ser justificável também a atuação da coletividade para que redistribua valores no interior da sociedade, passando agir não mais apenas como ordenador da liberdade – como simples avalista da *respublica* – mas como gestor do empreendimento público de equalização coletiva.

O posicionamento antagônico entre liberdade e igualdade justifica, assim, o surgimento dos chamados “direitos positivos” ou “direitos de bem-estar”, que encerram um conjunto de medidas substanciais do Estado para que promova uma nova situação de fato mais desejável. A consequência dessa visão é trazer para o debate político a disputa sobre os critérios de igualdade e liberdade. Ou seja, agora é passível de discussão o que é ser igual, o que é ser livre e qual a melhor opção equilibrada entre ambos.

O que antes era dado como certo – todos nascem igualmente livres – agora é incerto, passível de discussão e, mais importante, não auto-realizável, mas dependente de uma atuação positiva do Estado para sua efetivação. Discute-se agora, por exemplo, se ser igual exige o direito a cotas para minorias, à saúde pública universal; e se ser igualmente livre exige acesso subsidiado à *internet*, a educação de certo nível, etc.

A política, naturalmente, passa a debater quais políticas (*policies*) serão adotadas para suprimir a liberdade em favor da igualdade – seja por tributação e redistribuição, etc. – e qual o ponto desejável de equilíbrio. Os direitos dos

²⁰⁸ WEST, Thomas G. *The Political Theory of the American Founding: natural rights, public policy, and the moral conditions of freedom*. New York: Cambridge University Press, 2017. p. 34. (tradução livre)

indivíduos passaram a ser questão de política pública e não fundamento da existência do Estado. Essa visão é claramente tomada como pressuposto teórico por juristas modernos como Ronald Dworkin, inclusive atribuindo-o a Jefferson:

“Todos, exceto o extremista, reconhecem, portanto, a necessidade de comprometimento entre igualdade e liberdade. Cada peça de importante legislação social, de política fiscal a planos de integração, é moldada pela suposta tensão entre esses dois objetivos.

Eu tenho esse suposto conflito entre igualdade e liberdade em mente quando perguntei se temos direito à liberdade, como Jefferson e todos os outros supunham.”²⁰⁹

Dworkin acaba afirmando que: *“leis são necessárias para proteger a igualdade, e leis são inevitáveis comprometimentos da liberdade”²¹⁰*. Em suma, liberdade é algo a ser comprometido em favor de políticas de igualdade. Essa visão também tem sido rotulada como “em defesa dos Direitos Humanos” ou “igualdade material”. Importante referir discurso de Hillary Clinton quando Secretária de Estado do Governo Obama, que deixa clara que essa percepção faz parte do espectro político americano:

*“Nossa agenda de direitos humanos para o século 21 é fazer dos direitos humanos uma realidade humana, e o primeiro passo é ver os direitos humanos em um contexto amplo. É claro que as pessoas devem estar livres da opressão da tirania, da tortura, da discriminação, do medo de líderes que as aprisionarão ou as farão ‘desaparecer’. **Mas eles também devem estar livres da opressão da falta - falta de comida, falta de saúde, falta de educação e falta de igualdade na lei e na verdade.***

Para realizar seu potencial, as pessoas devem ser livres para escolher leis e líderes; compartilhar e acessar informações, falar, criticar e debater. Eles devem estar livres para adorar, associar e amar da maneira que

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *We Do Not Have a Right to Liberty*. Disponível em: homepage.westmont.edu/hoeckley/readings/Symposium/PDF/301_400/312. Acessado em 10/05/2018. (tradução livre)

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. *We Do Not Have a Right to Liberty*. Disponível em: homepage.westmont.edu/hoeckley/readings/Symposium/PDF/301_400/312. Acessado em 10/05/2018. (tradução livre)

*escolherem. E eles devem ser livres para buscar a dignidade que vem com auto-aperfeiçoamento e autoconfiança, para construir suas mentes e suas habilidades, para trazer seus bens para o mercado e participar do processo de inovação. Os direitos humanos têm requisitos negativos e positivos. As pessoas devem estar livres da tirania de qualquer forma e devem também estar livres para aproveitar as oportunidades de uma vida plena. É por isso que apoiar a democracia e fomentar o desenvolvimento são pedras angulares de nossa agenda de direitos humanos do século XXI”.*²¹¹

Assim, a percepção de um Estado de Direito, voltado à regulação da liberdade e proteção de Direitos Naturais pôde caminhar para uma nova percepção teórica quanto ao desejável em termos de estado e política. Para marcar essa diferencia conceitual, adequado o termo Estado Democrático Moderno – o Estado Democrático de Direito – como um conceito idealizado que encerra a perspectiva de uma sociedade regida por políticas, ou seja, uma sociedade empreendedora.

A “Democracia Moderna” é uma conotação que carrega consigo uma série de elementos que não fazem parte do conceito clássico de “democracia”. À simples ideia de “governo da maioria” ou “de muitos”, foram agregados outros elementos como partes inseparáveis de um Estado Democrático no sentido moderno – que não deve ser confundido com um Estado de Direito ou *Rule of Law*.

No imaginário teórico, o elemento democrático passou a pressupor a divergência política no binário situação-oposição. O conflito entre divergentes visões de mundo passou a ser assumido como uma etapa anterior à obtenção da “boa norma”. O conceito de “bom” dado à norma se tornou procedimental, ou seja, o processo democrático – conflito de interesses – passou a ser o meio pelo qual dada regra pode ser tida como boa e, como um sinônimo, democrática.

²¹¹ CLINTON, Hillary. *Discurso como Secretária de Estado*. Disponível em: <https://2009-2017.state.gov/secretary/20092013clinton/rm/2009a/12/133544.htm>. Acessado em 28/04/2018. (grifos nossos) (tradução livre).

No entanto, o ideal democrático moderno não aponta apenas para o procedimento legislativo ou eleitoral, mas para o que também se pode designar genericamente de “procedimento democrático”. Nesse, incluíssem as regras eleitorais que abarquem o maior número possível de votantes; regras parlamentares para produção de normas como fruto do embate entre os interesses parciais da massa de eleitores, personificados em seus representantes eleitos; e um conjunto de valores ligados a uma doutrina em constante atualização dos Direitos Humanos, que impõe limitações e também deveres ao Estado, protegidos ou exigíveis em determinada medida por Cortes de Direito – que mais parecem de pura equidade.

Esse grande processo democrático está ligado ao ideal de vontade popular – ditadura da maioria –, com elementos de proteção individual definidos por juízes. O Estado não existe, fundamentalmente, para proteger direitos do indivíduo, regando a liberdade de todos, mas para tornar operacional a política de Estado definida pela maioria – política democraticamente construída.

A proteção de direitos individuais é parte desse processo de legitimação do poder como democrático, mas deixou de ser sua finalidade. A construção de “uma sociedade melhor” e o alcance de determinados estandartes de satisfação econômica ou social – como índices educacionais, incremento no IDH, supressão de desigualdades, etc. – passaram a serem metas do Estado Democrático. A proteção de alguns direitos individuais foi incorporada nessa nova visão de democracia como parte da receita para uma “sociedade melhor” e não mais como precípua função do Estado, estando, assim, sujeita a intermináveis embates políticos quanto a sua extensão e efetividade.

Como liberdade e igualdade são hoje valores tidos por desejáveis, mas conflitantes, quanto mais livres os cidadãos, mais desiguais se tornarão. Cabe à política estabelecer qual a política (*policy*) a ser adotada para equalizar esse conflito de múltiplos interesses: entre ricos e pobres, minorias oprimidas e majorias, empregados e empregadores, mercado livre e padrões de igualdade

material, etc. O conflito de facções é a marca da democracia moderna. Por um constante conflito nas arenas da política, busca-se uma síntese possível de interesses que, pelo procedimento, estarão legitimados como bons e desejáveis.

Portanto, o Estado passou de guardião do interesse comum de todos – normas adverbiais de ordenação da liberdade – para administrador da política pública majoritária e democraticamente legitimada pelo grande processo democrático, aí incluídos líderes eleitos, parlamentares, juízes, etc. O conteúdo das normas produzidas pelo Legislativo passa a ser propositivo, levando ao Executivo a agir em busca de objetivos substantivos – definidos especifica ou genericamente pelas normas – e ao Judiciário a resolver as reclamações dos insatisfeitos, por meio de direitos individuais novos ou antigos, mas em constante diálogo com o “momento político” ou a política de Estado.

A ideia de uma relação social civilizada de mútuo respeito, em que cada indivíduo é percebido pelos demais como senhor de sua própria “busca da felicidade”, se degrada em relações conflituosas de mútua censura e mútuo desprezo: cada grupo ou facção se relaciona com as demais não como iguais coabitantes do espaço público, mas como adversários em guerra declarada pela conquista da maioria democrática, onde não mais interessa o bem comum – paz e segurança no convívio das liberdades – e sim a denúncia ou a reprovação das visões de mundo de seu próximo.

Nesse processo de “regresso civilizatório”, pode-se dizer que, gradativamente, os indivíduos deixam de enxergar a si mesmos como igualmente humanos, para apenas entenderem-se como membros de um clã, minoria ou facção diferente do seu, quase como se fossem de espécimes diferentes. O diálogo do “bem de todos” torna-se inviável, pois “todos” deixou, aos poucos, de significar “todos nós seres humanos”.

Buscando um enquadramento nos conceitos postos na primeira parte, balizadores dessa análise, a democracia hoje se amolda com mais clareza ao modelo de uma sociedade empreendedora. A vontade da maioria dita

determinados objetivos públicos a serem alcançados, produzindo normas instrumentalmente ligadas a esses fins materiais, sem dar ao cidadão individualmente considerado a opção de rejeitá-los. O governo, portanto, passa a ser de políticas e não mais de normas, pois estas deixam de ser o foco e a justificativa do vínculo social, que agora se dá apenas quanto aos interesses majoritários, tornados “políticas” pelo formal processo democrático.

2.2 A Nova Política como Síntese de Interesses e o Funcionamento dos Ofícios de Poder

Estabelecida essa nova percepção de liberdade e igualdade, bem como considerado o surgimento da visão moderna de democracia como um conjunto desejável de organização social, cabe questionar a situação da Constituição americana, visivelmente afetada em suas bases fundamentais por essas novas visões. Não se quer dizer que os Estado Unidos estejam completamente desvinculados de sua tradição histórica ou que sejam um exemplo perfeito de moderna democracia no sentido posto.

Ao contrário, ao analisar indícios e elementos relevantes do atual (dis)funcionamento dos ofícios do Poder da sociedade americana, se buscará demonstrar a ocorrência de uma corrupção ou degradação possível e real do *Rule of Law*, como um processo de regresso civilizatório. Ao final deste capítulo se buscará responder ou opinar quanto à preponderância atual ou não das estruturas de um Estado de Direito na sociedade americana.

2.2.1 Um Ofício Legislativo descompromissado

O Ofício Legislativo é aquela instituição ou grupo de instituições que, com autoridade, promove alterações nas normas da *respublica*, buscando adequá-las ao desejável pelo conjunto de membros da sociedade. A verdadeira

política, na terminologia de Oakeshott, é aquela que busca uma situação melhor (mais desejável) quanto ao condicionamento das condutas humanas.

O projeto original da Constituição americana, apesar de suas qualificações já abordadas, adota preponderantemente esse ideal de política, denunciando facções e procurando bloquear paixões e interesses. A norma-produto esperada desse Legislativo bicameral – uma casa popular e um senado composto por melhores – é a norma comum, capaz de atender ao interesse de regulação de todos os indivíduos individualmente considerados. Nessa perspectiva, não há como se pensar outra norma que não seja adverbial e teleologicamente neutra²¹², voltada a produzir o que se vislumbrava como “liberdade ordenada” – regras para que cada indivíduo possa prosseguir na busca de sua felicidade, apesar de existir num coletivo.

No entanto, a percepção de boa política não é mais essa; a nova democracia exige uma política propositiva de mundo e não mais apenas reguladora do mundo. O surgimento de partidos políticos e sua consolidação como única alternativa para agir politicamente trouxeram, para o interior do Legislativo, interesses parciais e indivíduos eleitos em decorrência do seu compromisso com tais interesses.

A política do Estado de Direito se corrompeu. A política democratizada da atualidade deixou de essencialmente produzir normas regras, para produzir políticas ou comandos na forma de normas. O processo legislativo, como antes referido, deixa de ser uma salvaguarda institucional contra a parcialidade e a má-fé política em defender o interesse parcial em detrimento do interesse de todos, como idealmente posto por Madison, para ser apenas um processo de “validação democrática” da política momentaneamente majoritária.

²¹² Certamente o legislativo também seria responsável pela produção de normas voltadas a metas e políticas, resultantes principalmente das necessidades de segurança, defesa externa, etc. Deliberações quanto ao tamanho e a distribuição das forças armadas e outras medidas não correspondem exatamente a normas adverbiais, mas são indispensáveis por imposição da necessidade, o que não faz precluir o ideal de um Estado de Direito, no qual essas normas estarão estritamente circunscritas a esses imperativos de segurança.

Essa deterioração deixou marcas inclusive no texto da Constituição. Originalmente, os Senadores seriam escolhidos pela Casa Legislativa de cada estado da Federação, como meio de garantir a ascensão à Câmara Alta dos melhores e mais experientes políticos²¹³. No entanto, com a décima-sétima emenda, ratificada pelo número mínimo de estados em 1913, a eleição de senadores também passou a se dar por voto popular:

*“O Senado dos Estados Unidos deve ser composto de dois Senadores de cada Estado, eleitos pelo respectivo povo, por seis anos; e cada Senador deve ter um voto. Os eleitores em cada Estado devem ter as qualificações requeridas para eleitores do mais numeroso ramo dos legislativos estaduais.”*²¹⁴

O conceito de democracia majoritária foi incorporado ao texto constitucional ajudando a, gradualmente, alterar a forma de atuação do Ofício Legislativo. As cadeiras no senado também passaram a ser parte do disputado conflito eleitoral, com eleição direta pelo povo, favorecendo a arregimentação partidária.

Assim, o conflito de facções, ordenado por normas de votação e aprovação, se torna a tônica desse processo. O agente político não busca mais a boa norma, mas fazer como que seu interesse (interesse do seu eleitorado, etc.) se torne norma. Como resultado, o produto legislativo será sempre comandos, regulamentos ou ordens – ainda que na forma de leis – instrumentalmente ligados aos objetivos materiais do interesse que as motivaram. Por exemplo, normas de redistribuição de renda e de subsídio de crédito serão criadas para alcançar objetivos como o a redução da linha de pobreza e o favorecimento de um setor empresarial.

O Ofício Legislativo passa a se comportar de forma disfuncional. A norma fruto do conflito de interesses passa por duas transformações. Primeiro,

²¹³ Constituição dos Estados Unidos da América, item 1 da sessão 3ª do artigo 1º: *“O Senado dos Estados Unidos será composto por dois senadores de cada Estado, escolhidos pela respectiva Assembléia Legislativa, por seis anos; e cada senador terá um voto”*. (tradução livre)

²¹⁴ Décima-sétima emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, item 1.

deixa de estar preocupada com a ordenação da liberdade (com o condicionamento adverbial de condutas) e passa a ser propositiva de um estado de coisas “melhor”, como uma ordem para um melhor patamar de existência. O direito passa de fundamento da relação humana – a razão de ser de uma sociedade civil em que o Direito é regente – a instrumento para alcançar um desejado padrão de vida e de relações coletivas.

O debate político, então, se polariza pela ideologia. Discute-se se é melhor reduzir desigualdades econômicas, sociais ou até históricas; ou promover o crescimento das riquezas, a competitividade da indústria, etc. A lei resultado dessa discussão, independente de qual seja a maioria vitoriosa ou da existência de um acordo político entre elas, terá uma natureza substantiva e instrumental a determinado fim ou fins, impondo a todos os indivíduos condutas compulsórias para o seu alcance.

Segundo, esse Legislativo ainda atua dentro do esquema constitucional de pesos e contrapesos – com alguma alteração como a citada emenda –, pensando e construído para barrar justamente interesses parciais. Não é incomum, portanto, que maiorias não sejam alcançadas, que interesses em conflito se anulem mutuamente, congelando o processo legislativo e impedindo a edição de leis.

Para superar a estagnação, passam a ser aprovadas leis com abstração exagerada quanto aos seus propósitos, a tal ponto omissas que possam ser interpretada em favor de qualquer dos interesses em conflito. A eleição de algo como bom e desejável, mas sem referência a termos específicos de atuação, permite a superação do conflito de interesse e transfere para outra figura constitucional a determinação da forma de agir.

Como será objeto do próximo item, o Presidente, como executor da lei, passou a suprir com as determinações e definições jurídico-conceituais para tornar efetivo um objetivo abstrato consagrado na norma. O Legislativo, para não parar, abandonou seu compromisso de produtor de normas para os casos em que uma maioria não foi capaz de superar o entrave procedimental. Como

exemplo, o *Federal Trade Commission Act* de 26 de setembro de 1914, criando uma Comissão de Comércio com o poder de definir, verificar e proibir “*métodos injustos de competição*” (*unfair methods of competition*), ficando a amplitude e aplicação da norma nas mãos de comissão apontada pelo Presidente.

A possibilidade de ampla delegação legislativa ao Presidente foi avalizada pela Suprema Corte no caso *J. W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*. No voto condutor, a Corte exigiu apenas a definição de um “princípio inteligível: “*Se o Congresso estabelecer por ato legislativo um princípio inteligível pelo qual a pessoa ou órgão autorizado a fixar tais taxas seja direcionado a conformar-se, tal ação legislativa não é uma delegação proibida de Poder Legislativo*”²¹⁵. Bastariam apenas princípios ou critérios gerais justamente por ser tratar de uma política – uma lei com pretensões e objetivos materiais – e não uma norma adverbial – que não comportaria tais objetivos.

Dessa forma, a incapacidade do Legislativo em regular interesses – pois não foi desenhado institucionalmente para isso – e a atuação de uma técnica de “esvaziamento” dos resultados do processo legislativo por delegação lançaram as bases do chamado “Estado Administrativo”. Inclusive, por meio do *Administrative Procedure Act*, o Congresso legislou quanto ao procedimento interno que as agências e departamentos do Executivo deveriam adotar para a produção de regulamentos e adjudicação de causas envolvendo seu cumprimento e suas decorrentes punições. Um capítulo é dedicado inteiramente ao poder de “produzir regras”²¹⁶, definindo o meio para sua edição e a forma de participação do público em geral.

No entanto, agências e departamentos são criados e estão orientados para a consecução de seus fins institucionais – proteção da natureza, redução da pobreza, fomento econômico, etc. – e, portanto, as regras por eles produzidas possuem a mesma natureza instrumental quanto aos fins propostos. A pretensão de se criar política pública por meio da política obrigou

²¹⁵ 276 U.S. 394 (1928) (tradução livre)

²¹⁶ 5 U.S. Code § 553

o Legislativo a delegar grande parte de sua função primordial de produtor de normas ao Executivo.

Por meio de agências e departamentos criados por lei e com amplos poderes delegados, a burocracia do Executivo, chefiada pelo Presidente, passou a assumir o grande volume da regulação diária da vida do cidadão. O Legislativo se desincumbiu dos detalhes, passando apenas a definir finalidades e objetivos genéricos, abstratos o suficiente para evitar conflitos de interesses.

A atuação disfuncional do Legislativo, em suma, permitiu a produção de normas comprometidas com interesses substantivos e propositivas de estados ideais de mundo e sociedade; ao tempo que abstratas quanto à forma de agir sobre a conduta dos indivíduos na sua consecução. Essa disfunção gera efeitos sobre os demais órgãos do Poder, que também respondem de forma disfuncional, corrompendo o *Rule of Law*.

2.2.2 Um Ofício de Comando empreendedor

Originalmente ao Executivo caberia a “*administração das leis*”²¹⁷, ser fiscal da subscrição das normas e práticas de convívio que formam a *respublica*. No entanto, a posição de guardião da observância das leis passa por uma transformação ao se deparar com normas não mais adverbiais ou neutras, mas carregadas de objetivos e interesses que impõem uma atuação positiva para sua efetivação no mundo prático.

A instrumentalização das leis – que não são mais meramente ordenadoras, mas instrumentalmente ligadas a um fim – e a sua generalização quanto aos objetivos a serem alcançados, fruto de uma disfuncionalidade da atuação do Legislativo, moveu, no cenário constitucional, o primeiro magistrado de uma posição neutra e arbitral para uma posição interessada e politizada. Na

²¹⁷ HAMILTON, Alexander. *Federalist N.º 70*. In: *The Federalist*. The Gideon Ed. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 362. (tradução livre)

medida em que a legislação passa a ser fruto de interesses e produto desse conflito, o seu executor também adquire as características dessa postura conflituosa, ou seja, o Presidente agora também é administrador de uma política que assume como sua.

Desde a décima-segunda emenda, a escolha do Presidente afastou-se gradualmente do critério de “seleção do melhor” – em sinônimo com “os mais votados” no colégio eleitoral – entre os candidatos; para um critério pautado pelo conjunto partidário proponente de uma ideologia ou, mais realista, representante de um grande feixe de ideologias e políticas ligadas entre si por similitude, interesse, financiamento eleitoral, etc. Importantes momentos históricos também foram decisivos para a elevação da figura presidencial, de mero executor, para de líder ou visionário do progresso nacional.

Nos limites dessa análise, cabe destaque a política do *New Deal*, do Presidente Franklin D. Roosevelt, como resposta estatal à crise econômica de 1929 e o ingresso efetivo dos Estados Unidos na Segunda Grande Guerra. Ao longo desse período, mas com efeitos ainda atuais, o Presidente efetivamente assumiu a posição de articulador e facilitador de projetos coletivos a todos os custos, seja na superação de uma crise econômica, seja na vitória contra um agressor externo. Independente do acerto dessas políticas – esse não é objeto dessa crítica – é fato que a postura de um “presidente-líder” se instalou como resposta às necessidades do momento, como produto histórico da crise e da guerra.

No entanto, o Estado cresceu exponencialmente em volume e funções, e politicamente foi possível a construção do que se convencionou chamar de “Estado Administrativo”. Roosevelt, por pressão política sobre a Suprema Corte, ameaçando o aumento do número de julgadores por lei para alterar sua jurisprudência, obteve decisão favorável a políticas de regulação estatal no caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*²¹⁸. Paralelamente, o financiamento em

²¹⁸ 300 U.S. 379 (1937). No caso, a Suprema Corte manteve a regulação do salário mínimo editada pelo Estado de Washington, reformando precedente anterior em *Adkins v. Children's*

grandes proporções do Governo Federal estava garantido pela décima-sexta emenda (imposto de renda); e a crise e a guerra impulsionaram a criação do sistema de seguridade social, de agências de fomento, etc. O Presidente não era mais aquele do projeto original, mas transfigurado em administrador de um grande empreendimento chamado Estados Unidos da América²¹⁹.

Esse sentido se alargou e se consolidou ao longo do século XX. O processo eleitoral, no cenário atual, pressupõe, portanto, que o eleito utilize de suas prerrogativas para efetivar o conjunto de interesses que representa. O Presidente não apenas se vê obrigado a dar execução a normas produzidas pelo Legislativo com a lógica do Estado Administrativo, como é incentivador dessa produção; é líder partidário e usa de seus poderes para barganhar com maiorias e minorias no parlamento com vista à consecução de sua política – legitimada pela eleição democrática.

Na tentativa de elucidar a posição disfuncional que a figura presidencial assume hoje em relação ao projeto original, cabe abordar dois instrumentos adotados pelos Presidentes recentes na tentativa de superar os entraves da antiga Constituição. Para promoverem as políticas para as quais foram eleitos os Presidentes-administradores fazem uso: do veto por “não execução” das leis, que se tornou alvo de polêmica no Governo George W. Bush; e das “ordens executivas” com abrangência e poder de lei em sentido estrito, muito usadas no governo Obama.

O poder de veto presidencial, como originalmente construído, não permite ao Presidente, como em muitos países presidencialista da América

Hospital, 261 U.S. 525 (1923), na qual havia julgado constitucional a regulação editada pelo Congresso para o Distrito de Columbia.

²¹⁹ Francis Buckley aposta que o surgimento do Estado Administrativo é uma das grandes razões para o surgimento atual do que referiu como “governo da coroa” (*Crown government*), ou seja, o governo de um só homem: “*O que mais do que tudo explica o movimento em direção ao governo da Coroa nos três países [Estados Unidos, Reino Unido e Canadá] é o crescimento do Estado regulador, no qual o papel da legislação diminuiu e o da produção de regulamentação se expandiu, com os reguladores responsabilizáveis perante o Poder Executivo e não ao Legislativo. A modernidade, na forma do Estado regulador, é o inimigo da separação de poderes e do poder difuso, e insiste no comando de um homem só.*” (BUCKLEY, Francis. *The Once and Future King: the rise of Crown Government in America*. New York: Encounter Books, 2014. pp. 5-6)

Latina, a supressão de artigos ou partes das leis²²⁰, mas apenas a negativa para a lei como um todo. O poder de veto foi pensado como uma garantia do Presidente contra eventuais leis inexecutáveis e/ou inconstitucionais vindas de um parlamento momentaneamente tomado por paixões ou atos sem reflexão, ou seja, tratava-se de mais uma barreira contra leis parciais ou interessadas.

No entanto, no cenário atual, como o processo legislativo pressupõe o conflito de interesses, as normas propositivas de políticas e gastos públicos são repletas de medidas para atender inúmeros interesses e grupos como forma de permitir sua aprovação. A síntese do conflito de facções produz normas abrangentes e, em termos de política pública, até mesmo contraditórias, destinadas a dirigir a atuação do Estado e da sociedade para uma infinidade de objetivos.

Como o Presidente assume a função de gestor da política pública de seu grupo e necessita de financiamento para tanto por meio de leis orçamentárias, como forma de contornar o impasse, passou-se a adotar a figura dos “*signing statements*”²²¹. Por meio de uma declaração paralela à assinatura da lei, o Presidente afirma que não irá executar normas que entenda inconstitucionais, mas evita o veto para permitir a efetivação das partes que lhe interessam e, também, para não o submeter à possibilidade de derrubada por voto qualificado do Congresso.

Dessa forma, a política de governo do Presidente passa a ser a política do Estado, apagando, ao menos no curso do seu governo, leis contrárias aos interesses por ele defendidos. O Presidente Bush fez uso desse instrumento em relação ao *Detainee Treatment Act* de 2005, que impunha restrições quanto à forma de tratamento de prisioneiros na Prisão de Guantánamo, regulava os métodos de interrogatório e estabelecia tribunais de revisão em favor dos detidos. Em sua declaração paralela à lei dispôs:

²²⁰ O Congresso autorizou o veto parcial ao Presidente por meio da *Line Item Veto Act* de 1996, mas a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade da previsão por lei em *Clinton v. City of New York*, 524 U.S. 417.

²²¹ Traduzido livremente como “declarações firmadas”.

*“O poder executivo deve interpretar [construe] o Título X na Divisão A da Lei, relativo aos detentos, de maneira **consistente com a autoridade constitucional do Presidente de supervisionar o poder executivo unitário e como Comandante em Chefe** e consistente com as limitações constitucionais ao poder judicial, o que ajudará a alcançar o objetivo comum do Congresso e do Presidente, evidenciado no Título X, de proteger o povo americano de novos ataques terroristas.”²²²*

Em relação ao poder de revisão dado às Cortes: *“(...)o poder executivo deve interpretar [construe] a seção 1005 **para impedir que os tribunais federais exerçam jurisdição sobre qualquer ação existente ou futura, incluindo pedidos de habeas corpus**, descritos na seção 1005”²²³.*

Em suma, o interesse do Presidente na adoção das medidas necessárias à segurança nacional lhe davam a prerrogativa de “deixar de executar” ou interpretar a lei da forma mais adequada ao seu plano de ação. O instrumento se tornou um meio para a superação de leis parcialmente incompatíveis com os interesses do Presidente. A prática agora se perpetua pelos próximos governos.

Paralelamente, passou-se a interpretar a prerrogativa de mera execução da lei como poder de legislar na omissão do parlamento. A divisão do Legislativo em duas casas e o sistema de votações muitas vezes não corresponde às pretensões políticas do Presidente, impedido a aprovação de leis do seu interesse. Nessas circunstâncias, ordens executivas passaram a ser usadas como substituto normativo da lei em sentido estrito.

Exemplo atual foi a adoção pelo Presidente Obama, por meio de ordem executiva, da política chamada *Deferred Action for Childhood Arrivals* – DACA²²⁴, para flexibilizar normas de imigração, após não ter obtido consenso para aprovação de uma lei pelo Congresso. Assim também com as medidas

²²² Disponível em <http://www.coherentbabble.com/ss2005.htm>. Acessado em 28/04/2018. (grifos nossos) (tradução livre)

²²³ Disponível em <http://www.coherentbabble.com/ss2005.htm>. Acessado em 28/04/2018. (grifos nossos) (tradução livre)

²²⁴ Traduzido livremente como “Ação diferenciada para chegados na infância”

executivas para a “preparação” do país em relação a mudanças climáticas, editando uma ordem executiva em 2013, chamada *“Preparing the United States for the Impacts of Climate Change”*²²⁵, sem amparo em lei em sentido estrito.

Sob a escusa de exercer sua competência de executor das leis, atuou de forma “empreendedora” para dar efeitos práticos a proposta de asilo migratório defendida por sua base eleitoral e por sua visão de mundo. Uma de suas manifestações públicas, por ocasião da primeira reunião de seu gabinete em 2014, deixa clara essa nova visão quanto à função institucional do Presidente:

*“Nós não vamos apenas ficar esperando por legislação para garantir que estamos oferecendo aos americanos o tipo de ajuda de que precisam. Eu tenho uma caneta e tenho um telefone.”*²²⁶

Nesse cenário de disfunção parlamentar, um Presidente, eleito por um processo de divisão partidária e instado a agir para promover os interesses de seus correligionários, toma para si as rédeas do empreendimento coletivo. Como verdadeiro gestor de um empreendimento, o primeiro magistrado, que deveria estar dedicado ao pleno cumprimento da lei e à garantia da ordem jurídica, passa a agir com vistas ao sucesso de políticas, sendo que o processo legislativo e a lei se tornam mero instrumento do seu agir. Como referiu Francis Buckley:

*“O poder executivo obviamente possui certo grau de discricionariedade na maneira em que aplica a lei, mas se isso permitir que um presidente desconsidere amplamente leis escritas às vistas da oposição no Congresso, e substitua-as por leis de sua própria autoria, poder-se-ia perguntar razoavelmente se qualquer limite pode ser estabelecido para a expansão do poder de veto presidencial.”*²²⁷

²²⁵ Traduzido livremente como “Preparando os Estados Unidos para os impactos das mudanças climáticas”.

²²⁶ A fala foi amplamente divulgada pela imprensa, como exemplo: <http://washington.cbslocal.com/2014/01/14/obama-on-executive-actions-ive-got-a-pen-and-ive-got-a-phone/>. Acessado em 28/04/2018. (tradução livre)

²²⁷ BUCKLEY, Francis. *The Once and Future King: the rise of Crown Government in America*. New York: Encounter Books, 2014. p. 137. (tradução livre)

A disfuncionalidade do Ofício de Comando fica evidente quando, ao invés de agir para a garantia do Direito, age pelo Direito para a garantia da política pública, ou seja, substitui-se o *Rule of Law* pelo *Rule of Man, by Law*. Em termos teóricos, como em uma sociedade empreendedora as normas são instrumentais a um fim e sua utilidade – quiçá sua validade – está ligada à eficiência no cumprimento de metas, quando o Legislativo não corresponde a essas exigências (o conhecido “*deadlocked*”), aprovando novas normas ou revogando antigas, o gestor do empreendimento acaba por agir reordenando as normas por meios diversos dos originalmente previstos.

Como o importante é a política pública (o objetivo substancial da maioria), o Direito se tornam secundário, não mais regente. O Direito se instrumentaliza em relação à agenda do governo da situação. O “melhor presidente”, para a maioria que o elegeu, passa a ser aquele que melhor lidere a nação na superação de todas as “barreiras” do sistema político-constitucional para tornar reais suas promessas políticas. A cada quatro anos, contudo, o processo se reinicia com a manutenção de políticas ou com uma mudança de liderança, colocando os indivíduos sempre em constante acirramento e conflito com relação à melhor gestão dos empreendimentos coletivos.

Essa disfuncionalidade do Ofício de Comando produz um efeito mais evidente e capaz de, gradativamente, corromper as bases de um Estado de Direito. A cada novo mandato presidencial, com manutenção ou mudança de políticas de governo, fica mais clara a instrumentalidade do Direito como meio de alcançar finalidades, desacreditando o Direito em si como base suficiente para uma relação segura entre os indivíduos.

O Estado de Direito vai deixando de ser percebido como a razão da relação entre os indivíduos e passa a ser mero elemento circunstancial do sistema político; uma circunstância que, para algumas correntes, é vista até mesmo como negativa ou impeditiva da efetividade dos propósitos coletivos. Ou seja, a *polis* deixa de existir pelo Direito – de ter as normas de regulação

como fundamento da relação entre indivíduos – para existir apesar do Direito – apesar das dificuldades que certas normas colocam a certas políticas públicas.

Esse gradual reposicionamento do Direito de fundamento para instrumento da relação social, produto de um mau funcionamento do Legislativo e evidenciado por um presidencialismo gerencial, acaba por pressionar e alterar também o Ofício Judicial, colocando-o em uma posição não imaginada à época do projeto original.

2.2.3 Um Ofício Judicial com Propósitos

O mau funcionamento dos demais ofícios produziu efeitos sobre o Ofício Judicial. Originalmente pensado como capaz de garantir a autoridade da Constituição e servir de imparcial árbitro das especificidades concretas das normas, teve seu papel transformado pela desconexão entre os grandes valores constitucionais de liberdade e igualdade – agora opostos – e a produção abundante não mais de uma legislação neutra e voltada ao bem comum, mas de um crescente arranjo de políticas públicas de favorecimento de determinados grupos de interesse.

Julgar com vistas à aplicação da norma – o que também inclui a decisão sobre a hierarquia de normas, considerando a supremacia constitucional – é função de especificação e detalhamento da regra ao caso concreto e, apenas para tal, foi pensado e estruturado este Ofício no projeto constitucional original, em conjunto com as salvaguardas previstas aos demais Poderes. Um Legislativo produziria normas gerais voltadas ao bem comum – à regulação da conduta numa visão de liberdade ordenada –; um presidente supervisionaria a efetiva aplicação dessas normas garantindo a esperada subscrição dos cidadãos; e o Judiciário arbitraria os casos concretos, nas dúvidas de fato e de direito, intermediando a relação cidadão-estado e garantindo que não houvesse extrapolação do texto constitucional.

Na nova realidade “democrática”, políticas públicas defendidas por determinados grupos de interesses, arregimentados em estruturas partidárias, são o objeto do debate eleitoral para a escolha de um presidente que, por consequência, se encarregará pessoalmente da execução desse projeto político. O eleito, como chefe maior da agremiação, será o fio condutor do embate de facções higienizado no interior do processo Legislativo para produzir normas, que, antes de estarem voltadas ao bem coletivo – a regulação da liberdade – são o produto sintético de retóricas políticas.

Portanto, a norma que é o objeto da atuação judicial não mais reflete aquele modelo de “adverbialidade” pensando originalmente. A norma agora, em crescente produção no Estado Administrativo, é transformadora, ou seja, determina a promover uma mutação da sociedade em termos substanciais, como resultado do projeto político preponderante.

Como o Estado, sob pena de não ser “democrático”, não é mais visto fundamentalmente como garantidor de Direitos Naturais – resumindo sua atuação à ordenação da liberdade –, mas como meio para alcançar um “mundo melhor” ou uma situação ideal de vida, a estrutura constitucional original passa a estar em desconformidade com essa nova percepção de sociedade. Como referiu Frohnen e Carey, chamando de “constituição não escrita” as concepções e práticas de uma comunidade: *“(...) assim como uma constituição escrita falhará se for inadequada para a constituição não escrita de um povo, as mudanças em uma constituição não escrita podem tornar obsoleta uma constituição anteriormente apropriada”*²²⁸.

Se agora a promoção da igualdade importa a diminuição da liberdade, e a melhor política não é aquela que atenda ao todo, mas a que foi vitoriosa no processo eleitoral e legislativo, o esquema de supremacia da Constituição, proteção de direitos naturais e divisão de poderes passa a ser um obstáculo à efetivação daquela política. Para usar a terminologia teórica, nessa concepção

²²⁸ FROHNEN, Bruce P. CAREY, George W. *Constitutional Morality and the Rise of Quasi-Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 9. (tradução livre)

empreendedora da sociedade, a Constituição, de mecanismo de proteção do indivíduo, passou a ser uma trava ao progresso do coletivo.

Paralelamente, a Constituição, pelo menos desde a reconstrução pós-guerra civil, continuou a ser o elemento sustentador da autoridade da *respublica* americana, a mitologia do poder em que todos os demais ofícios ainda buscam apoio. Mantiveram-se presentes as máximas de supremacia da Constituição e da existência de direitos e garantias que limitam a atuação dos demais Poderes estatais frente aos governados.

Essas mudanças na visão da finalidade do Estado (de protetor a promotor) e na natureza das normas (de adverbiais a substantivas), coexistente no interior de um projeto constitucional ainda voltado à proteção de direitos individuais, provocaram um reposicionamento do Ofício Judicial. Como agora a norma é substantiva ou propositiva, por consequência, o Judiciário deixou de apenas regular condutas no caso concreto, pensando também a enxergar resultados materiais, pois estes são da natureza do objeto posto a sua frente: uma norma substancial.

Encurralado entre uma nova visão de mundo e um sistema constitucional incompatível, o Judiciário, paulatinamente, passou a assumir a dupla função de: validar os projetos políticos transformadores ou políticas públicas, majoritariamente escolhidos, frente à Constituição; e, paralela ou paradoxalmente, destravar ou desmobilizar conflitos políticos insuperáveis, favorecendo uma determinada facção política.

As disfunções do atual Judiciário podem ser consideradas verdadeiras degenerações em relação aos seus dois papéis originais de protetor de direitos individuais e garantidor da supremacia constitucional. Nas atuais funções degeneradas, respectivamente: a Corte viabiliza “interpretativamente” a supressão de direitos em favor da expansão do Estado Administrativo; e a elevação de determinados valores a categoria de supremos – hierarquia constitucional – para solucionar o embate político entre facções.

A primeira função, diz respeito ao Estado Administrativo e o papel legitimador das Cortes quanto à atuação disfuncional do Executivo, na execução de normas e políticas também disfuncionalmente produzidas pelo Legislativo. As normas agora têm propósitos – não são mais apenas reguladoras da liberdade – e finalidades substanciais, cabendo ao Judiciário abrir o caminho necessário à sua implantação, estabelecendo tênues limites – o suficiente para que o texto constitucional não seja totalmente desautorizado.

A narrativa jurisprudencial é longa e complexa, mas o processo de transformação da atividade judicial pode ser representado em alguns casos de maior relevância. A Suprema Corte, durante a chamada era “*Lochner*”²²⁹ adotava uma postura de restrição à regulação estatal, em especial, quando limitava a liberdade de contratar. Tinha uma postura mais próxima da ideia de Ofício Judicial como garantidor da supremacia da Constituição, ou seja, atuava mais para a preservação de direitos individuais (normas adverbiais), impedindo a adoção de amplas políticas de reserva de mercado (normas instrumentais).

No entanto, a Corte mudou de postura como reflexo também da disfuncionalidade da atuação dos demais Poderes. Surgiram decisões como *Williamson v. Lee Optical Co.*²³⁰, na qual a Corte manteve a legislação do Estado de Oklahoma que limitava o mercado de fabricação e duplicação de lentes a optometristas e oftalmologistas registrados ao exigir prescrição médica em todos os casos, mesmo de simples duplicação. O importante no caso é a abordagem da Corte no que se convencionou referir como “*rational basis review*”, que exige que toda e qualquer razão para a existência da legislação seja contemplada, num movimento de “deferência” do Judiciário ao legislador, ainda que implique na supressão de liberdades. Em seu voto unânime, Justice Douglas esclarece essa visão:

“(...) Mas a lei não precisa ser, em todos os aspectos, logicamente consistente com seus objetivos para ser constitucional. É suficiente que

²²⁹ Derivado do caso *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905)

²³⁰ 348 U.S. 483 (1955)

*exista um mal à disposição para ser corrigido, e que se possa pensar que a específica medida legislativa era uma maneira racional de corrigi-la. Foram-se os dias quando este Tribunal usa a Cláusula do Devido Processo da Décima Quarta Emenda para derrubar leis estaduais, reguladoras de negócios e condições industriais porque podiam ser imprudentes, improvisadas ou fora de harmonia com uma escola particular de pensamento.*²³¹

Tendo o Estado promulgado normas para corrigir “algum mal”, a deferência à legislação é a função das Cortes. Em outras palavras, as políticas produzidas pelo Legislativo – e por consequência pelo Executivo – não deveriam ser revisadas pelo Judiciário, mesmo do ponto de vista de direitos individuais ou naturais. A supressão da liberdade estaria justificada pela busca em extirpar um “mal”, indicado como tal pelo legislador (seja qual for).

Em período mais recente, a no caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*²³² a Suprema Corte articulou sua doutrina de “deferência” às decisões dadas pelas agências executivas sobre a especificação de políticas de conteúdo genérico, a elas delegadas por lei do Congresso. O caso lidava com normas administrativas voltadas à interpretação e aplicação das regras da Lei sobre poluição do ar de 1977, que comportava genericamente uma política de proteção ambiental. Nessa sentada, a lógica de deferência assim se estabeleceu:

“Quando um tribunal analisa a interpretação [construction] de uma agência dada a uma lei por ela administrada, é confrontado com duas questões. Em primeiro lugar, sempre será uma questão saber se o Congresso falou diretamente quanto à precisa questão em debate. Se a intenção do Congresso é clara, esse é o fim do assunto; pois o tribunal, bem como a agência, deve dar efeito à intenção inequivocamente expressa do Congresso. (...) Se, no entanto, o tribunal determinar que o Congresso não abordou diretamente a precisa questão em debate, o tribunal não simplesmente imporá sua própria interpretação [construction] a lei, (...)”

²³¹ 348 U.S. 483 (1955) (grifos nossos) (tradução livre)

²³² 467 U.S. 837 (1984)

como seria necessário na ausência de uma interpretação administrativa. Em vez disso, se a lei é omissa ou ambígua em relação ao problema específico, a questão para o tribunal é se a resposta da agência é baseada em uma interpretação [construction] permissível da lei.²³³

Como já referiu Randy Barnett, instalou-se uma situação de “dupla deferência”. O Poder Legislativo, que deveria produzir normas, passa a editar políticas, genéricas e amplas, do interesse de grupos com posição de barganha, relegando às agências suas especificidades e às Cortes o controle de constitucionalidade dessa política. Paralelamente, o Poder Judiciário, adota posição de deferência ao Legislativo e a qualquer razoável construção administrativa sobre a lei genérica.

Como resultado, nenhum dos agentes públicos, na prática, lida diretamente com a Constituição, fazendo esvanecer garantias e liberdades econômicas ou as limitações ao poder de legislar e administrar. Em suma, o Poder Judiciário atua como avalista do Estado Administrativo, colocando nas mãos de agência e departamentos, que foram criados para o atendimento de metas em dada política pública, a regulação do dia-a-dia dos cidadãos. As garantias de liberdades econômicas e de autorrealização (busca da felicidade) são interpretativamente reduzidas para dar espaço a políticas públicas de cunho substancial, validando o que se passou a denominar de “Quarto Poder”.

Como última referência, importa destacar o caso *National Federation of Independent Business v. Sebelius*²³⁴, no qual a Suprema Corte desenvolveu um argumento favorável à obrigação imposta pela nova lei de assistência à saúde (*Patient Protection and Affordable Care Act*) de aquisição de seguro saúde com base no poder de tributar do Estado, desafiando qualquer ideal de liberdade de escolha individual e colocando a prerrogativa tributária do Estado em favor de uma política de saúde pública.

²³³ 467 U.S. 837 (1984) (tradução livre)

²³⁴ 567 U.S. 519 (2012)

No voto condutor, Justice Roberts destacou que *“a Corte não expressa qualquer opinião sobre a sabedoria do Affordable Care Act. Sob a Constituição, esse julgamento é reservado ao povo”*²³⁵. Sua referência aqui é ao povo em termos coletivos, ou seja, à vontade de uma maioria vencedora no Legislativo – com aval de um presidente eleito - e ao Poder Judiciário restou apenas sua afirmação no texto constitucional por meio de uma construção interpretativa – no caso a inclusão da obrigação de contratar como uma imposição tributária.

Nesses casos destacados, infere-se que a disfuncionalidade quanto à expansão de políticas públicas está no gradual abandono pelo Judiciário do papel de garantidor de direitos de liberdade como essenciais a busca da própria felicidade, em favor da imposição de visões coletivas dessa felicidade. Passou o Judiciário de garantidor liberdades a avalista de políticas públicas de cunho substantivo.

Na segunda função, como o esquema constitucional não fora criado para dar vazão a conflitos fundamentais sobre direitos naturais, pois os pressupunha, a nova visão antagônica de liberdade e igualdade frequentemente provoca impasses insuperáveis. Nessas circunstâncias, uma facção eleva seu interesse à categoria de direito constitucional e assim promove um “embate judicial” para destravar o ineficaz embate político, dependendo a vitória de uma maioria no colegiado da Corte competente para adjudicar o caso.

Nesse cenário surgem decisões em que questões, que eram objeto de debate político no âmbito do Congresso ou dos estados da Federação, passam a ser tratadas como matéria de Direito, passível de solução por adjudicação. No entanto, a Suprema Corte, muitas vezes adotando uma posição por simples maioria, acaba por retirar do âmbito da política a discussão quanto à desejabilidade da regulação de vários aspectos da vida dos indivíduos,

²³⁵ 567 U.S. 519 (2012) (tradução livre)

destravando o impasse político em âmbito nacional para favorecer uma oposição em detrimento da outra²³⁶.

Independentemente da posição adotada quanto ao resultado dessas decisões, muitos dos direitos reconhecidos como constitucionais não foram objeto do projeto constitucional original, nem mesmo das emendas da reconstrução pós-guerra civil. A elevação de determinados valores ao nível constitucional por meio de um processo de “revelação interpretativa” da Corte – o que ainda é pior quando decorrente de simples e apertada maioria entre os juízes – reflete um funcionamento do Poder Judiciário diferente daquele previsto na sua criação.

Como exemplo dessa disfunção, no voto vencedor proferido por *Justice Brennan*, no caso *Goldberg V. Kelly*²³⁷ é possível perceber a assunção da Constituição como um texto propositivo, com um pacto ou compromisso de promover um estado melhor de coisas. Na decisão, afirma-se, inclusive, que essa seria a intenção desde a fundação dos Estados Unidos, promovendo uma revalorização do passado histórico, para aproximar a Constituição de uma espécie de associação empreendedora. Como se pode depreender do trecho:

“Desde a sua fundação, o compromisso básico da Nação tem sido promover a dignidade e o bem-estar de todas as pessoas dentro de suas fronteiras. Chegamos a reconhecer que forças alheias aos pobres contribuem para sua pobreza. Essa percepção, contra o pano de fundo de nossas tradições, influenciou significativamente o desenvolvimento do sistema contemporâneo de assistência social. O bem-estar, ao atender às demandas básicas de subsistência, pode ajudar a trazer ao alcance dos pobres as mesmas oportunidades que estão disponíveis para os outros

²³⁶ Jeremy Waldron, ao criticar a eleição de uma Corte Suprema como meio melhor para definir quais os são direitos no interior de uma sociedade, alerta que mesmo entre os juízes há desentendimento, que será também resolvido pela regra majoritária: “Certamente, os juízes da Suprema Corte levam a sério os direitos, se ninguém o fizer. No entanto, os juízes discordam sobre os direitos tanto quanto qualquer um, e eles resolvem essas discordâncias por simples maioria de votos. A prática estabelecida na América é que o povo deve aceitar como obrigatória uma determinação dos tribunais quanto aos direitos que eles têm, mesmo quando essa determinação é baseada em uma vantagem de 5 a 4 entre os juízes.” (WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University, 2004. p. 306) (tradução livre)

²³⁷ 397 U.S. 254 (1970)

para participarem de forma significativa na vida da comunidade. Ao mesmo tempo, o bem-estar protege contra o mal-estar social que pode fluir de um sentimento generalizado de frustração e insegurança injustificadas. A assistência pública, portanto, não é mera caridade, mas um meio de 'promover o bem-estar geral e assegurar as Bênçãos da Liberdade a nós mesmos e à nossa posteridade'.²³⁸

O texto constitucional, nessa visão, não é mais mero instrumento de salvaguarda dos governados contra o Estado, capaz de produzir normas de condicionamento do comportamento e evitar que paixões ou facções sequestrem o interesse coletivo. Agora o texto encerra uma promessa, traz o direito a um “estado de bem-estar social”, deslocando o Direito da posição de regente para, em seu lugar, colocar o “bem-estar” entendido pela maioria da Corte – pelo arbítrio da Corte.

Independente da argumentação jurídica utilizada como forma de justificação no interior do processo judicial, a Corte passa a funcionar como meio de “elevação” de determinado direito à categoria suprema, própria da Constituição, para torná-lo obrigatório e excluído do discurso político. A disfunção está justamente em deixar a posição de garantidor de uma supremacia do Direito pré-estabelecida²³⁹, para ser uma espécie de atualizador dessa categoria, fazendo incluir (ou excluir) direitos ou deveres correspondentes a um grupo de interesse – majoritário ou minoritário – que não foi objeto de solução ou reconhecimento pelo processo político.

Quer dizer, a Corte não mais garante a supremacia da Constituição, mas se faz instrumento de sua “atualização” por uma via não prevista no projeto original. A constante contaminação das normas por interesses de grupos e facções – cuja ocorrência se buscava evitar na visão original – acabou, naturalmente e por consequência, contaminando o debate jurídico, ao ponto de a Suprema Corte agora também ser cenário do conflito de interesses, mas assumindo a posição de “árbitro final”.

²³⁸ 397 U.S. 254 (1970) (tradução livre)

²³⁹ Supremacia do próprio texto que apenas pode ser alterada pelas regras de emenda previstas no mesmo documento.

Ainda que com outra roupagem e nomenclaturas próprias do direito constitucional americano, como forma de justificação interna ao sistema normativo, a Suprema Corte passou a selecionar e a elevar à categoria de supremos determinados direitos substantivos rotulados como “da pessoa humana” ou “necessários à dignidade humana”. Como, na verdade, esses “direitos humanos” são objeto de conflito entre as facções políticas – cada uma com a pretensão de elevar o seu direito preferido – a Suprema Corte assume uma postura de superioridade moral frente aos demais membros da coletividade, capaz de dizer qual é o melhor direito na perspectiva moral e valorativa.

Não se trata mais de definir se determinada norma é aplicável ao caso e se corresponde ou não às regras e às vedações da Constituição hierarquicamente superior (supremacia da Constituição e do Direito), mas definir qual “direito humano” – ou qual visão de direito humano – entre aqueles em oposição e conflito na sociedade deve ser declarado melhor ou correto. A supremacia do Direito (*Rule of Law*), nesse cenário de disfuncionalidade de todos os ofícios do Poder, é substituída pela supremacia da Suprema Corte, que se aparta do resto da sociedade e se qualifica juridicamente como “superior” em relação aos demais.

Ao criticar a incorporação de uma justiça material de direitos humanos, Luis Barzotto demonstra a necessária perda de isonomia:

“A tentativa de inserir direitos humanos substantivos no interior do ‘rule of law’ é a reedição contemporânea do ideal aristocrático da ‘eunomia’. Os juristas, presentes nos tribunais constitucionais e tribunais internacionais, assumem o papel de aristocracia moral que exclui o governo das lei/‘rule of law’ em favor de uma concepção material de justiça baseada nos direitos humanos. Como todo ideal aristocrático, este proclama a fundamental desigualdade entre os seres humanos. Na posição hierarquicamente superior, encontram-se os melhores (‘aristoi’), aqueles que possuem as concepções materiais ‘corretas’ de justiça e direitos humanos. Na posição

*subordinada encontra-se o povo ('demos'), a grande multidão de súditos morais, que serão governados não pela justiça formal da isonomia, mas por uma elite moral portadora de uma concepção material de justiça baseada nos direitos humanos.*²⁴⁰

Ironicamente, como agora igualdade e liberdade estão em conflito e, retomando Dworkin, o Direito deve proteger – ou construir – a melhor igualdade, a Suprema Corte, para se posicionar como instituição capaz de resolver esse conflito, vê-se obrigada a desigualar seus próprios membros do resto dos cidadãos. Os juízes do projeto original, delegatários do povo e responsáveis por especificar o Direito, passam a uma categoria aristocrática, como apontado por Barzotto, anulando o ideal fundamental de igualdade natural entre todos os seres humanos – inclusive e especialmente os que exercem cargos de poder.

Justice Thomas, em voto divergente, já alertou para essa problemática e buscou retomar a ideia aqui defendida de que o projeto original da Constituição pressupunha a igualdade inata, não cabendo ao Estado promover uma jornada pela “dignidade”:

“A falha nesse raciocínio, é claro, é que a Constituição não contém Cláusula de 'dignidade' e, mesmo se contivesse, o governo seria incapaz de conferir dignidade.

A dignidade humana há muito tempo é compreendida neste país como inata. Quando os Autores proclamaram na Declaração de Independência que “todos os homens são criados iguais” e “dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis”, eles se referiam a uma visão da humanidade na qual todos os seres humanos são criados à imagem de Deus e, portanto, de valor inerente. Essa visão é o alicerce sobre o qual esta nação foi construída.

*(...) O governo não pode conceder dignidade, e não pode tirar isso.*²⁴¹

²⁴⁰ BARZOTTO, Luis Fernando. *Teoria do Direito*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2017, p. 107.

²⁴¹ 135 S. Ct. 2584 (2015)

No entanto, os indícios são de que a visão de um Judiciário montesquiano se perdeu na atualidade. Juízes são agora vias alternativas de “vitória” para facções políticas, fazendo uso da imparcialidade inerente à figura de terceiro desinteressado para legitimar decisões de ordem não meramente concreta ou de aplicação da lei. Aos vencedores, os julgadores são instrumento do progresso social, legitimado por um Direito propositivo quanto ao futuro.

O que é aferível, contudo, é a reconfiguração da atuação do Ofício Judicial em comparação com o projeto original. Em uma sociedade marcada pelo Estado Administrativo e pela abundante produção de normas substanciais, o Judiciário assumiu a nova função de árbitro de interesses, não para compô-los, pois impossível, mas para pôr fim a embates políticos com a escolha de um em detrimento de outro.

Quanto mais afastado de um ideal de Estado de Direito – normas adverbiais – e mais próximo de um Estado empreendedor e propositivo, maior será a tensão entre as facções políticas em conflito e maior será a disfunção entre os atores estatais e os propósitos originais do esquema constitucional. O Judiciário hoje exerce a função de distensor desse conflito de interesses, criando uma ilusória conciliação entre Constituição original, Estado Administrativo e visões ideais de sociedade.

No entanto, o ônus desse involuntário “ingresso” no conflito é o seu próprio tensionamento político entre as facções. A composição das Cortes Federais já é questão política relevante, debatida em termos de posicionamento político e não de virtude do julgador. A disfuncionalidade da Constituição, quando esgotada a “válvula jurisdicional”, seguirá o caminho do completo esvaziamento do Estado de Direito, em favor de uma sociedade empreendedora; um governo de vontades políticas e não de leis. O discurso moderno de progresso social, portanto, implica a perda de um Direito como soberano (*Rule of Law*), para substituí-lo nessa posição de poder por uma ideologia ou visão majoritárias, escravizando a vontade e consciência de alguns aos interesses de outros (*Rule of men*).

2.3 Ainda um Estado de Direito?

Apesar dos elementos apresentados, que revelam uma mudança de comportamento atual dos ofícios de Poder na sociedade americana, quando comparados com o ideal do projeto original, não é possível um veredicto definitivo sobre a preponderância ou não de um *Rule of Law*. O que os argumentos demonstram, com certeza, é uma evidente corrupção da forma original, revelada na disfunção da atuação dos agentes públicos.

O alerta de Oakeshott quando a fragilidade do Estado de Direito se mostra verdadeiro. O Estado Americano hoje comprova ser possível, mesmo no interior de um sistema político dotado de uma divisão de poderes, eleições regulares e cortes independentes, que o governo das leis (do Direito) ceda gradualmente ao governo de políticas (de alguns árbitros). A instrumentalização do Estado – sua conversão em uma sociedade empreendedora – não pode ser evitada ou impedida apenas por construções jurídicas ou arranjos institucionais, como pensara Madison.

Uma “*disciplined imagination*”²⁴² apontada por Oakeshott parece ser indispensável para uma consciente percepção do Direito e das leis como razão de ser do projeto coletivo e não instrumento para a imposição de visões de mundo. Na medida em que o engajamento político se vulgariza pela parcialidade de interesses, a estrutura constitucional passa a ser mais um freio a esse processo de “substantivização” das finalidades do Estado, do que propriamente um meio para seu funcionamento saudável.

Apesar das mudanças apontadas, inclusive no texto constitucional, o arranjo institucional continua íntegro do ponto de vista do direito positivo. Não há e não foram expressamente incluídas na Constituição grandes finalidades

²⁴² OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 164. Traduzido livremente como “imaginação disciplinada”.

coletivas, nem foi incorporado um rol de direitos positivos ou do bem-estar social como em muitos estados europeus e da América Latina.

Todo o processo de corrupção do Estado de Direito, portanto, é fruto dos desvios da conduta política e do que *Oakeshott* categorizou como “*individual manqué*”²⁴³. Como antes referido, a sustentação de uma sociedade de regras, unida por normas e não finalidades, depende de um engajamento moral de seus indivíduos, da sua propensão a perceberem a sua individualidade e a do próximo como algo desejável, a qual não cabe renunciar em favor de outras finalidades. Ou seja, a civilidade indispensável ao Estado de Direito – o único freio definitivo contra o governo do arbítrio – se resume à consciência individual de ter o outro como um igual e não como meio para a satisfação de suas próprias visões de mundo.

Pode-se argumentar que a rigidez da Constituição americana e a sua resiliência ao longo dos séculos não é fruto da adaptação ou evolução da sociedade americana, mas produto de sua estrutura institucional favorável ao Estado de Direito. Funciona, assim, mais como uma trava à instrumentalização do coletivo, ao menos atrasando esse processo de degradação. Sua posição como elemento fundamental da justificação da autoridade – a sociedade americana reconhece na Constituição a sustentação aceitável do estado de coisas do Direito – a torna sempre elemento necessário na equação política, refreando assim, enquanto possível, os impulsos pela transmutação da sociedade civil em empreendedora.

Diferente seria a conclusão caso o próprio referencial institucional da Constituição negasse ou não favorecesse a perspectiva de um Estado de Direito. Nessas circunstâncias, o acirramento político quanto às finalidades do empreendimento social e a inevitável expansão da atuação do Estado para todas as searas da vida humana – satisfação material e engrandecimento

²⁴³ Oakeshott tenta esclarecer esse conceito de “individualidade deficiente” como aquele que “*tinha necessidades e não desejos; ele procurou um patrono, em vez de um governante, um senhor capaz de fazer para ele as escolhas que ele era incapaz de fazer por si mesmo, em vez de uma lei para protegê-lo na aventura de escolher*”. (OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990. p. 276) (tradução livre)

moral – seriam mais céleres, com efeitos nocivos à segurança e a paz que se possa esperar como resultado de um sistema jurídico em que o Direito é regente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Definido um conceito ideal e percorrida a análise empírica da Constituição americana, ainda que limitada a dois momentos históricos, resta duas questões: o que constitui um Estado de Direito e, efetivamente, qual a utilidade prática dessa idéia? Quanto à primeira, a investigação pelos elementos de uma “Constituição do Estado de Direito” merece uma conclusão mais robusta que o normal, em que se possam rearticular todos os conceitos e pontos espalhados no conjunto de dados históricos e explicações teóricas, sedimentando a proposta como um critério para o Estado de Direito liberto da ideologia ou da valoração subjetiva do discurso atual.

Com relação ao segundo questionamento, qual a utilidade de um ideal de Estado de Direito tão árido, que, intuitivamente, pode ser taxado de formalista ou reducionista. Embora a pretensão do trabalho fosse a definição do Estado de Direito como critério, fica aberta a questão de que, em que medida, este é capaz de auxiliar na busca pelo que se pode qualificar de “boa vida” ou “vida virtuosa” do homem em sociedade.

1 O Estado de Direito como um Estado de Não Sujeição

O *Rule of Law*, como aqui trabalhado, pode ser resumido da seguinte forma: um estado de não sujeição involuntária do indivíduo ao arbítrio de outro. É resposta teórica a questão de como compor a chamada liberdade ordenada, na qual a multiplicidade de seres humano livres (iguais nessa liberdade) pode ser orquestrada de forma que a compulsória subscrição à ordem do Estado e do Direito não seja, na prática, uma compulsória submissão a vontades – ainda que traduzidas pelo discurso político democrático e por políticas públicas.

Um Estado de regência do Direito é aquele em que as normas em vigor são o próprio fundamento da relação entre os cidadãos. Assim, não estão elas ligadas a propósitos maiores ou externos, que, necessariamente, são o produto de alguma vontade ou entendimento, igual, finito e limitado como todos os demais presentes no corpo social e, portanto, incapaz de reclamar preferência.

Nessa perspectiva, Direito é condição para um convívio social e pacífico, trazendo uma certeza transitória em meio às incertezas constantes. A norma produzida pelo legislador – cuja autoridade é reconhecida – é condicionante da conduta, mas não vinculante quanto aos objetivos. Em suma, o Direito, nesse cenário, não é instrumento para a melhora da condição humana, para a salvação humana ou para a promoção da virtude.

Portanto, o Estado de Direito é aquela ordem jurídica em que preponderantemente as normas têm as características de uma regra e não de um comando, sendo obrigatórias por serem produzidas pela forma prescrita e por aquele dotado de autoridade para tanto (o legislador); e não porque serem valoradas como justas ou porque espelham com fidelidade a um Direito Natural, a uma Razão Pura ou uma determinada ordem metafísica. Esses são critérios incompatíveis quando se vê ao indivíduo como uma personalidade

inteligente, livre para interpretar o seu mundo e escolher como agir em reação a ele, incapaz de certezas absolutas.

Por outro lado, não se tratar de afirmar um positivismo puro, no qual a norma é válida e justa por ser parte do sistema e respeitar a uma regra de pertencibilidade, pois não bastam leis juridicamente válidas para compor um estado de coisas em que o Direito é regente. É imperioso que as normas desse Direito sejam regras condicionantes da conduta e não comandos para satisfazer os fins do Estado, sob pena de se constituir um *Rule of men, by Law*.

Quer dizer, *Rule of Law* é uma espécie de uma prática moral, pois de observância necessária (obrigatória) e independe das intenções ou da concordância dos agentes nela envolvidos. Assim, condiciona o agir para produzir o necessário equilíbrio das liberdades para que se possa ter paz pública ou ordem, ou seja, convívio pacífico de arbítrios que não estão sujeitos uns aos outros, mas apenas ao Direito.

Alguns pontos importantes ficam claros e merecem atenção. Primeiro, a peculiaridade do conceito ideal de Estado de Direito como um tipo de organização político-social estruturada apenas – ou tendo sua existência apenas – com base em regras não instrumentais, reconhecidas como dotadas de autoridade, cuja subscrição necessária é o único elemento comum à multiplicidade de indivíduos – ou inteligências – no corpo social.

Segundo, a conclusão empírica de que esse conceito não pode ser puramente encontrado na prática social, bem como não é fruto de um estado de coisas necessário do ponto de vista natural, antropológico ou histórico. Quer dizer, a formatação de uma sociedade como um Estado preponderantemente de Direito é resultado de circunstâncias históricas e dependente da disposição do conjunto de indivíduos; e, ainda que satisfatoriamente alcançado, não conta com qualquer garantia de sua manutenção. Trata-se de espécie de organização frágil, dependente de um engajamento moral, ou seja, de uma intenção preponderante na prática diária por viver sob regras adverbiais

(regras) e não meras decisões de gestão da coisa pública e do coletivo (comandos).

Dessa forma, pode-se dizer que o grau de civilidade – ou ser mais ou menos civilizado – de um povo não tem relação com o domínio da emoção e do irracional em favor do império da razão, por exemplo. Nessa visão de *Rule of Law*, o civilizado não é atributo daquele que racionalmente entende ou descobre as determinações de um bom, certo ou justo Direito e o impõe sobre os demais em uma cruzada contra o irracional – ou contra aqueles que ainda não se “libertaram” da emoção. Ao contrário, civilidade é a capacidade e a qualidade daquele que se entende com outro, para que todos possam, nos limites desse entendimento, coabitar um espaço de livre disposição de sua (ir)racionalidade, o que, para tanto, exige a compreensão de um Direito como regente e soberano da ordem social – não mero instrumento de gestão do poder de alguns sobre outros.

Terceiro, essa visão do Estado de Direito, como relação pelas regras e apenas em razão delas, dá nova função à ideia de procedimento ou formalidade. A ordenação da vida coletiva passa a depender fundamentalmente dos procedimentos ditados pelo Direito para a criação, interpretação e aplicação das normas condicionadoras da liberdade de todos os *cives*. Procedimento deixa de ser entendido como ferramenta para a busca de dado objetivo e, como tal, descartável tão logo se torne obsoleta a norma, perdendo sua razão de ser e sua autoridade.

Ao contrário, se o procedimento não for seguido, a autoridade do sistema de norma não se afirma e, como é o único vínculo real entre todos, a associação entra em colapso. Por isso, a preservação do Direito e a sua transformação na forma da lei – e não pelo arbítrio ou pela justificativa de que a norma é obsoleta ou indesejável – passa a ser o fundamento de uma relação de civilidade entre os indivíduos. Não se observa a lei por ser boa para a economia, para a distribuição de renda, para a melhora dos costumes; mas por ser aquela dotada de autoridade pelo procedimento do Direito, reconhecido como obrigatório.

Nessa visão, a atualização da lei pela via judicial, a mutação de textos legais pela vontade de determinadas autoridades não incumbidas, pelo procedimento, para fazê-lo, por exemplo, são incompatíveis com o Estado de Direito. Inovar – que é diferente de especificar ao caso – na ordem jurídica por clamor de justiça, p. ex., implica a rejeição do *Rule of Law* por duas razões: descarta o procedimento como mero empecilho a realização de um bem maior, querido pela autoridade em questão; e subordina o cidadão alvo da decisão não mais ao Direito, mas ao seu arbítrio, negando a própria ideia de liberdade ao acreditar que a sua justiça – a justiça pensada pela autoridade – é de tal forma categórica que pode suplantar a qualquer outra, mesmo a do seu próximo.

Estado de Direito, portanto, implica pensar o procedimento legal como indispensável à civilidade, à sustentação do vínculo social; não apenas como accidental e passível de ser dispensado quando “valores maiores” estiverem em jogo. Nesse sentido, o Direito é razão da associação e não meio para se associar-se, sendo que o respeito ao procedimento legal e a formalidade posta é a única forma de manter sua essencialidade e não o transformar em mera ferramenta.

Como em um jogo, suas regras são essenciais para que ele exista e as partes se relacionem como jogadores. Se determinado interesse de vitória de um jogador pudesse ser justificativa – por ser mais “justo” que alguém ganha, p. ex. –, as regras poderiam ser alteradas tantas vezes e de tantas formas que se mostrassem necessárias para garantir essa vitória. No entanto, não se estaria mais frente a um jogo com jogadores, mas um teatro em que alguém escreve o roteiro. Da mesma forma, clamar por justiça, bondade, etc., para justificar o abandono do procedimento, significa substituir a regência do Direito pela regência do arbítrio.

Por tal razão, ecoa no imaginário coletivo a ideia de que na guerra cessa-se o Direito. O estado de guerra não é mais uma relação entre livres (não estar sujeito ao outro), mas uma empreitada pela sobrevivência. Alguns sempre estarão submetidos à discricionariedade de um comandante, enquanto

não for possível restabelecer a autoridade do Direito. Cortejar “valores maiores” em detrimento do procedimento, nada mais é que flertar com um estado de guerra ou de natureza, no qual não mais se vive sob um preponderante Estado de Direito, mas sob o arbítrio do mais forte ou mais poderoso.

Quarto, e talvez mais importante, o Estado de Direito – ou a classificação de dado grupo social como um *Rule of Law* – não depende de qualquer estrutura estatal, divisão de poderes, densidade ou complexidade das leis, sufrágio universal ou mesmo um rol de direitos tidos como “humanos” ou “naturais”. Esses são elementos acidentais e empíricos de uma sociedade preponderantemente de Direito, mas não o critério para que se possa assim reconhecer determinado arranjo político. A relevância dos conceitos aqui postos por está exatamente em separar a ideia de *Rule of Law* – enquanto verdadeira “regência do Direito” – de aspirações ideológicas ou de modelos institucionais padronizados.

O Direito não deixa de ser uma prática – a gramática de um idioma, como ilustrou Oakeshott – conformada pela sequência de ações e acontecimentos históricos, sendo irrelevante questionar de que forma dado grupo social passou a reconhecer determinada autoridade para a produção, interpretação e aplicação de leis. O que interesse é questionar qual a essência da relação existente entre cidadãos e Estado, qual o elemento principal do vínculo social: a busca de um objetivo substancial ditado pela vontade da maioria, de um soberano, de uma classe, de um filósofo, etc.; ou a mera ordenação condicional do agir para que cada individualidade possa buscar sua realização sem subjugar o próximo, ou seja, ser livre do outro.

Certamente a experiência histórica e a filosofia política e do Direito têm muito a acrescentar quanto à melhor forma de compor ou organizar um Estado, suas instituições, etc. Demandas por sistemas de Direito Positivo, divisão de poderes e direitos individuais são parte de uma prática social, ao menos do Ocidente, necessária para afirmar a autoridade de muitos sistemas políticos, como meio para evitar a tirania ou o arbítrio. No entanto, não são necessários e não garantem um Estado de Direito, pois o que o define é um vínculo cidadão e

Estado em razão e sob as regras do Direito; o que é muito diferente de uma relação pelo Direito – pela formatação de um sistema de direito –, mas em razão de políticas e objetivos substantivos (*Rule of man, by Law*).

Paralelamente, determinados arranjos constitucionais, facilmente identificados com o discurso atual de um “bom estado” ou de um “estado democrático”, podem ser inclusive nocivos ou impeditivos ao um Estado de Direito. A cristalização no Direito Positivo – e possivelmente com a força persuasiva e a autoridade de uma constituição – de propósitos substanciais, determinados e a espera de um gestor para realizá-los, certamente produzirá, numa velocidade maior, todas aquelas distorções apontadas na análise da Constituição americana atual.

Enquanto esta, pela teoria interna ao seu projeto original, mostrou-se mais um verdadeiro entrave (não uma garantia infalível) à degradação de uma associação civil para uma associação empreendedora; outras “constituições modernas” são verdadeiros catalisadores. A conjugação de um estado empreendedor com a força de um sistema jurídico pode suprimir qualquer perspectiva de um futuro estado de liberdade ordenada como o aqui defendido, ou seja, como um verdadeiro Estado de Direito.

Nessa perspectiva, a solução clássica do “Estado misto” não pode ser tomada como resposta definitiva. Se adotado esse o critério de Estado de Direito aqui posto, há espaço para a degeneração das formas mesmo em um Estado misto. Embora arranjos institucionais que, por exemplo, melhor distribuam o exercício do poder ou promovam a segurança para o tráfico econômico são necessários para uma prática de Estado e governo na tradição ocidental, não são garantia contra a corrupção do *Rule of Law*. Algo mais é necessário, algo que Oakeshott abordou de forma sutil.

Instituições bem definidas e pensadas podem funcionar bem para dar equilíbrio e estabilidade a *respublica*. Contudo, se uma sociedade estiver moralmente engajada em preferir uma justiça, um bem comum ou uma meta em desfavor da individualidade, instituições tornam-se barreiras ou entraves a

serem superados. Ainda que louváveis as conclusões de Daron e James em sua obra *Por que as Nações Fracassam*²⁴⁴ quanto à eficiência dos sistemas de organização política, a interpretação de que arranjos institucionais são solução para uma progressão social depende da definição de um bem ou uma meta – no caso da obra o sucesso econômico – o que, como defendido, não corresponde exatamente ao Estado de Direito. Instituições são sim importantes, são parte da prática social e histórica da humanidade, mas não solucionam por si o problema da constituição de um Estado de Direito. Apenas podem auxiliar, assim como podem prejudicar.

²⁴⁴ ACEMOGLU, Daron. ROBINSON, James. *Por que as Nações Fracassam*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

2 *Rule of Law*, Moral, Virtude e a Boa Vida

Os conceitos teóricos aqui trabalhados, somados às referências empíricas, permitiram esquadriñar o conceito de Estado de Direito como um tipo específico de relação social baseado em normas adverbiais e nada mais. Todo o peso axiológico que hoje é dado a determinados arranjos institucionais ou proclamação de direitos pôde ser retirado da equação para permitir uma visão mais precisa quanto ao estado de coisas da política.

No entanto, os exemplos concretos também permitiram, em tese, concluir que o *Rule of Law* não é um projeto de sociedade capaz de ser mapeado por meio de esquemas constitucionais e replicado indefinidamente. Mesmo a duradoura Constituição americana, pensada com vistas à tradição de Estado misto e respeito à liberdade individual, não se mostrou um esquema perfeito e infalível, tendo sofrido, como mostrado, um processo de corrupção de suas formas, com distanciamento gradativo do Estado de Direito.

Nesse contexto, declaração de direitos, Estado misto, separação de poderes e democracia (para não citar outros), mesmo que somados não são garantia de um Estado de Direito. Algo para além de instituições é necessário, cabendo indagar qual o elemento faltante.

A proposta desse trabalho é permitir, por meio de um embasamento teórico cético, mas não relativista, justamente que esse questionamento possa ser feito. Pensar o Estado de Direito como critério de análise que enxerga antes a qualidade da relação preponderante entre os cidadãos (relação por regras adverbiais), do que o atendimento de determinada lista de requisitos institucionais ou de proclamações de direitos universais, dá sobriedade para perceber que o Estado de Direito é um patamar da vida social que depende também de um engajamento moral. Como referiu Letwin: “quando, portanto,

*dizemos que desejamos viver sob um sistema de Direito não-instrumental, damos-lhe um caráter moral definido*²⁴⁵.

A “virtude” por detrás do *Rule of Law* é a questão aberta que aqui se pretende propor como conclusão. O peso dos argumentos necessários para o seu desenvolvimento não pode ser comportado nesse trabalho, cabendo apenas realçar a permanente questão: qual virtude uma sociedade precisa para firmar-se e manter-se como um Estado de Direito?

Subscrever às normas do Direito, em um Estado em o Direito seja o regente, significa reconhecer a sua obrigatoriedade (autoridade) e agir de forma a fazer parte de uma sociedade pautada pela busca da ordem na multiplicidade e pela preservação da personalidade individual no agir. Civilidade na percepção do outro como também livre e capaz de autodeterminar-se – ainda que desprezemos suas escolhas e visões de mundo – é elemento estabilizador do Direito na sua posição de regente. A percepção moral do outro como digno de liberdade - tão digno quanto todos os demais – só se realizada na prática social por meio de um Direito que não se preste a simples instrumento do arbítrio e alguns, mas que atue como autoridade mediadora de todos (*Rule of Law*).

Pode-se legitimamente questionar se um Estado de Direito como o aqui proposto é mais desejável que um que se empenhe a promover o “bem-estar”. Esse é um juízo individual, um conflito de visões sobre uma boa vida: entre ser livre e responsável, ou subserviente e protegido. No entanto, o que não se pode mais pensar é que em um Estado de Políticas Públicas – associação empreendedora – se encontre ordem e paz na multiplicidade de liberdades. Optar moralmente por uma sociedade política²⁴⁶ estruturada preponderantemente sobre propósitos substantivos (determinações coletivas sobre o “bem-estar”) é

²⁴⁵ LETWIN, Shirley R. *On the History of the Idea of Law*. Cambridge: Cambridge University, 2005. p. 342. (tradução livre)

²⁴⁶ Ao final deste trabalho cabe novamente destacar que a sociedade política, corpo ordenado pelo Estado, não se confunde com as sociedades privadas, com as famílias, empresas, etc. Quando se defende um Estado de Direito, se defende uma organização política em que o Direito é regente da relação entre estranhos – a involuntária condição humana da coexistência –, mas não se nega que nesse meio surjam e floresçam inúmeras “sociedades empreendedoras”, visando desde o lucro empresário, ao amor familiar e ao fervor religioso.

optar, na exurgência do conflito, pela supressão da diferença e do individual de todos em favor da efetivação de um ou alguns – é faz de alguns meio para a realização de outros.

BIBLIOGRAFIA

ACEMOGLU, Daron. ROBINSON, James. *Por que as Nações Fracassam*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution: a biography*. Nova York: Random House Trade, 2006.

ARISTÓTELES. *Politics*. Oxford: Oxford University, 2009.

BARNETT, Randy E. *Our Republican Constitution: securing the liberty and sovereignty of we the people*. New York: Broadside Books, 2016.

BARZOTTO, Luis Fernando. *Teoria do Direito*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2017.

BERGER, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia: The american philosophical society, 1953.

BUCKLEY, Francis. *The Once and Future King: the rise of Crown Government in America*. New York: Encounter Books, 2014.

CLINTON, Hillary. *Discurso como Secretária de Estado*. Disponível em: <https://2009-2017.state.gov/secretary/20092013clinton/rm/2009a/12/133544.htm>. Acessado em 28/04/2018.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *We Do Not Have a Right to Liberty*. Disponível em: homepage.westmont.edu/hoeckley/readings/Symposium/PDF/301_400/312. Acessado em 10/05/2018.

FERGUSON, Adam. *An Essay on the History of Civil Society*. 5 ed. London: T. Cadell, 1782. p. 204-205. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/1428>. Acessado em 06/08/2018.

FROHNEN, Bruce P. CAREY, George W. *Constitutional Morality and the Rise of Quasi-Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University, 1969.

GERENCSER, Steven Anthony. *The Skeptic's Oaskeshott*. Nova York: St. Martin's Press, 2000.

HAYEK, Friedrich A. von. *Law, Legislation and Liberty*. Abingdon: Routledge, 2013.

HAYEK, Friedrich A. von. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago, 2011.

HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James. *The Federalist*. The Gideon Ed. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

HOBBS, Thomas. *Leviathan: The Matter, Forme, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civill*. Floating Press, 2009. Disponível em: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/georgetown/detail.action?docID=441243>. Acessado em 06/08/2018.

HOFSTADTER, Richard. *A Constitution Against Parties: madisonian pluralism and the Anti-party tradition*. Disponível em <https://doi.org/10.1111/j.1477-7053.1969.tb00805.x>. Acessado em 22/02/2018.

IREDELL, James. *North Carolina Ratifying Convention*. 28/07/1788. Disponível em: http://press-pubs.uchicago.edu/founders/print_documents/v1ch14s45.html. Acessado em: 20/12/2018.

JAFFA, Harry V. *How to Think About the American Revolution: a bicentennial celebration*. Durham: Carolina Academic, 1978.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Edipro, 2003.

_____. *The Philosophy of Law: an exposition of the fundamental principles of jurisprudence as the science of right*. Edimburgo: T. & T. Clark, 1887.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAWSON, Gary. SEIDMAN, Guy. *A Great Power of Attorney: understanding the fiduciary constitution*. Kansas: University Press of Kansas, 2017.

LETWIN, Shirley R. *On the History of the Idea of Law*. Cambridge: Cambridge University, 2005.

LOCKE, John. *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*. Overland Park: Digireads.com, 2015.

MANSFIELD, Harvey C., Jr. *Statesmanship and Party Government: a study of Burke and Bolingbroke*. Chicago: University of Chicago, 1965.

MARX, Karl. 'Preface' to the *Critique of Political Economy*. In: *Marx: Later Political Writings*. Cambridge: Cambridge University, 1996.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1990.

_____. *On History and Other Essays*. Indianapolis: Liberty Fund, 1999.

RICHARD, Carl J. *The Founders and the Classics: Greece, Rome, and the American Enlightenment*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social ou Princípio do Direito Político*. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

SANTO AGOSTINHO. *City of God*. London: Penguin Books, 2003.

SIMMONDS, Nigel. *Law as a Moral Idea*. New York: Oxford Press, 2007.

STEPHENS, Alexander H. *Corner Stone Speech*. 21/03/1861. Disponível em: <http://teachingamericanhistory.org/library/document/cornerstone-speech/>. Acessado em 06/08/2018.

TOQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. Nova York: Vintage, 1990.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University, 2004.

WASHINGTON, George. *George Washington to the Marquis de Lafayette*. Mount Vernon, Virginia. 07/02/1788. In: BAILYN, Bernard. *The Debate on the Constitution: federalist and antifederalist speeches, articles, and letters during the struggle over ratification*. Volume 2. 12^a e. Nova York: Library of America, 1993, pp 178-181.

_____. *Farewell Address to the Nation*. 17/09/1796. Disponível em: http://avalon.law.yale.edu/18th_century/washing.asp. Acessado em 06/08/2018.

WEBSTER, Noah. *A Citizen of America*. Philadelphia. 17/10/1787. In: BAILYN, Bernard. *The Debate on the Constitution: federalist and antifederalist speeches,*

articles, and letters during the struggle over ratification. Volume 1. 14^a e. Nova York: Library of America, 1993, pp. 129-163.

WEST, Thomas G. *The Political Theory of the American Founding: natural rights, public policy, and the moral conditions of freedom.* New York: Cambridge University Press, 2017.