

e-books

NÚCLEO DE FORMAÇÃO

Quatro Modelos de
Liberdade Política

3



Quatro modelos de liberdade política - Os Estados Unidos (p. 3) com professor Marcus Boeira.

SINOPSE

O que é ser livre no contexto norte-americano? Mais do que isso: quais ideias fundamentaram uma concepção particular? Nesta última aula do curso “Quatro modelos de liberdade política”, a história de Roma, Inglaterra, França e da Península Ibérica se entrelaçam para dar origem a uma nova noção de liberdade civil e política.

OBJETIVOS DE APRENDIZAGEM

Ao final desta aula, espera-se que você saiba: quais os três princípios motores das treze colônias norte-americanas; quais são os quatro postulados fundamentais; quais são os três tipos de iluminismo existentes e como colaboraram para constituição dos Estados Unidos; qual conceito de liberdade civil e política norte-americano.

INTRODUÇÃO

Hoje, teremos uma aula atinente à quarta forma de liberdade política. Até o momento, estudamos a liberdade no contexto anglo-saxônico, no desenvolvimento do *rule of law* inglês, a liberdade no contexto francês e, no encontro anterior, desenvolvimento a temática da liberdade política na tradição hispânica, no modo como a tradição lusitana, da qual somos herdeiros, recebeu, de alguma maneira, esse produto filosófico e cultural.

A título de parte final dessas quatro concepções de liberdade política, gostaria de desenvolver com vocês a liberdade política no contexto da civilização norte-americana. As suas bases, os seus elementos centrais, quais são as suas fontes constitucionais, e como estas acabaram, de alguma maneira, projetando um ideal de civilização que resultou na constituição americana de 1787.

A aula de hoje, no entanto, não é uma aula de direito constitucional, mas sim de filosofia da cultura, que resulta na constituição dos Estados Unidos, pois o que vou me propor a fazer aqui, antecipando que dividirei a aula em três partes, como sempre costumo fazer, é, no fundo, apresentar uma noção ampliada daquilo que foi fundamental para a constituição americana. Como os *founding fathers* receberam um produto filosófico que foi altamente submetido ao debate e ao diagnóstico, anterior ao período constitucional, e como esse período acabou, de alguma maneira, sintetizado no texto da constituição americana de 1787. Existe toda uma filosofia por trás da constituição americana. Por isso mesmo, vou desenvolver a minha aula em três partes.

Na primeira parte, vou tentar atacar alguns pontos centrais e noções gerais do que é a civilização americana relativamente à civilização inglesa. Qual foi a linha de continuidade entre os chamados *founding fathers* e aquilo que eles receberam do direito consuetudinário britânico. Essa seria uma primeira abordagem.

Uma segunda abordagem que vou me propor a fazer com vocês é a de tentar atacar as fontes primárias. Quais são os textos políticos e filosóficos que

preparam a constituição de 1787. Qual a importância das *fundamental orders*, qual a importância das declarações de direitos da Virgínia e de independência, e qual a importância, sobretudo, dos documentos federalistas dos *founding fathers*. Vamos atacar isso na segunda parte da aula.

Na última parte da aula, quero fazer um apanhado do desenvolvimento posterior do federalismo norte-americano. Como o desenvolvimento do federalismo e das estruturas municipais, provinciais e distritais no contexto americano, em outras palavras, como o poder dos estados e das cidades, nos Estados Unidos da América, é um elemento central ou são elementos centrais para a manutenção e conservação da liberdade civil e política na história dos Estados Unidos.

Esses são os pressupostos da nossa aula. Começemos pela primeira parte proposta

O LEGADO INGLÊS

A um brocado muito conhecido na literatura inglesa, e na anglo-saxônica em geral, uma espécie de sintonia fina, que aparece no pano de fundo da literatura de fala inglesa, segundo o qual os países de fala inglesa ainda continuam filhos dos britânicos, filhos do Reino Unido e, portanto, filhos da Inglaterra. Se observarmos, por exemplo, a quantidade de autores ingleses que são lidos nos *Colleges* americanos, pelos estudantes de primeira série e que estão iniciando os estudos em escolas de artes liberais Estados Unidos afora, perceberemos uma predominância dos autores de fala inglesa que são oriundos do contexto anglo-saxônico. A quantidade de literatos e de autores

ingleses que aparecem nas escolas de formação nos Estados Unidos, mas também no Canadá, na Austrália, na Nova Zelândia, em outras partes do mundo de fala inglesa, é uma coisa realmente notável. Tudo isso para dizer uma coisa que é bastante simples: no contexto da civilização anglo-saxônica, existe um ponto de unidade. Existe um elemento compartilhado. Existe um ponto de partida que serve, por assim dizer, de pano de fundo civilizatório para todos esses países. É claro que, há muitos séculos, se tentou estabelecer a mesma sintonia que existe no âmago da cultura literária no mundo da política, com a chamada *British Commonwealth*. Mas a *British Commonwealth*, que tem uma existência secular, por razões que dependem do modo como os Estados se organizaram nas relações internacionais, não conseguiu manter a unidade política da mesma maneira como a unidade na cultura sempre subsistiu por séculos de história. Se nós observarmos, portanto, no contexto das civilizações dos países de fala inglesa, vamos perceber que, de todos eles, aquele que manteve uma sintonia com a civilização inglesa, mas, ao mesmo tempo, criou as condições para o desenvolvimento um aspecto muito próprio e particularizado, historicamente falando, foi exatamente o contexto das treze colônias da América do Norte.

Os três princípios motores dos EUA

Os Estados Unidos ou o que nós, à época, poderíamos chamar de as treze colônias da América do Norte, é um tipo de civilização que tem três princípios motores centrais.

Uma continuidade britânica

O primeiro princípio é: os Estados Unidos são herdeiros de uma ordem, de uma concepção de ordem. Uma concepção de ordem que existia na civilização de *Common Law*, da civilização inglesa, mas que, no contexto americano, aparece sob um aspecto próprio e específico. É como se tivéssemos uma mesma ordem e uma mesma ideia da ordem, mas essa ideia recebesse aspectos particularizados desse mundo que é, exatamente, o mundo das treze colônias. Entre o velho e o novo mundo existem diferenças, mas existe uma sintonia fina que está no fundo desse desenvolvimento. Esse é um primeiro princípio motor. Uma concepção de ordem que, embora seja a mesma, ganha aspectos particulares no contexto norte-americano.

Um país fundado

Um segundo princípio motor. Os Estados Unidos da América constitui uma civilização que é, essencial e notadamente, republicana. A palavra republicano, aqui, não se refere a um partido político nem tampouco a uma ideologia política e nem mesmo a um sistema político, como se nós pudéssemos chamar isso de um regime de governo. A palavra republicano, aqui, tem uma noção que é muito semelhante àquela que os juristas romanos desenvolveram milênios atrás. República tomada como *res publica*, como uma coisa pública, como uma ordem que, desde o ponto de partida, se expande no tempo e no espaço. A Hannah Arendt, que é uma grande filósofa do século XX, em um livro importante dela que é o "*On revolution*", "Sobre a revolução", fala sobre a semelhança existente entre a civilização romana na Antiguidade e

a civilização norte-americana na Era Moderna. Existem apenas dois tipos de fundação na história do Ocidente. Dois tipos de civilizações que tiveram uma fundação. A fundação romana, que tem uma data específica, e a civilização norte-americana, que também tem uma data específica. Coisa curiosíssima. Todas as demais civilizações não tem uma data, do tipo 'a partir de hoje, nós começamos'. Uma noção que alia elementos metafísicos com elementos históricos, como se o *kairós* e o *Chronos* se dessem as mãos em algum momento. Então, a partir de agora, nós começamos e, a partir de agora, nós não temos fim. Essa ideia de um início, de um começo, de uma fundação que é consciente na mente dos agentes históricos e, ao mesmo tempo, projetiva para um horizonte de futuro sem fim, indeterminado. Os Estados Unidos da América são, portanto, um exemplo histórico de fundação. Um exemplo de uma fundação que foi pensada e refletida dentro deste aspecto.

Vamos sintetizar esses dois primeiros princípios antes de passar ao terceiro. O primeiro princípio é que os Estados Unidos possuem, com a Inglaterra, uma ideia compartilhada de ordem e, portanto, de continuidade. Uma noção que aparece ancorada mesmo na ideia de uma civilização que se expande para além-mar. Alguns escritores norte-americanos brincam que sua Chefe de Estado é a rainha da Inglaterra. De certo modo, é. Existe uma cultura que é análoga e semelhante. Esse é um primeiro princípio. Nós também vimos o segundo princípio, que é a ideia de uma fundação. Os Estados Unidos é um exemplo de fundação.

Um país pensado

Aqui entramos no terceiro princípio dessa primeira parte. O que é esse terceiro princípio? Os Estados Unidos tem uma fundação que foi pensada e testada pela inteligência e pela vontade de seus promotores. Ou seja, dizendo de um outro modo: os Estados Unidos da América é uma civilização que foi pensada, forjada. As instituições americanas não foram criadas de uma maneira aleatória. Acontece a Guerra dos Sete Dias entre França e Inglaterra para o domínio das treze colônias. Embora vença a guerra, a Inglaterra sai muito enfraquecida, sobretudo financeiramente. Por isso, precisa cobrar tributos das colônias. Os colonos não aceitam e empreendem uma guerra contra os colonizadores. Essa guerra contra os colonizadores resulta na independência americana. Só que vejam isso: a independência americana não foi uma coisa aleatória e acidental. Foi, antes, algo pensado por mentes que, absorvendo aquilo que era o produto filosófico mais bem acabado do continente e da ilha inglesa no mundo europeu, traduziram essa filosofia civil para o contexto próprio das treze colônias. Uma espécie de aliança entre aquilo que a civilização nos deixa de legado e o que será fundamental para que nós continuemos, ao nosso modo, esse produto que nós herdamos. O país Estados Unidos da América é um país pensado.

AS FONTES DA CIVILIZAÇÃO NORTE-AMERICANA

E como esse país foi pensado? Quais são as fontes que levaram a isso que nós conhecemos hoje como a civilização norte-americana? Aqui eu me dirijo a segunda parte da aula, que vai nos ocupar mais tempo.

As fundamental orders

Os Estados Unidos possuem uma história que posso expressar assim: a história dos Estados Unidos não é outra coisa senão o projeto de disputações filosóficas e políticas na sua fundação. Desde o início, desde o século XVII, algumas colônias da América do Norte já possuíam um intenso trabalho intelectual e reflexivo para a montagem de uma estrutura de poder político que, própria do território colonial, alinhava, justamente, essa filosofia da ordem que era herdada dos povos ingleses. Durante boa parte do século XVII, sobretudo na segunda metade, de 1650 até os 1700, tivemos, em várias colônias, a formação de documentos chamados, à época, de *fundamental orders*. Poderíamos traduzir isso como as ordens fundamentais ou as constituições locais dessas colônias. A primeira *fundamental order* é a *fundamental order* de Connecticut. É a primeira constituição colonial própria que estabelece um governo civil para a província de Connecticut, para aquela colônia específica.

Os quatro postulados filosóficos

Vocês podem me perguntar o que está atrás desses documentos das *fundamental orders*. Atrás das *fundamental orders*, existem quatro postulados filosóficos absolutamente fundamentais. Agora, vocês vão compreender por que coloquei a liberdade no contexto norte-americano para o fim, porque a deixei para a última aula. A razão é que, para o entendimento desses quatro postulados, vamos voltar para as três aulas anteriores.

O *translatio imperii*

Primeiro postulado filosófico-político que está presente nas *fundamental orders* é o princípio da *translatio imperii*, que estudamos na aula anterior. O princípio da *translatio imperii*, que é um instituto típico do período Escolástico e que foi desenvolvido na Escola de Salamanca, principalmente pelo Francisco de Vitória, pelo Domingo de Soto e, sobretudo, pelo Francisco Suárez, aponta que a origem do poder civil tem duas derivações. Uma derivação indireta e uma derivação direta. O poder civil deriva de Deus indiretamente, porque Deus dá o poder à comunidade civil, e o poder político deriva diretamente da comunidade civil, que, através de um pacto, constitui, com a autoridade, um conjunto de instituições para governar essa mesma comunidade. A origem divina e comunitária do poder civil. O poder civil tem duas origens. Uma, mediata, que é a divina, está presente na carta de São Paulo aos romanos, capítulo 13, verso 1 e seguintes, em que afirma claramente que toda autoridade política tem origem em Deus. Essa noção é a origem indireta, a origem mediata, porque a origem imediata está na comunidade civil, que é o conjunto dos habitantes de um lugar que, com a sua autoridade, fazem um pacto com limites estabelecidos, com limites ao poder civil bem constituídos, e, sobretudo, com os limites claros do direito natural. Da lei e do direito natural. O pacto civil é a expressão, é a simbolização dessa relação entre a comunidade e a autoridade. Princípio da *translatio imperii*.

Existe uma obra que vou recomendar vivamente para vocês, é a tese de um jurista chamado (20:18), de origem estônia. O título da obra é "La

Universidad de Salamanca e la constitución de los Estados Unidos". Ele mostra como a Escola de Salamanca esteve atrás das *fundamental orders* e, por sua vez, como as *fundamental orders* foram fundamentais para o texto da constituição americana de 1787. Nessa obra, o **Gonnet** fala claramente disso. Os autores das *fundamental orders* leram os autores da Escola de Salamanca, foram leitores do Suárez, do Vitória, etc.. De algum modo, a filosofia política dos *salmanticenses*, dos autores da Escola de Salamanca, estivera presente nesses primeiros documentos constitucionais das colônias norte-americanas. Essa é uma coisa curiosíssima, historicamente falando, inclusive, porque nós não temos, normalmente, essa sintonia de fontes primárias entre o mundo norte-americano e o mundo ibérico.

Comentário: isso tem ligação com o fato da constituição norte-americana ser escrita?

Sim, ajuda muito, ainda que a influência predominante esteja no terceiro desses postulados que nós vamos ver, que é a influência francesa de matriz iluminista. Mas, com certeza ajuda muito. O que é a constituição americana? É um pacto de sujeição, é um pacto *subsiones*. Ou seja, nesse pacto, todos os cidadãos se submetem à autoridade do governo civil e das instituições do governo civil não por uma razão utilitária, mas por uma razão de fim. É o bem comum que está em jogo. É o fim da comunidade política e civil que está em jogo. Essa sujeição se determina tanto para os cidadãos como, sobretudo, para os agentes públicos. Faz muito sentido. A constituição é um texto escrito que faz essa conjugação de efeitos de bens privados que se submetem ao crivo de um bem comum. O bem comum não é a soma dos bens

individuais. Esse é o ponto. Não é uma visão rousseuniana, mas uma visão suarista e tomista. O bem comum é o bem de todos naquilo que todos possuem compartilhadamente em comum. Nós retiramos os aspectos individuais e sobra a nossa noção de sociabilidade natural. Sociabilidade natural da pessoa humana. Onde que fica expresso essa sociabilidade natural da pessoa humana? Naquilo que compartilhamos, naqueles bens que são compartilhados por todos nós, que é o que Santo Tomás chama de bem comum. O bem comum é isso. Então, esse primeiro postulado é o *translatio imperii*, que é a influência do pensamento ibero-continental, sobretudo da Escola de Salamanca, e, portanto, da Escolástica como um todo, nas *fundamental orders*, que são as fontes proto-constitucionais dos Estados Unidos.

O Common Law norte-americano

Existe um segundo postulado que é fundamental para o desenvolvimento do direito constitucional norte-americano a partir das *fundamental orders*. Este postulado é o seguinte: o *Common Law* será adotado como a tradição jurídica própria dos Estados Unidos, mas com uma diferença. No contexto inglês, no contexto anglo-saxônico, o desenvolvimento do direito consuetudinário pressupõe uma força social dos proprietários de terra sobre a monarquia que acabou resultando numa diminuição das prerrogativas da monarquia, mas não no seu esfacelamento. A monarquia inglesa continua sendo um elemento fundamental para a continuidade do *Common Law*, como vimos nas aulas anteriores. Assim como o direito

consuetudinário, o direito inglês, o *Common Law*, mantém-se vivo e pujante pelo trabalho extraordinário dos tribunais na Inglaterra, tanto os tribunais reais quanto os tribunais de jurisdição civil e ordinária. No contexto norte-americano, o *Common Law* terá um ponto de partida e um elemento de garantia. O ponto de partida é o documento escrito. Pacto celebrado e estabelecido. No caso das *fundamental orders*, cada uma das colônias adota uma ordem própria e local para o seu governo civil, para a estrutura das suas instituições políticas. Mas, diferentemente do contexto inglês, no caso das treze colônias, porque começa a existir já, no período das *fundamental orders*, uma reação à monarquia, o desenvolvimento passa pela garantia que é dada pelos tribunais locais. Como se os tribunais locais, e não mais a monarquia, desempenhasse uma tarefa absolutamente fundamental para a garantia do direito comum. O *Common Law* recebe do direito escrito, das *fundamental orders* e do papel dos juizes locais, uma importância extraordinária, uma importância concreta no contexto de organização daquela sociedade. Vejam a coisa interessante que é típica do contexto norte-americano. O costume vale, os pactos celebrados entre os proprietários valem, os pactos celebrados entre os cidadãos locais têm uma validade efetiva, mas essa validade efetiva e a garantia da sua efetividade dependem das instituições locais. No contexto inglês, essa garantia foi conquistada pela força bruta e física dos proprietários contra o rei e contra os monarcas. Nós vimos o famoso caso do João Sem Terra. Aqui, no contexto norte-americano, essa garantia vai sendo dada pela produção e pela fundamentação não só do texto escrito, mas, sobretudo, das instituições locais e do judiciário local. A importância dos juizes no contexto

dessas colônias. Essa é uma segunda questão importante. Nos Estados Unidos, diferentemente do contexto inglês, o texto escrito e as instituições dão base para o costume. No mundo anglo-saxônico, de fala inglesa, como um todo, o *Common Law* precede as instituições e precede a atuação do judiciário. Aqui não, a atuação do judiciário e os *fundamental orders* são elementos anteriores e fundamentais para o desenvolvimento posterior do direito consuetudinário.

Tocamos no ponto: o direito escrito. De onde vem essa ideia de começar uma civilização pelos documentos escritos e pelas instituições? De onde vem isso? Isso, é aí está o terceiro postulado, é uma herança do iluminismo, do pensamento filosófico iluminista.

O pensamento iluminista

O pensamento filosófico iluminista tem pelo menos três vertentes no contexto europeu. O mais conhecido, que é o iluminismo francês, apresenta duas linhas muito claras. Uma linha revolucionária, à qual pertencem Voltaire, Rousseau e alguns outros autores como Diderot e D'Alembert, que tem uma visão segundo a qual o mundo e a realidade social precisam ser transformados por uma atuação engajada em certos princípios seculares e universais. Esses princípios formam os chamados direitos humanos universais inalienáveis e imprescritíveis, ideias inatas à razão universal, que sustenta esses direitos, que são entendidos como anteriores e superiores à qualquer ordem política. Essa é uma visão revolucionária. A outra linha, a outra visão, embora coincida com essa no plano filosófico, no plano político, tem uma vertente mais institucional que, digamos, é uma vertente que se apropria do produto filosófico dos direitos

humanos fundamentais, dos direitos individuais, do direito de propriedade, do direito à vida, das liberdades em todos os sentidos, mas parte de uma noção sobre a *res publica*, sobre a ordem civil, que torna esses direitos necessários se e somente se as instituições políticas possam não só promovê-los, mas como também garanti-los. Sejam instituições advindas por meio de um contrato social sejam instituições advindas pelo teste da história, pelo aspecto imemorial da história.

O iluminismo de Montesquieu

Aqui, entra a importância central de um autor chamado Charles de Secondat, mais conhecido como Barão de Montesquieu, que escreveu um livro chamado “O Espírito das Leis”. Esse livro, eu diria, é o mais importante de ciência política escrito no século XVIII. Por uma razão muito simples. Neste livro, Montesquieu condensa três linhas. O Montesquieu estava vivendo numa França absolutista e pensou um modelo alternativo ao Estado absoluto para tornar o Estado um Estado liberal. Esse era o grande projeto do Montesquieu. O que ele faz? Montesquieu visita a Inglaterra, vai à Londres, observa como as instituições políticas inglesas se comportam, como elas desempenham as suas funções. Ele fica maravilhado com aquilo, chega de viagem e pensa: ‘nós precisamos adaptar o modelo inglês, mas levando em consideração a antropologia e a sociologia da França, porque o modelo de *Common Law* inglês não dá certo na França. Então, precisamos adaptar. O que nós vamos fazer? Nós vamos encontrar um elemento central que possa catalisar todo modo de pensar as instituições políticas para o contexto da França. Nós vamos

adaptar aquelas liberdades civis e políticas que existem na Inglaterra ao contexto francês, mas respeitando aquilo que é próprio da nossa civilização francesa'. O que fez o Montesquieu? O Montesquieu fez o seguinte. 'Olha, na Inglaterra, existem três poderes. Existe a monarquia, existe o parlamento e existem os tribunais reais. O que os tribunais reais fazem? Os tribunais reais garantem a efetividade dos costumes, dos pactos que são, no fundo, costumes. O que a monarquia faz? A monarquia pode ir até onde os costumes existem, porque os pactos são mais relevantes do que o poder real. O que o parlamento pode fazer? O parlamento pode ir até onde o costume subsiste. Então, qual é o elemento central da civilização anglo-saxônica em termos político-jurídicos? O costume. No caso da França, o costume não daria certo. Então, o que nós vamos fazer? Vamos pegar a mesma estrutura, o mesmo esquadro institucional, mas vamos trabalhar com uma outra categoria que não é o costume. Essa categoria chama-se lei. Em vez do costume, vamos colocar a lei no lugar e nós vamos pensar todo Estado liberal de direito a partir da lei. A lei será o epicentro da ordem. Com a lei, o parlamento, que é o órgão de representação nacional, tem a legitimidade para, com a guarda do povo, e sendo, portanto, a *vox populi*, expressar a vontade do povo por meio da lei. O executivo, a ele, cabe administrar e executar a lei para as relações civis e internacionais. Ao judiciário, cabe apenas a "boca da lei". O judiciário é inativo, é nulo. O judiciário não faz nada. Ele apenas aplica a lei. Esse modelo do Montesquieu, que, vejam, acabou, mais tarde, na Declaração de 1789 e na Constituição da francesa de 1791, sendo o modelo adotado, será o modelo institucional adotado nas *fundamental orders*.

Os primeiros constitucionalistas norte-americanos lá nas *fundamental orders* vão receber o produto mais bem acabado desta literatura política e vão incorporar esse modelo institucional ao contexto das *fundamental orders*. Mais tarde, a constituição americana terá exatamente esta moldura. Três poderes harmônicos entre si. Isso vem da filosofia do Montesquieu.

O iluminismo de John Locke

Eu falei em três iluminismos. O primeiro é o francês. O segundo é o inglês, que é o iluminismo de matriz baseada na obra do John Locke.

O John Locke, que foi um grande teórico político à época, de matriz iluminista, terá uma noção contratualista sobre a fundação da sociedade. Para o Locke, o contratualismo existe para reservar e resguardar três direitos inalienáveis que vem com o ser humano desde o estado de natureza. É o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à propriedade. Esses três são os direitos inalienáveis que estão presentes no texto da *fundamental order* de Connecticut e que, mais tarde, estará, também, nos textos da Declaração de Direitos da Virgínia, da Declaração de Independência e, sobretudo, na Constituição dos Estados Unidos. Da onde isso vem? Isso vem da matriz contratualista do iluminismo inglês, sobretudo da matriz apresentada pelo John Locke. Ele afirma claramente 'o Estado civil terá de ser um estado cujos poderes sejam divididos'. Só que, diferentemente do Montesquieu, o Locke falou em dois poderes apenas. O poder executivo e o poder legislativo.

Essa matriz iluminista não apresenta, para nós, um iluminismo, mas muitos iluminismos. Depende de quem e da onde você está falando. As linhas

contratualistas também foram comuns na França, com Rousseau e outros autores. No contexto anglo-saxônico, o contratualismo foi, em comparação com esses, mais relevante para o desenvolvimento da civilização americana do que a matriz do Rousseau, por exemplo, que tem uma influência menor a do Locke e a do Montesquieu nos Estados Unidos.

Comentário: eu posso dizer que na França, na verdade, a gente tem a lei sendo usada como uma forma para transformar os costumes, porque tínhamos aquele modelo estatal rígido e quando essa ideia migra para os Estados Unidos, não vem para transformar o costume, mas para estabelecer um costume que, de uma certa maneira, já existia. Então, ela perde o caráter revolucionário?

Perde. Montesquieu deixa claro isso neste livro. A lei existe mais para regular as relações entre as instituições e as relações entre o público e o privado, desde um ponto de vista formal, do que propriamente institucionalizar costumes. Neste contexto montesquiano. A lei tem uma limitação natural muito restritiva, que é o que diferencia as monarquias, digamos assim, baseadas na liberdade dos sistemas despóticos. O que diferencia é a o modo como a lei civil pode entrar nos assuntos humanos, porque se a lei civil não entrar nos assuntos humanos e respeitar as liberdades humanas, a tendência é que esta lei civil seja uma projeção, cada vez maior e cada vez mais segura, da lei natural. A lei civil é derivada da lei natural e, porque é derivada da lei natural, respeita a liberdade humana. Ela lida de uma maneira razoável com os bens humanos básicos, com aqueles princípios que fundamentam a nossa vida, que são os princípios da razão prática, que são os princípios do direito natural e da lei natural. O Montesquieu abre o livro

dizendo isso, inclusive. Só que, para ele, a noção do costume está mais presente no âmbito do privado e no âmbito daquilo que é a matéria do direito privado. Se eu quero fazer um contrato contigo, nós vamos contrato por qualquer coisa, o que vale? A forma do contrato. O bem que o contrato está querendo resguardar, isso é um problema nosso.

Comentário: quanto tu estava explicando, tu falou 'mas na França não poderia ser pelo costume'. Eu entendi que o costume talvez tivesse um tipo de deturpação que não pudesse advir daí, e aí a lei viria tentar estabelecer esse novo sistema.

Corrigir. A visão do Montesquieu, que é uma visão francesa sobretudo, é sempre de oposição ao absolutismo. O que acontecia nesse momento? Um Estado absoluto instaurado. Esse Estado absoluto instaurado criava uma patologia no modo como o Estado e a sociedade se relacionavam. Patologias bastante específicas. Por exemplo, questões de territorialidade. Quem é soberano nesse território, a dinastia ou o rei? Coisas desse tipo. Para por fim a isso, você restaura o *status quo ante*, e essa restauração do *status quo ante* é precisamente a preservação do costume. Nós preservamos a nossa liberdade, porque nós preservamos, na esfera privada, a possibilidade de determinar o costume e não ser determinado por ele. Então, a lei desempenha uma função mais procedimental do que propriamente material. Isso será muito diferente no Estado social, por exemplo, que a lei é mais substancial, ela persegue a igualdade material. Aqui não, aqui é a igualdade formal. Todos são iguais perante a lei. Sem distinções. Esse é o esquadro de fundo que está presente na

visão do Montesquieu e de parte do iluminismo francês, e que também é compartilhada pelo iluminismo inglês de Locke e outros.

O iluminismo escocês

Existe um terceiro iluminismo, que é normalmente esquecido, que é o iluminismo escocês cujo maior nome chama-se Adam Smith. Qual a importância que o Adam Smith traz, sobretudo para o desenvolvimento da liberdade, no contexto das colônias norte-americanas?

Eu diria, a importância pode parecer pequena, mas, no fundo, é fundamental. O Adam Smith traz uma noção muito clara: existe uma gradação no modo de compreensão e de autocompreensão dos seres humanos na comunidade civil e política. Mais tarde, a chamada Doutrina Social da Igreja Católica fará algo semelhante a isso, com o chamado princípio da subsidiariedade.

Qual é a ideia motriz aqui dentro?

A ideia motriz é a seguinte: a família desempenha uma função central nos sentimentos morais, mas a família não é suficiente para os sentimentos morais e, portanto, para a moralidade dos seres humanos.

É fundamental um segundo nível, que é um nível chamado livre comércio. As pessoas precisam ter liberdade econômica para comerciar, para determinar o valor, de modo subjetivo, dos produtos e bens escassos que são submetidos ao jogo econômico. O valor subjetivo, por sua vez, determina as condições que os objetos e os bens readquirem em relações mais amplas. Por exemplo: eu vou vender algo para você e determino o valor. Você compra por

um ato voluntário. Compra e venda constituem dimensões altamente significativas para os seres humanos, porque desempenham como que o espaço secundário onde as relações morais, onde os sentimentos morais, e o plano da intencionalidade, no fundo dos sentimentos e das virtudes morais, será catalisado no primeiro momento.

Só que existe um terceiro nível ainda mais fundamental, que é o nível da pólis, o nível das instituições políticas. O nível das instituições políticas tem uma primeira missão. A primeira missão é: não acabar com o segundo nível. E, para não acabar com o segundo nível, esse primeiro tem que também ter uma consideração de completa abstenção sobre o terceiro. De modo que um governo civil e político limitado por instituições que se refreiam reciprocamente é algo indispensável para o desenvolvimento da liberdade em todos os sentidos. A liberdade no âmbito privado, a liberdade no âmbito econômico e a liberdade no âmbito público. Como se essas dimensões tivessem cada qual uma intersecção e uma relação de fundamentação entre elas. Como se a política sustentasse a economia e a economia sustentasse a família e vice-versa. A família sustentasse a economia e a economia sustentasse a política. E, dependendo do modo como as instituições políticas são organizadas, pode-se viciar todas as outras dimensões.

Essa matriz que está presente no iluminismo escocês, principalmente na teoria dos sentimentos morais e nas *lectures on jurisprudence* do Adam Smith, que é a sua obra sobre teoria e filosofia do direito, acabou repercutindo, de maneira substantiva, no plano de fundamentação constitucional das *fundamental orders* e, sobretudo, da constituição americana, mais tarde.

Adam Smith está atrás dos Estados Unidos, também. Esse é um terceiro postulado que nós temos. Ou seja, das fontes, nós temos: *translatio imperii*, a questão do *Common Law* e temos, no terceiro pano de fundo, a matriz iluminista por trás das *fundamental orders*. As três modalidades de iluminismo. O francês, o inglês e o escocês. Então, o primeiro postulado é a *translatio imperii*, a matriz da Escola de Salamanca, a filosofia civil e política da Escola de Salamanca; segundo postulado é a matriz do *Common Law*, a tradição inglesa do direito consuetudinário; o terceiro postulado é a matriz iluminista.

Existe um quarto postulado. O quarto postulado, que é, no fundo, uma somatória, um diagnóstico das três anteriores, acaba na produção normativa e intelectual das primeiras fontes constitucionais do direito constitucional norte-americano, que são, respectivamente, as seguintes: primeira, as *fundamental orders*, principalmente a *fundamental order* de Connecticut. Segunda: Declaração de Direitos da Virgínia cuja data é de dias anteriores à Declaração de Independência, que é a terceira. Declaração de Direitos da Virgínia é de junho de 1786. Depois, temos, simultaneamente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776.

Aqui, nós temos um quarto documento anterior à Constituição que é de indispensável relevância, que são os *federalist papers*. O pessoal traduz para artigos federalistas. No fundo, não é só um conjunto de artigos. É mais do que isso. O que são os *federalist papers*? Os *federalist papers* constituem um verdadeiro manancial de ciência política e filosofia política, porque ali estão sintetizados os motivos e as razões através das quais os constituintes de 1787

fizeram a constituição, com o texto tal como está, levando em consideração esses motivos e essas razões que estão nos *federalist papers*. É como se a constituição americana fosse um espelho da sociedade americana, mas, atrás desse espelho, há todo um *background* reflexivo. Ou seja, cada um dos temas que estão na constituição americana foi objeto de debates, muitas vezes intermináveis, entre os autores dos *federalist papers*. Madison, Jay, Jefferson, Alexander Hamilton, Franklin, Adams e etc.. Os chamados *founding fathers*, os pais fundadores dos Estados Unidos. Se vocês fizerem a experiência de ler os *federalist papers*, eu posso garantir a vocês que terão muitas aulas de ciência política, porque esclarecem pontos que, na obra do Montesquieu, na obra do Locke, na obra do Suárez, na obra do Vitória, na obra do Santo Tomás e na obra de outros autores, desde a Escolástica até o período dos inícios do liberalismo, não tivesse um tamanho projeto reflexivo com argumentos contrapostos, com debate de verdade, com as questões indo até as últimas consequências. Temas como: o poder legislativo e a sua natureza; o poder executivo; o presidencialismo; a forma republicana de governo; a estrutura federal; o porquê não somos uma monarquia; o porquê o direito de propriedade é um direito inalienável; quais são as liberdades fundamentais; o porquê o direito ao porte de armas é um direito tão importante e relevante. Temas como esses e outros são ali retratados de uma maneira rigorosa e altamente reflexiva. Nessa ordem de considerações, podemos selecionar quatro pontos que ali são importantes para a constituição americana. Quatro pontos.

Primeiro ponto: os Estados Unidos jamais será uma monarquia. Os Estados Unidos precisa de um sistema político que coloque amplos poderes no Congresso, mas também coloque amplos poderes no presidente, para que seja mais fácil de controlar. Palavras do Madison: é mais fácil controlar um do que controlar muitos. Se o presidente faz bobagem e passa os limites do pacto, é mais fácil de tirá-lo. Exemplos históricos não faltam, como o caso do Nixon. Há exemplos aos montes nos Estados Unidos de presidentes que foram submetidos ao crivo rigoroso da opinião pública, durante a história. Então, os Estados Unidos da América tem um modelo político que começa por colocar sobre o presidente um conjunto razoável de atribuições para que seja mais possível controlá-lo do que controlar aos muitos do congresso. O Congresso americano será como que uma projeção daquilo que o senado romano era, mas com feições modernas. O senado será um órgão político de controle sobre o poder executivo. Veja que é uma visão que está distante do Montesquieu, onde o presidente é um executor da lei. O executivo é um executor da lei, quem manda mesmo é o parlamento, no modelo do Montesquieu. No modelo inglês, nem se fala. Parlamento é só *sovereign of parliament*. Soberania do Parlamento. No caso americano, não. O presidente tem muitas atribuições, porque é mais fácil controlá-lo. Se ele escorregar, nós o retiramos do poder. Os Estados Unidos jamais será uma monarquia. Os Estados Unidos é uma República com presidencialismo.

Segundo lugar. Os Estados Unidos é uma federação, que começa confederada e termina federada. Esse foi alvo de debates e esse foi o grande tema dentre todos. Qual o tema mais importante do direito constitucional

americano? Resposta: federalismo. Por que o federalismo é o elemento central, a coluna vertebral dos Estados Unidos? Porque, no federalismo, você decide quem manda no que. Você organiza, territorialmente, quem faz o que e quem não pode fazer o que. No modelo federal americano, as colônias precedem a união, modo pelo qual o poder local tem mais força do que o poder central. Isso explica muita coisa. A maior parte das decisões sobre questões de bairro ou de cidades pequenas, obviamente, nos Estados Unidos, são decididas ou nas igrejas ou nos colégios. Vai todo mundo para o colégio, decide lá e a questão está posta. É uma república, porque tem na coisa pública o senso da ordem, mas é uma república federal, porque o governo local manda mais do que o governo central. De modo que, na prática, o governo americano é dividido da maneira em que o presidente da república é como se fosse um Chefe de Estado e os locais, o governador, hoje em dia, na época, eram os chefes da colônia, desempenham a função de Chefia de Governo. O governador, nos Estados Unidos, é o Chefe de Governo e o presidente é o Chefe de Estado. Por que isso acontece? Por que isso acabou assim? Isso é assim porque lá nos *federalist papers* o projeto de confederação e, mais tarde, de federação, era precisamente este. A união não é uma união porque catalisa e forma os Estados. É o contrário. Ela é o ponto comum de encontro entre poderes locais diferentes entre si. A Suprema Corte Americana, durante todo século XX, decidiu muitos casos, alguns bem emblemáticos, sobre a competência dos Estados e a competência da União, o que cada um pode, até onde vai poder dos Estados e até onde vai o poder da União. Por que decidiu? Porque os *federalist papers* não deixaram claro alguns pontos. Eles não

poderiam deixar evidentemente. Afinal de contas, estavam lá no século XVIII, como iriam projetar o século XX com todas as suas questões, com todos os seus problemas, etc.. O federalismo é uma segunda questão que eu diria central no modelo norte-americano.

Vimos aqui: uma república presidencialista. Segunda questão central: federalismo.

Terceiro ponto central. Os Estados Unidos constituem uma civilização fundada sobre direitos inalienáveis, direitos invioláveis, direitos imprescritíveis que acompanharão toda vida desta civilização. Os textos da Declaração de Direitos da Virgínia e da Declaração de Independência iniciam, já nos dois primeiros artigos, com a tábula dos direitos inalienáveis. Atrás dos direitos inalienáveis existe a remissão à figura divina. Deus na fundação dos Estados Unidos. O que isso nos traz? Traz a absorção de uma visão que é em parte iluminista, em parte jusnaturalista. O direito natural está presente no horizonte dos fundadores norte-americanos, como uma base constitutiva e central.

Quarto ponto dessa segunda parte. Os Estados Unidos, que se dividem em três poderes, tem um poder que é o garantidor de todas essas coisas. O poder judiciário. O poder judiciário está autorizado a invalidar leis e atos normativos se ferirem a constituição. O poder judiciário está autorizado a decidir questões relevantes no contexto local e no contexto nacional, dependendo de qual for o âmbito federativo correspondente. O poder judiciário está autorizado a, sob o pretexto de garantir os direitos individuais, invalidar políticas públicas e até, eventualmente, colocar presidentes,

governadores e agentes públicos atrás das grades. O poder judiciário garante o *Common Law* por meio do *Rule of Law*. O *Rule of Law*, o império do direito, é a garantia para o direito consuetudinário. É como se nós tivéssemos uma noção ideal de ordem, o *nomos* da terra, a ordem fundamental da qual parte a civilização e instituições, das instituições para as leis e os atos normativos e das leis e dos atos normativos para a garantia dos direitos. Quem faz a ponte de um lado para o outro? Quem faz essa ponte é o poder judiciário. Qual é o princípio fundamental do poder judiciário nos Estados Unidos? No nosso contexto continental, *Civil Law*, contexto de tradição romano-germânica, da qual já falamos, onde a lei é o elemento central, o princípio fundamental é o princípio da legalidade. No nosso caso, porque aqui a lei é mais fundamental do que tudo. Lá nos Estados Unidos, porque os juízes têm uma importância imprescindível para o *Rule of Law* e para o *Common Law*, existe um outro princípio, que é o que faz essa transição do *Rule of Law* para a ordem e da ordem para o *Rule of Law*. O nome desse princípio é o *due process of law*. Nós vamos traduzir isso como devido processo do direito e não devido processo legal, que é um erro. O constituinte brasileiro colocou o princípio do devido processo legal, mas isso nada tem a ver com o *due process of law*. O que limita o juiz no contexto norteamericano? O que limita o juiz no contexto americano é a constituição, as leis e estatutos, o costume e as práticas sociais, mas, fundamentalmente, o princípio procedimental do direito. O juiz não pode ir além da sua competência. Se eu sou um juiz estadual, eu aplico o direito estadual. Se eu sou um juiz federal, eu aplico o direito federal. Se eu sou um juiz da Suprema Corte, eu só posso interpretar a constituição. São limites procedimentais. E como nos

Estados Unidos o parâmetro não é só a lei, mas é um parâmetro mais alargado, o juiz tem dever de razoabilidade prática. Isto é, de um sopesamento de todas essas fontes para decidir as questões com base no direito. O direito aqui tomado desde um ponto de vista mais amplo, que não é só a lei, e não é só a constituição e não é só costume, e não são só as instituições, não é só o *rule of law*, nem só os procedimentos, mas é tudo isso ao mesmo tempo. Esse sopesamento que o juiz deve fazer em relação à realidade do caso que analisa é o que os americanos chamam de razoabilidade prática. Essa razoabilidade prática é uma relação constitutiva do juízo com a práxis. Essa relação do juízo com a prática, que é feita por uma quantidade extraordinária de fontes, que eu disse a vocês, obriga o juiz de uma maneira considerável, porque ele não pode sair da linha. Se ele sair da linha, está submetido a ter, ali na frente, uma reversão da sua decisão, que é o que os americanos chamam de *judicial review*. A reversibilidade da decisão anterior, porque não considerou um ou outro ponto. Então, o espaço para o arbítrio judicial é bem menor, porque não tem só um parâmetro legal, tem um parâmetro que é mais ampliado. São muitas as fontes. Por isso que o direito, nos Estados Unidos, é uma coisa séria. E é até hoje. Claro, hoje existem outros aspectos que lamentavelmente estão levando o direito americano ao seu esfacelamento. Globalismo e todas essas posturas que nós temos assistido. Até bem pouco tempo atrás, até quatro décadas, até os anos 1960, sendo mais claro, os Estados Unidos ainda mantinham, de maneira muito radical e forte, essa forma de entender as suas fontes constitucionais.

Tudo isso resulta na última parte da nossa aula, que é exatamente a constituição dos Estados Unidos de 1787. A constituição americana é um texto sintético que apresenta poucos artigos e poucas emendas, vocês podem pegar depois na internet, está a disposição. Vocês vão ver, na Constituição americana, uma síntese de tudo isso que nós falamos. Uma síntese do modelo político adotado, da sociologia que está presente naquele contexto.

Vocês veem que, mais tarde, no século XIX, um sociólogo de origem francesa escreveu talvez o livro mais importante de sociologia do século XIX, que é um retrato dos Estados Unidos da América. Este sociólogo francês é o Alexis de Tocqueville, que fez esse retrato num livro chamado “Democracia na América”, que eu sugiro vivamente para vocês também. Na “Democracia da América”, há uma sociologia, uma análise da sociedade americana, que é profundamente arraigada em todos esses princípios que eu elucidei aqui nesta aula. O modo de vida americano. O princípio do qual a sociedade americana parte e por que a sociedade americana não é, diferentemente da inglesa, uma sociedade estratificada por posições sociais, mas é o contrário. É uma sociedade que tem como ponto de partida, Tocqueville fala isso no “Democracia na América”, uma sociedade radicada no princípio da igualdade de condições. Coisa extraordinária. Todo esse aparato institucional só serve para garantir a igualdade de condições. Toda ideia de liberdade, nos Estados Unidos, está condicionada à igualdade de condições. O que é a igualdade de condições? É a igualdade perante o direito. O direito constitucional que deve ser interpretado à luz das suas fontes anteriores: *federalist papers*, declarações de direitos e *fundamental orders*.

PERGUNTAS

- 1) Nos Estados Unidos, eles conseguem fugir de uma certa hipertrofia do judiciário, porque a constituição não é axiológica, mas os artigos em si já trazem um axioma anterior que está expresso de uma maneira muito sintética e explícita. Isso impede que haja um processo de hipertrofia?

Até a década de 1960, era normal que os juízes, nos Estados Unidos, fizessem uma releitura do *federalist papers*. Interpretar a constituição é uma responsabilidade imensa. O juiz está se valendo, de alguma maneira, de uma função, que é a função jurisdicional, para ser a boca da ordem. É como se o juiz estivesse expressando a ordem fundamental. É quase papel autodivinizatório. O juiz está falando em nome da civilização norte-americana. Ao falar da constituição, o juiz fala em nome de toda essa civilização. É de uma responsabilidade impressionante. O juiz lida com princípios que são sensíveis. Então, qual é a melhor maneira de fazê-lo? A melhor maneira de fazê-lo é interpretá-lo à luz dos seus conceptores.

O que passou a acontecer a partir da década de 1970? O chamado movimento do ativismo judicial. O Brasil é tão vira-lata que acabou recebendo isso no final dos anos 1990. O ativismo judicial, aqui, é um fenômeno muito recente. Tem vinte anos. Eu não gosto de falar em causa própria, mas tem um artigo que escrevi no "Mídia sem máscara" em 2008, acho, cujo título era "A

judicialização da política e os riscos do ativismo judicial”. Naquele artigo, eu explicito exatamente isso. O movimento revolucionário do Brasil, daqui a dez anos, vai estar dando louros ao Montesquieu e é exatamente isso que está acontecendo. Por isso que eles defendem tanto o poder do Supremo, o poder da interpretação constitucional, a interpretação extensiva da constituição, porque atrofiaram o modelo. Esse processo de atrofiar a interpretação constitucional começou nos Estados Unidos na década 1970 e isso vem se perpetuando cada vez mais. Até chegarmos no movimento dos juristas chamados realistas, empiristas, que, no fundo, acabou na *jurisprudence*, que é a teoria do direito que nós temos hoje. Sobretudo de autores como John Rawls e, principalmente, Ronald Dworkin. Dworkin, hoje falecido, foi e é o grande cérebro por trás do ativismo judicial nos tempos recentes. Agora, isso é um fenômeno atual. Essa coisa de interpretar a constituição com a minha cabeça e esquecer o que os outros disseram.

2) Eles também estão passando pelo processo de insegurança jurídica que se vive aqui?

De certo modo, porque você tinha questões centrais ali naquele momento. Por exemplo, a questão das competências federativas para decidir casos de racismo e etc., questões sensíveis, que você precisa da interpretação constitucional para tomar essas decisões. Até tinham decisões anteriores, lá da década de 1930 na Suprema Corte, mas que precisavam agora de uma reversão dadas as condições da sociedade e, sobretudo, no sul dos Estados Unidos. Questões sociais que exigiram uma postura da Suprema Corte mais ativa e que uma resposta na filosofia dos *founding fathers* já não era mais

capaz de dar. Era necessário entender as circunstâncias do momento histórico. Então, o ativismo foi, primeiro, uma demanda histórica, mas que, num período posterior, resultou numa espécie de deterioração semântica das normas constitucionais. Isso vem numa crescente. Isso sem contar em todo lado político do globalismo, da influência democrata na Suprema Corte, do progressismo ideológico. Tudo isso é evidente. Nós sabemos que existe. Estou tentando fazer uma análise mais formal sem entrar nessas nuances.

3) Uma vez ouvi que havia uma diferença entre democracia e sistema representativo.

Em que sentido? Vou tentar responder de maneira mais ampla, de repente está aqui dentro. Os Estados Unidos é um país mais democrático ou mais republicano? Resposta: mais republicano. Por quê? Porque a democracia, nos Estados Unidos, como Tocqueville bem falou, é um fenômeno social antes que político. Ou seja, o que é mais relevante: a regra da maioria ou a participação de todos? A participação de todos. Só que a participação de todos é um fenômeno voluntário, por isso que o voto é facultativo. Ou seja, antes da liberdade política, tem a liberdade civil. Antes da comunidade política, tem a comunidade civil, que é aquela com quem o governo civil fez o pacto. Então, a liberdade de votar e ser votado é um direito inalienável. E este direito inalienável persiste, a despeito do sistema político. Se fossemos para a ciência política, diríamos que a república é um regime de governo, a democracia é um regime político. Tem uma diferença conceitual. Ok. Mas, no caso americano, essas diferenças conceituais cedem para uma resposta mais profunda, que está no campo da sociologia e, sobretudo, no campo da filosofia política, onde

a república é tomada como a extensão da ordem na história. E a democracia é tomada como o vínculo da comunidade civil com a comunidade política. Da comunidade pré-pacto com a comunidade pós-pacto. Com a comunidade pré-constitucional com a comunidade pós-constitucional. Só que esse vínculo só existe dentro de uma noção interior de ordem e essa noção anterior de ordem é a *res publica* que dá, é a noção romana de ampliação da *auctoritas* no tempo e no espaço. Isso se manifesta na arquitetura de Washington. Se você olhar a cidade de Washington de cima, você vai ver uma cópia da república romana. Fazem esse exercício e vejam no google. É uma coisa curiosíssima. A disposição do senado e dos foros imperiais e do local onde cônsules e, mais tarde, o imperador, no caso, habitavam, no caso do desenho da cidade de Washington, está exatamente equidistante. Vocês vão ver claramente isso. É uma coisa curiosíssima. Porque é uma tentativa nova de estabelecer uma civilização aqui, agora, na modernidade. Uma civilização que se estende no tempo e no espaço. Uma *auctoritas* no mesmo sentido romano, mas com todas as riquezas e heranças que a escolástica e o liberalismo legaram para o homem moderno.

4) A respeito *translatio imperii*, que eu sei que já houve aula pregressa sobre isso, mas como a gente sabe que, de fato eles leram, existe alguma ideia. Como essa visão de Salamanca, eu também queria que você falasse os autores principais, e como essa visão foi parar lá, tem alguma hipótese?

O **Gonnet**, nesse livro que eu indiquei para vocês, mostra como os redatores de algumas das *fundamental orders*, como a de Connecticut, que é

a mais importante, foram leitores sobretudo do Francisco Suárez e do Francisco de Vitória. Como eles chegaram do outro lado do Atlântico, eu sinceramente não sei. Para mim, é uma incógnita. Eu tenho uma hipótese, mas essa hipótese não tem prova. Eu não quero puxar a sardinha para o meu lado, mas minha hipótese é que isso foi obra dos jesuítas. Os jesuítas que chegaram em missões na América do Norte levaram consigo essas obras. Faz muito sentido, mas eu não tenho prova disso. Então, os jesuítas chegaram em Maryland, isso tem provas. Mais tarde, na biblioteca do Franklin e do Adams, tinha exemplares do *De Legibus*. Isso aí é assentado nas fontes históricas. Agora, como isso chegou em Connecticut, para mim, é um mistério. Nós sabemos que está lá essa filosofia e que tinha isso, mas nós não sabemos em que medida isso foi consciente nos *founding fathers*. Talvez não fosse. Fosse uma coisa meio indireta no *federalist papers*, mas, nos *fundamental orders*, isso aí o **Gonnet** mostra com clareza, que Suárez e Vitória, sobretudo esses dois, estiveram presentes. Que são os principais, junto com Domingo de Soto, eu diria. São os mais importantes.

5) Quando você estava fazendo a introdução para a aula, entrou na primeira parte, eu fiz uma ligação, na minha leitura, do Churchill, no último chamado para a guerra, chamando os Estados Unidos. Você falou do pano de fundo, que até colocou o exemplo do Chefe de Estado estar na Inglaterra, está certo?

Absolutamente. É exatamente isso. Perfeito o exemplo. É isso mesmo. Quando o Churchill faz o discurso no parlamento pedindo aos Estados Unidos que entrasse junto na guerra, eles entraram depois, o que ele estava fazendo?

Ele não estava pedindo para os Estados Unidos proteger a Inglaterra. Ele estava reivindicando uma coisa muito mais importante, que era a condição de possibilidade da civilização ocidental, porque se os Estados Unidos não entrasse na guerra, seria muito arriscado nós não estarmos aqui hoje. Nós todos aqui nessa sala. Aquilo ali salvou a civilização ocidental. Por quê? Porque ele, ao solicitar a presença dos Estados Unidos, não estava solicitando a presença de um país com o outro, não. Ele estava solicitando que uma parte de uma civilização também defendesse, junto com outra parte, essa mesma civilização. É isso que estava em jogo. É a defesa dos nossos valores mais caros. Quando a gente a gente fala liberdade, usamos a expressão desde um ponto de vista muito mais amplo, com significados muito mais exigentes que não são só os econômicos, os significados políticos, os significados morais, os significados estéticos, os significados científicos ou os significados religiosos, mas é tudo isso numa conjuntura. É como se o termo liberdade fosse uma plataforma que ancorasse todas essas coisas. E nós podemos dizer com clareza: quais são os dois princípios da civilização Ocidental? Ordem e liberdade. Esses são os dois grandes princípios evidentes na nossa civilização. Porque um não existe sem o outro.

6) Num dado momento, você disse que o John Locke falava de poder legislativo e poder executivo e Montesquieu destes dois mais o poder judiciário. Para mim, não sei se tem como responder isso, mas porque um enxergava o judiciário e o outro, assim, na minha leitura, não deu a mínima?

É que, no Montesquieu, o judiciário tem uma importância principal. Só que, ao mesmo tempo, nula em comparação com os outros dois, porque ele não cria nada, ele não tem arbítrio para nada, ele apenas aplica a lei. Ele é um executor da lei nos casos particulares. Teve um conflito entre particulares. O que o judiciário faz? Aplica a lei. Esse é o modelo do Montesquieu. E se não tiver lei para prever o caso? Então, o judiciário não faz nada. Ele não decide. Ele é o boca da lei porque ele é nulo. É um poder que não aparece. O Montesquieu fala isso no livro 11º no capítulo 6º cujo título é "Da Constituição da Inglaterra". Porque ele coloca esse título e fala isso? Porque, no caso inglês, o juiz também não cria o direito. O juiz aplica o pacto e, portanto, garante a perpetuidade do costume. Só assim ele garante o *Common Law* e só assim ele garante a Constituição inglesa. O que é a Constituição inglesa, é um texto escrito? Não. A Constituição inglesa é a própria história da Inglaterra. E quem é que garante a permanência dessa história? O juiz. Só que, no caso da França, não é assim. Tem uma outra coisa que expressa a ordem. O nome dessa coisa é lei. Então, o juiz não pode criar a lei. Ele tem que aplicá-la. Se ele criar a lei, nós viveremos o arbítrio, não estaremos mais diante de um Estado de Direito, um Estado liberal. O outro caso é o contrário. O juiz, nos Estados Unidos, precisa, ao mesmo tempo, garantir o costume e a história, mas também precisa aplicar a lei. Então, ele tem uma importância que é decisiva e, de certo modo, ele tem uma elasticidade nas suas funções. E essa elasticidade é que vai dar o tom do direito norte-americano, que é um direito que herda um bocado da França, Montesquieu, e herda um bocado da Inglaterra. É como se esses dois países tivessem atrás do modelo constitucional norte-americano.

7) O ativismo judicial seria um bom senso com fundamento partindo de si mesmo e o que não é ativismo judicial, que seria a razoabilidade, seria com todos esses fundamentos?

Isso, exatamente. A razoabilidade prática é você levar em consideração essas exigências anteriores, que são essas fontes todas. Eu só vou decidir com isso. O ativismo judicial prescinde disso e aplica como está na sua cabeça. O juiz interpreta do seu jeito. Que é o que o Supremo Tribunal Federal só faz hoje, ele só faz isso. A gente poderia rasgar a constituição, pois ela não vale nada. O que vale é a cabeça do Ministro do Supremo. Que, diga-se de passagem, está cheio de intenções que veio de uma agenda que está acima dele e acima do nosso país. Agenda "global".