

O DIREITO E A INEXORABILIDADE DA POLÍTICA

LAW AND THE INEXORABILITY OF POLITICS

EL DERECHO Y LA INEXORABILIDAD DE LA POLÍTICA

Bruno Irion Coletto^{*}
Pedro da Silva Moreira^{**}

1 Introdução. 2 A negação da política e da comunidade: positivismo e “neoconstitucionalismo”. 2.1 O positivismo jurídico. 2.2 Neoconstitucionalismo. 3 O resgate da política e a preservação do direito. 3.1 A relevância da preocupação com o justo político. 3.2 As virtudes e as instituições que informam o justo político. 4 Conclusão. Referências.

RESUMO

Contextualização: O artigo examina as relações entre direito e política a partir do pensamento de Luis Fernando Barzotto, especialmente de sua crítica ao positivismo jurídico e ao neoconstitucionalismo. O estudo parte da premissa de que a política constitui dimensão inexorável da vida comunitária assim como constitui condição necessária para a determinação institucional do justo.

Objetivo: Investigar em que medida determinadas concepções contemporâneas do direito contribuem para ocultar a dimensão política das decisões jurídicas, bem como analisar a possibilidade de resgatar a noção clássica de “justiça política” como fundamento da autoridade do direito positivo.

Método: A pesquisa utiliza método analítico e reconstrutivo, mediante revisão bibliográfica e interpretação crítica de autores da filosofia do direito e da filosofia política, com destaque para Hans Kelsen, Carl Schmitt, Ronald Dworkin, Robert Alexy e Luis Fernando Barzotto.

Resultados: O estudo sustenta que o neoconstitucionalismo promove uma despolitização do direito ao substituir disputas institucionais e deliberativas por uma pretensa

^{*} Pós-doutor, Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Política pela The New School for Social Research (NSSR). Gramado, RS, BR. E-mail: coletto.bruno@gmail.com. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-9720-7013

^{**} Doutor em Filosofia do Direito pela Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor Adjunto de Direito Constitucional na Universidade Estadual de Maringá (UEM). Maringá, PR, BR. E-mail: psmoreira@gmail.com. https://orcid.org/0000-0002-7211-5558



racionalidade principiológica exercida pelos tribunais. Argumenta-se, ainda, que o positivismo kelseniano, apesar de suas insuficiências metodológicas, preserva a percepção da dimensão institucional e autoritativa do direito, reconhecendo o exercício do poder político na atividade jurisdicional.

Conclusões: Conclui-se que a compreensão adequada das relações entre direito e política exige o reconhecimento da inevitabilidade da mediação institucional e comunitária do justo. A recuperação da noção clássica de justiça política permite compreender o direito positivo não como negação da moral, mas como expressão contingente e autoritativa da vida política da comunidade.

Palavras-chave: filosofia do direito; filosofia política; neoconstitucionalismo; positivismo jurídico; justiça política.

ABSTRACT

Background: This article examines the relationship between law and politics through the thought of Luis Fernando Barzotto, especially his critique of legal positivism and neoconstitutionalism. The study is grounded on the premise that politics is an inexorable dimension of communal life and a necessary condition for the institutional determination of justice.

Objective: To investigate to what extent contemporary conceptions of law contribute to concealing the political dimension of judicial decisions, as well as to analyze the possibility of recovering the classical notion of “political justice” as the foundation of the authority of positive law.

Method: The research adopts an analytical and reconstructive approach based on bibliographical review and critical interpretation of authors in legal and political philosophy, especially Hans Kelsen, Carl Schmitt, Ronald Dworkin, Robert Alexy, and Luis Fernando Barzotto.

Results: The study argues that neoconstitutionalism promotes a depoliticization of law by replacing institutional and deliberative disputes with an alleged principled rationality exercised by courts. It also argues that Kelsenian positivism, despite its methodological limitations, preserves the perception of the institutional and authoritative dimension of law by recognizing the exercise of political power within judicial activity.

Conclusions: The article concludes that a proper understanding of the relationship between law and politics requires acknowledging the inevitability of institutional and communal mediation in the determination of justice. Recovering the classical notion of political justice makes it possible to understand positive law not as a negation of morality, but as a contingent and authoritative expression of the political life of the community.

Keywords: philosophy of law; political philosophy; neoconstitutionalism; legal positivism; political justice.

RESUMEN

Contextualización: El artículo examina las relaciones entre derecho y política a partir del pensamiento de Luis Fernando Barzotto, especialmente de su crítica al positivismo jurídico y al neoconstitucionalismo. El estudio parte de la premisa de que la política constituye una dimensión inexorable de la vida comunitaria y una condición necesaria para la determinación institucional de lo justo.

Objetivo: Investigar en qué medida determinadas concepciones contemporáneas del derecho contribuyen a ocultar la dimensión política de las decisiones jurídicas, así como analizar la posibilidad de recuperar la noción clásica de “justicia política” como fundamento de la autoridad del derecho positivo.

Método: La investigación utiliza un método analítico y reconstructivo, mediante revisión bibliográfica e interpretación crítica de autores de la filosofía del derecho y de la filosofía política, especialmente Hans Kelsen, Carl Schmitt, Ronald Dworkin, Robert Alexy y Luis Fernando Barzotto.

Resultados: El estudio sostiene que el neoconstitucionalismo promueve una despolitización del derecho al sustituir las disputas institucionales y deliberativas por una supuesta racionalidad principialista ejercida por los tribunales. Asimismo, se argumenta que el positivismo kelseniano, a pesar de sus limitaciones metodológicas, preserva la percepción de la dimensión institucional y autoritativa del derecho al reconocer el ejercicio del poder político en la actividad jurisdiccional.

Conclusiones: Se concluye que la adecuada comprensión de las relaciones entre derecho y política exige reconocer la inevitabilidad de la mediación institucional y comunitaria de lo justo. La recuperación de la noción clásica de justicia política permite comprender el derecho positivo no como negación de la moral, sino como expresión contingente y autoritativa de la vida política de la comunidad.

Palabras clave: filosofía del derecho; filosofía política; neoconstitucionalismo; positivismo jurídico; justicia política.

1 INTRODUÇÃO

Dentre todos os ensinamentos que se pode aprender da vasta produção acadêmica¹ de autoria de Luis Fernando Barzotto², destacamos a consciência, que todos deveríamos

¹ <http://lattes.cnpq.br/4310738325258692>

² O presente artigo foi concebido como homenagem ao professor Luis Fernando Barzotto, professor titular de Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

ter, mas especialmente os juristas, sobre a *inexorabilidade da política*; ou seja, sobre a inevitabilidade de uma dimensão da nossa existência que é necessária, comum e, nesse sentido, *natural*. Em diálogo com seu pensamento, queremos, aqui, propor uma reflexão acerca das relações entre direito e política.

A política constitui uma espécie de âmbito de mediação. Se é verdade que o justo pode ser percebido individualmente, também é verdade que, para as coisas que nos são comuns, a definição do conteúdo da justiça – em outras palavras: do que requer uma cidade justa, uma lei justa, uma sentença justa –, depende de algum tipo de mediação institucional. Um dos fundamentos do direito positivo repousa precisamente nisto: por mais que estejamos profundamente convencidos da justiça ou da injustiça de algo, não conseguimos escapar do problema da *forma*, isto é, da pergunta acerca de *quem* (e *como*) deve ter autoridade para reconhecer, em nome da comunidade e em consideração à comunidade, o que conta, concretamente, como justo. A inexorabilidade da política é, no fundo, também a inexorabilidade dessa pergunta institucional.

Vejamos bem: não se trata tanto de nos fixarmos em dar uma resposta (muito menos uma resposta definitiva) a essa pergunta. Definir como vamos estruturar nossas instituições é fundamental, mas não é tudo. A essência da questão reside, antes, na simples pressuposição de que essa disputa pelo regime é *perene*. Trata-se da constante e infundável reflexão sobre como, em comunidade, devemos e queremos viver. Esse era o problema central da filosofia política dos clássicos e segue sendo o *nosso* problema político contemporâneo. Barzotto, na sua vasta obra, está preocupado com o funcionamento e com a fundamentação moral do nosso regime. Nesse sentido, preocupa-se com a pergunta sobre a definição do que é justo aqui e agora, em vista da verdade e das nossas limitações de acesso e compreensão da verdade. É evidente que essa é uma questão muito mais ampla, pois o regime (*politeia*), como nos ensinam os clássicos, é precisamente um modo de vida. Muitos elementos compõem não apenas as instituições, mas também o nosso modo de vida³. De toda forma, o fato é que não podemos definir senão *politicamente* o tipo de comunidade que queremos ordenar e construir. Isso significa dizer, entre outras coisas, que não podemos fazê-lo *juridicamente*.

A política é, portanto, inescapável. O problema, e se trata de um problema que o professor Barzotto não cansa de apontar, é que hoje, especialmente em termos de cultura jurídica, essa ideia não informa as nossas práticas. Não a pressupomos e não a temos clara. Ao contrário, há todo um conjunto de doutrinas que, fazendo-se majoritárias e, até mesmo, hegemônicas – como é o caso do chamado “neoconstitucionalismo” –,

³ Barzotto diria que, na “*sociedade aberta, não só a liberdade e a comunidade não são ideais opostos, mas ao contrário, se exigem reciprocamente, porque ambos são constitutivos da condição humana*”. Para ele, essa sociedade possui uma “*estrutura tetrádica: sociedade civil, democracia, Estado de Direito e mercado*”. Assim, pode-se falar em uma “*esfera ético-cultural*”, uma “*esfera política*”, uma “*esfera jurídica*” e uma “*esfera econômica*” que vinculam a liberdade e a comunidade (Barzotto, 2018, p. 108-134).

contribuem para, antes e acima de tudo, *ocultar* a dimensão da política e, consequentemente, *ocultar* também as perguntas institucionais. Talvez estejamos enfrentando uma era de despolitização e de “neutralização” do político – como se ele fosse domesticável por certo normativismo e por certo racionalismo – ainda mais intensa do que aquela apontada por Schmitt (2019) ainda no primeiro terço do século XX, em *O Conceito do Político*. Assim, em certa medida, podemos dizer que o que vemos com a hipertrofia do direito é uma radicalização da modernidade.

É possível que Barzotto concordasse com essa afirmação, porque se, no contexto em que escrevia Schmitt, o positivismo já era um de seus alvos precisamente pela sua capacidade para despolitizar, o “neoconstitucionalismo” ainda não era conhecido. Ou melhor: embora ali já houvesse alguma coisa envolvendo a despolitização pela Constituição e por um tipo de visão sobre os direitos, o “neoconstitucionalismo” definitivamente não era – como hoje é – a descrição oficial das nossas práticas, o modo como usualmente, e em particular no caso brasileiro, concebemos o que estamos fazendo quando aplicamos o direito. A situação agravou-se porque, agora, intensificamos a dissolução do político em nome de uma promessa: a realização da justiça e a efetivação dos direitos fundamentais. Nutrimos uma espécie de “fetiche pela eficácia” dos direitos, o qual fica bem claro no modo até poético que Barroso (2006, p. 1) tem de introduzir a questão. Ele inicia sua digressão panegírica em prol do neoconstitucionalismo com a seguinte epígrafe, supostamente pichada “no muro de uma cidade, no coração do mundo ocidental”: “Chega de ação. Queremos promessas”.

De um modo que podemos chamar de sarcástico, Barroso está a anunciar que agora, finalmente agora – na era do neoconstitucionalismo – é que a efetividade dos direitos deixará de ser uma mera promessa constitucional. Por razões óbvias, parece não haver quem queira se dissociar dessa promessa.

Referimo-nos ao positivismo e ao “neoconstitucionalismo” porque esses são os alvos do próprio Barzotto. Em um texto denominado *Ativismo judicial* (Barzotto, 2017, p. 11-34), que servirá de base para a primeira parte deste pequeno escrito, o professor anuncia a seguinte tese: “o positivismo, na vertente kelseniana, e o neoconstitucionalismo, são concepções que favorecem o ativismo judicial ao desvincular o juiz do direito expresso na lei”. Essa separação entre o juiz e a lei seria, na verdade, um elemento sintomático ou ilustrativo de uma ruptura ainda mais profunda. Trata-se do rompimento entre o direito e a política e, mais especificamente, entre o direito e a comunidade. Dedicaremos as primeiras páginas deste trabalho à análise dessa crítica de Barzotto, que, em nossa visão, de maneira geral, é bastante acertada. Contudo, tentaremos dialogar com ela para buscar definir em que sentido e em que medida ela é, de fato, acertada.

A saída para essa ocultação provocada pelo positivismo e, em especial, pelo “neoconstitucionalismo”, seria, à luz do que tem nos ensinado Barzotto, o resgate da

noção clássica de “justiça política”. Parece-nos que, até mesmo, alguns jusnaturalistas a esquecem para apostar na afirmação de uma espécie de justiça *externa e crítica* à justiça mediada e contingencial determinada *pela* comunidade e *na* comunidade. O jusnaturalismo acaba, nesse sentido, resumindo-se à resposta à questão conceitual sobre as relações entre direito e moral (uma questão que, salvo melhor juízo, não tem sentido em termos estritamente jusnaturalistas), concentrando-se em afirmar que há, necessariamente, algo além do direito positivo. Mas o direito positivo, em si, acaba ficando em segundo plano, destituído de uma explicação sobre o seu sentido e, mais ainda, de uma fundamentação. Afinal, o direito positivo – o direito da comunidade – também é uma verdade do direito natural. A doutrina do “justo político” nos ajuda a enxergar isso. A ela dedicaremos nossa atenção na segunda parte deste trabalho.

2 A NEGAÇÃO DA POLÍTICA E DA COMUNIDADE: POSITIVISMO E “NEOCONSTITUCIONALISMO”

A *filosofia prática* de Barzotto, ancorada, sobretudo, na tradição clássica, funda-se, antes de tudo, em uma antropologia, em uma compreensão acerca do homem. O homem não é simplesmente um indivíduo – atomizado e isolado –, mas *pessoa*. A sua natureza é relacional. O seu estado natural de liberdade é relacional. A própria noção de “pessoa humana” contrapõe-se à noção de homem porque esta é universal, enquanto aquela é particular, ou seja, o conceito de *pessoa* guarda referência a uma existência concreta. Nas palavras do próprio Barzotto (2023b, p. 9): “a pessoa é o homem singular e concreto, portanto, a natureza humana (racionalidade, sociabilidade, etc.) com seus acidentes (idade, inteligência, etc.) unidos existencialmente”. Para utilizar a expressão que Weil (2022) tornou conhecida, trata-se do homem enraizado⁴.

Dentro dessa perspectiva, a comunidade é fundamental. Agora, o direito (em particular, os direitos do homem) só tem sentido como uma maneira de ordenar a comunidade, de institucionalizar a justiça, de estabelecer um rumo em direção ao bem-comum. É por isso que Barzotto percebe, acertadamente, uma distância entre a sua concepção de homem (que requer, de modo essencial e inexorável, a relação entre o direito e a comunidade) e a concepção antropológica que fundamenta o positivismo jurídico e “neoconstitucionalismo”. Aparentemente, essas duas visões sobre o direito baseiam-se em uma antropologia individualista (Barzotto, 2023b, p. 102-103), que, necessariamente, nega a comunidade e, em consequência, a própria lei. O positivismo,

⁴ Não queremos dizer, com isso, que a antropologia adotada por Weil é idêntica, em todos os aspectos, a de Barzotto. Mas, entre os diversos *insights* que Weil oferece sobre o problema do enraizamento, encontramos muitas semelhanças. Veja-se, por exemplo, esta afirmação: “O alimento que uma comunidade fornece à alma daqueles que a compõem não tem equivalente no universo inteiro” (Weil, 2022, p. 16). É da natureza humana a necessidade do vínculo, o elemento essencial de sociabilidade.

sem qualquer amarra substantiva e destituído de qualquer elemento que efetivamente vincule o juiz ao direito produzido pela comunidade, só poderia, a juízo de Barzotto, provocar voluntarismo e, assim, ativismo judicial. O “neoconstitucionalismo”, imbuído de uma noção individualista sobre os direitos fundamentais e divorciado da *forma* do direito, só poderia produzir o mesmo efeito. Ambos representariam a negação da política.

Quanto ao “neoconstitucionalismo”, acreditamos que a crítica é inteiramente pertinente e caberia, em breves linhas, acentuá-la ainda mais. Quanto ao positivismo, acreditamos que há a necessidade de alguma contextualização, para que possamos perceber melhor em que ponto está efetivamente situada a despolitização. Mas há algo no positivismo, mesmo o kelseniano, que talvez mereça ser preservado. Em particular, há algo no constitucionalismo positivista (também kelseniano) que se contrapõe ao “neoconstitucionalismo”. Esse algo se encontra na dimensão do político, no reconhecimento do caráter autoritativo e institucional do direito.

2.1 O POSITIVISMO JURÍDICO

Há muitas versões do positivismo jurídico. Diante de tanta confusão – e ante a preocupação, que consideramos pertinente, com os espantinhos construídos sobre o positivismo –, tornou-se mais ou menos aceita aquela conhecida distinção de Bobbio (2006, p. 233-238) entre positivismo teórico, ideológico e metodológico. Ele, como boa parte dos positivistas do século XX, declara-se um positivista metodológico, isto é, ele se aproxima do direito como um cientista que se aproxima de um objeto que pode ser descrito como uma *coisa que está aí*, como um elemento da realidade que pode ser apresentado como de fato é, e não como deveria ser. Sem lugar a dúvidas, o paradigma dessa postura é a *Teoria Pura do Direito* de Kelsen. Declaradamente, Kelsen não deseja prescrever nada, tampouco dizer como deveríamos compreender ou aplicar o direito. Ele enxerga o direito como um “sistema de normas” porque essa é a única forma “científica” de vê-lo: sem sociologia, sem política, sem filosofia (Kelsen, 1982, p. 15).

É o que Chiassoni (2016) chama “discreto prazer do positivismo jurídico”⁵ e o que, por exemplo, o denominado “realismo jurídico genovês” afirma que tenta fazer: uma descrição do direito sem “mistificações”, um esforço analítico para dissecar e colocar em relação os componentes que estruturam o discurso dos juristas. A verdade é que tudo isso carrega, como é natural, uma dose elevada de controvérsia. Atria (2016, p. 90), formulando quicá a crítica mais ácida ao positivismo metodológico, argumenta que esse tipo de positivismo se converteu em um conjunto mais ou menos estéril e pouco útil de

⁵ O livro é bastante interessante para demonstrar não só a posição genovesa (o enfoque analítico e realista) sobre o direito, mas também por reunir uma série de temas teoricamente controvertidos na discussão sobre o positivismo jurídico.

estipulações acerca de um direito que poderia existir em um mundo imaginário e hipotético. O positivismo, em sua vertente metodológica, seria uma teoria que se orgulharia da sua própria superficialidade. Também Postema (2015, p. 896) oferece uma crítica similar: essa espécie de positivismo (chamado, não raro, de “analítico”) pressupõe que as perguntas mais importantes já estão todas respondidas, edificando uma teoria “descritiva” sobre o direito como se, no campo das ciências práticas, uma descrição não moldasse a forma como pensamos e concebemos o que estamos fazendo quando aplicamos o direito⁶. Como se, convém sublinhar, nossa forma de pensar e conceber o direito (com influência precisamente da sociologia, da política e da filosofia) não constituísse uma parte do que o direito efetivamente é.

Em nossa opinião, os críticos estão corretos. A função do jurista consiste na compreensão e na reconstrução de uma prática, não simplesmente na explicitação dos elementos normativos e linguísticos que compõem o sistema. Isso seria simplificar o objeto (o direito) para torná-lo adequado a uma ciência preocupada com certo modo (em geral, empírico) de conhecer. Ora, os desacordos diários envolvendo a aplicação do direito no Brasil – desde as divergências com decisões cotidianas da jurisdição ordinária até as perplexidades com certas decisões da Corte Suprema – não derivam da “indeterminação do direito”, não decorrem simplesmente de um problema de “interpretação” dos textos normativos. Há, na verdade (e aqui Dworkin tem efetivamente razão⁷), um desacordo mais profundo sobre o que o direito efetivamente é: para que serve, quais valores realiza, se é que realiza algum, quais os seus limites, etc. Não ter consciência disso é que é não ser realista.

De todo modo, seja como for, o fato é que o Kelsen da *Teoria Pura* estava tentando criar uma *jurisprudence* geral e abstrata, aplicável a qualquer sistema jurídico. Isso é importante para contextualizar a principal perplexidade de Barzotto com o positivismo kelseniano: o seu voluntarismo, a sua ênfase no poder e, em consequência, a sua suposta contribuição para o ativismo judicial. É interessante notar que, nesse ponto, Barzotto parece ver, em Kelsen, aquilo que alguns analíticos genoveses, para reivindicar a relação de Kelsen com a própria “escola de Gênova”, também enxergam: um realismo radical (Chiassoni, 2012, p. 237-261). O raciocínio é simples: a norma geral é decorrência não de um ato de razão, mas de um ato de vontade, assim como também o é a norma individual; logo, não há garantia alguma de que as prescrições efetivamente contidas na norma geral constrangerão o juiz, que, no fundo, é inteiramente livre para tomar a sua decisão, mesmo que ela contrarie a norma geral. Em resumo, esse é o posicionamento defendido. Mas

⁶ Para Postema, afastando-se da obsessão do positivismo analítico em definir os limites da ciência jurídica, o direito deve ser compreendido como um aspecto integral da existência humana.

⁷ Referimo-nos à segunda objeção de Dworkin ao positivismo jurídico (não à primeira objeção, mais fraca, presente em *Taking Rights Seriously*, que trata dos princípios), que guarda relação com a ideia de desacordo entre os juristas sobre o conceito de direito (Dworkin, 1986b, p. 4-6).

isso, em nossa visão, talvez possa ser compreendido de outra maneira, o que talvez, e ao menos, suavize a acusação de “ativismo judicial” atribuída a Kelsen.

Em primeiro lugar, é preciso atentar para algo que, mais de uma vez, Kelsen diz ser fundamental para compreender a sua teoria da interpretação: a estrutura hierárquica do direito (Kelsen, 2006, p. 132)⁸. Como sabemos, o direito é, para ele, uma ordem hierárquica que vai sendo concretizada na medida em que vamos descendo de nível: da Constituição para as normas gerais (que podem ser as leis ou o “costume”); das leis para as normas individuais (que podem ser as sentenças ou os atos administrativos). Essa fotografia é simplesmente uma forma de ilustrar a distribuição de poder político no interior de determinada comunidade. Há mais poder político para concretizar a Constituição, já que o legislador tem um espaço muito maior de apreciação e discricionariedade. Nesse viés há menos poder político para concretizar ou aplicar a legislação, já que o juiz tem um espaço muito mais restrito (em comparação ao do legislador) para aplicar o direito. O importante é perceber que a produção da “vontade estatal” é uma continuidade: ela vai do campo mais abstrato (da Constituição) ao mais concreto (a sentença ou o ato administrativo). Por isso, Kelsen (1982, p. 263) é enfático: “a sentença judicial é a continuação, não o começo, do processo de produção do direito”.

No modelo jurídico da *Teoria Pura*, quando estamos no nível da legislação, há mais produção e menos aplicação do direito; por outro lado, quando estamos no nível da decisão judicial, há mais aplicação e menos produção do direito. Parece-nos que isso já contribui para que conservemos algumas dúvidas sobre esse suposto “poder livre” do juiz kelseniano. É certo que Kelsen afirma que, no processo de aplicação da norma geral, o juiz é mais ou menos livre para “escolher” entre os significados possíveis do texto normativo, de modo que tudo o que o juiz tem à sua disposição – e que é capaz de constrangê-lo – é apenas uma moldura, isto é, um conjunto de possibilidades inteiramente dependentes da maneira como está redigida a norma (Kelsen, 1982, p. 354). Kelsen, em fidelidade aos pressupostos metodológicos da *Teoria Pura*, não oferece qualquer critério para que possamos definir qual desses significados deveria ser o escolhido. Não haveria, nesse sentido, meio “científico” de sabê-lo. O juiz o fará discricionariamente. Isso, contudo, não tem por que significar arbítrio. É possível que, como recomenda Hart (1983, p. 273), o juiz atue como um “legislador consciencioso” e utilize a sua discricionariedade (*discretion*), o que, para ele, significa, ao fim e ao cabo, o uso da razão prática (Hart, 2013, p. 652-665).

Há, ainda, a questão da vontade em Kelsen. Talvez isso não precise ser interpretado como puro voluntarismo (ou pior: como uma prescrição de voluntarismo). Quando Kelsen chega até a moldura e afirma que, a partir desse ponto, o juiz é “livre para escolher”,

⁸ É sabido, com o reconhecimento de Kelsen, que a exposição do sistema jurídico como uma ordem hierarquizada e de concretização gradual deve-se a Adolf Merkl.

o que ele faz é reconhecer um limite ao que ele – como cientista do direito e dentro das suas premissas metodológicas – pode fazer. É como se se encerrasse um trabalho. Entretanto, ele apresenta várias considerações interessantes nesse contexto. Por exemplo, Kelsen (1990, p. 128) afirma que a decisão judicial (a norma individual) é determinada pela lei (a norma geral), mesmo que essa determinação não seja completa. O ato de interpretar e aplicar o direito não é só um ato de vontade, pois envolve dois elementos: um ato de vontade e um ato de conhecimento (Kelsen, 1982, p. 354). O juiz é capaz de conhecer a norma, de identificar o que o direito positivo determina, de estabelecer o parâmetro normativo da decisão (a moldura). Porém, esse aspecto (a cognição) não necessariamente controla a volição. O ceticismo kelseniano não é, nesse contexto, tão radical. No entanto, como o juiz não é simplesmente um cientista, e sim uma autoridade, como o que ele executa é uma “interpretação autêntica”, ele também exerce vontade, também exerce poder. A interpretação é, nesse sentido, parte do esquema geral de distribuição do poder político da comunidade.

Se é verdade que, hoje, precisamos resgatar, no pensamento jurídico, a percepção de que existe uma dimensão do poder, isso era bastante claro para um autor como Kelsen. Aplicar o direito não é apenas uma operação “técnica”. Se podemos acusar, como faremos na sessão subsequente, o neoconstitucionalismo de ocultar o poder político, transformando tudo em discurso e argumentação moral, não podemos dirigir a mesma acusação ao positivismo.

Barzotto (2017, p. 17) aponta corretamente que, para Kelsen, mesmo que o juiz decida fora da moldura, estará produzindo direito válido, ou seja, “o ordenamento jurídico outorgou ao órgão encarregado de aplicar a norma geral de decidir ‘dentro’ ou ‘fora’ da moldura”. Isso seria, para Barzotto, mais uma ilustração do voluntarismo e, em consequência, um evidente incentivo ao ativismo judicial. Mas aqui talvez a questão tampouco seja exatamente essa. É que, em termos práticos, o juiz efetivamente tem o poder de decidir “fora” da moldura⁹. Ora, quantas decisões divorciadas do texto legal nós

⁹ Não queremos, com isso, minimizar o problema interno, para a *Teoria Pura*, do que se tem chamado de “cláusula alternativa tácita”. Barzotto trata desse problema de maneira detalhada (Barzotto, 2007, p. 41-44). O que nos parece relevante apontar é simplesmente a inexorável questão da autoridade. Em teoria, há uma conexão funcional entre a norma geral e a norma individual, de maneira que a norma individual deriva a sua validade da correspondência com uma norma geral. Isso é o que, efetivamente, diz Kelsen na *Teoria Pura*. No entanto, é claramente possível que um juiz estabeleça uma norma individual em desacordo com a norma geral. Essa sentença é a que será válida. O fato de que um conjunto de professores de direito a considerem inconstitucional não é suficiente para que a sua validade seja afastada. Para uma ordem institucionalizada, o reconhecimento dessa discrepância entre a norma individual e a norma geral depende de uma decisão autoritativa, normalmente tomada por um tribunal superior. Talvez a pergunta mais interessante seja: De que depende tudo isso? Parece-nos que depende da aceitação de uma prática institucionalizada que funcione de determinada maneira. Se essas balizas se dissolvem, se a crença na ordem hierárquica e na institucionalidade do direito se desintegra, então essa autoridade tenderá a ser exercida de outro modo, provavelmente sem forma, sem constrangimento e de maneira tendencialmente tirânica.

visualizamos rotineiramente no Brasil? E essas decisões não se tornam direito válido até que uma autoridade reivindique a competência para declará-las inválidas? De novo: Kelsen está mostrando a dimensão de poder existente em qualquer decisão judicial. E isso, parece-nos, é justamente o que estamos perdendo com a cultura “neoconstitucionalista”.

Agora, ele não está dizendo que os juízes devem ter esse poder ou que esse é um poder legítimo. Em certo sentido, ele diz até o contrário. Em um interessante texto, intitulado *On the theory of interpretation*, Kelsen reúne algumas de suas proposições sobre a interpretação do direito. Ele reconhece que o juiz tem uma espécie de liberdade para não aplicar a lei. Contudo, acrescenta o seguinte: o juiz deve “crer que é livre apenas nas hipóteses em que ele mesmo deve funcionar como um legislador, mas não deve acreditar que é livre para definir *quando* ele deve funcionar como um legislador” (Kelsen, 1990, p. 135)¹⁰. O que é determinante aqui nada tem a ver com a ciência da *Teoria Pura*. Para que o juiz não conserve a crença de que é livre para decidir *quando* deve “substituir” o legislador, é preciso que ele conserve uma ideia determinada sobre a sua função, sobre a sua autoridade e, mais ainda, sobre o que efetivamente é o direito. Nesse sentido, ele precisa acreditar que ocupa uma posição institucional específica e determinada na estrutura hierárquica do direito. Essa é a concepção sobre a sua posição institucional que, antes de tudo, é capaz de vinculá-lo à lei, porque, na prática, em termos de puro poder (em termos do que ele pode fazer quando aplica o direito), ele não está necessariamente vinculado.

Por esse motivo há autores que entendem que a *Teoria Pura* só tem sentido como uma espécie de teoria do direito moderno, como uma tentativa de explicitar a estrutura de um direito racionalizado, inserido em uma estrutura burocrática e institucionalizada e, portanto, essencialmente formal (*vide* Vinx, 2007, p. 28)¹¹. É possível que as objeções de Barzotto tenham mais força como uma maneira de rejeitar o cientificismo do positivismo metodológico. Com efeito, essa forma de se aproximar do direito termina por simplificá-lo para adequá-lo a um modelo de ciência. Perdemos a questão dos fundamentos (o fundamento último do direito será o próprio direito?¹²), a questão da legitimidade e, no mínimo, uma explicação adequada para a necessidade do direito positivo. Todos esses aspectos, a nosso juízo, podem ser resgatados no interior da tradição que faz a pergunta pelo “melhor regime”, como veremos na segunda parte deste artigo.

De qualquer modo, independentemente das insuficiências da metodologia positivista, talvez o caminho não seja, como usualmente se observa na tradição

¹⁰Este trecho, aqui traduzido livremente, é fundamental: “He is to believe that he is free only where he himself is to function as legislator, but not free with respect to when he is to stand in for the legislator”.

¹¹Barzotto tem consciência dessa discussão, ainda bastante anterior à tese de Vinx, quando cita Bobbio e Scarpelli (Barzotto, 2007, p. 17-18).

¹²A questão está presente em Barzotto, especialmente quando questiona a noção kelseniana de “norma fundamental” (Barzotto, 2007, p. 22).

jusnaturalista, objetar a dimensão de vontade presente em qualquer decisão judicial, especialmente no seio do Estado Moderno. Porque é justamente essa dimensão de vontade, ou seja, justamente porque o juiz exerce uma determinada parcela de poder político na comunidade, que a justifica o reforço à natureza institucional do direito. É exatamente isso – vontade, poder e, conseqüentemente, natureza institucional – que o “neoconstitucionalismo” nega ou, o que é pior, deliberadamente *oculta*.

2.2 NEOCONSTITUCIONALISMO

A pretensão de “pureza” da *Teoria Pura* dificulta a discussão, tornando-a mais complexa. Quando Kelsen está tratando de um tema que é essencialmente dependente de fundamentos políticos e de certa organização institucional concreta (e contingente), é mais fácil identificar o vínculo que ele efetivamente enxerga entre o juiz e a lei; é mais fácil observar que o que ele está de fato pretendendo é garantir a regularidade e o controle do exercício do poder. Quando ele trata da jurisdição constitucional e esboça a sua concepção de constitucionalismo, isso fica evidente.

O constitucionalismo kelseniano é um projeto destinado à proteção da política deliberativa, do conjunto de compromissos elaborados no âmbito do parlamento. Definitivamente, o constitucionalismo kelseniano não está a serviço dos direitos (Moreira, 2025, p. 35-93). Há, inclusive, quem sustente que se trata de um constitucionalismo “sem direitos” (Pintore, 2000, p. 119-144). O constitucionalismo de Kelsen está, em certo sentido, a serviço da política, porque é por meio da política que conferimos, no concerto entre maiorias e minorias, conteúdo e alcance aos nossos direitos, mesmo que eles estejam descritos na Constituição em forma de cláusulas abstratas. Aliás, é o próprio Kelsen quem adverte que as constituições devem evitar, ao máximo, o uso do que hoje chamaríamos “princípios”. Quando um juiz é chamado a aplicar princípios diretamente, qualquer decisão se torna possível; e os juízes tendem, nas palavras de Kelsen, a desenvolver um “poder insuportável” (Kelsen, 1988, p. 143), porque as suas decisões poderão ser inteiramente contrárias ao que a maioria da população, representada no parlamento, efetivamente pensa sobre como o direito deveria ser.

Tudo isso perde o sentido com o advento do denominado “neoconstitucionalismo”. Há uma ruptura na forma de compreender a Constituição. Ela deixa de ser uma espécie de norma comum, isto é, o espaço de previsão das regras que estruturam as instituições que efetuam a mediação entre o justo e a comunidade: a mediação entre a liberdade, a igualdade, a dignidade e a comunidade. Ela passa a ser, em vez disso, um tipo de programa diretamente civilizatório e dirigente da atividade política¹³.

¹³Há diversos autores que tratam da tarefa civilizatória do “neoconstitucionalismo”. Alguns, inclusive, rejeitam essa etiqueta. Manuel Atienza, por exemplo, diz que esse tipo de constitucionalismo fundado

Mas o que é, de fato, o “neoconstitucionalismo”? É uma concepção de constitucionalismo que, a rigor, coloca o direito a serviço dos direitos. Por isso, talvez seja melhor chamá-la “constitucionalismo dos direitos”. Essa concepção convida o jurista, prático ou não, a participar de uma empresa que tem como principal objetivo a efetivação das promessas (quase sempre) abstratamente previstas na Constituição. Nas palavras de Hayek (1985), o direito deixa de ser efetivamente direito (algo que surge organicamente na comunidade e para a comunidade) e se transforma em uma organização (há um planejamento para a comunidade).

Afinal, quem são, efetivamente, os planejadores? Ora, aqueles que se destinam a conferir conteúdo e alcance aos direitos. É interessante que essa pergunta nem sempre é respondida abertamente, ou seja, como uma resposta clara a uma indagação também clara: quem deve ter o poder para definir o que conta como justo na comunidade? Essa pergunta é – e esta é uma marca própria do “constitucionalismo dos direitos” – ocultada a todo instante, de maneira que seja possível criar uma cultura, agora sim, de verdadeira neutralização da dimensão do político. A primeira forma de ocultação consiste em não apresentar, com clareza, um dado absolutamente inquestionável: determinar o conteúdo de princípios abstratos – como a dignidade, a igualdade e a liberdade – consiste em desenvolver (e escolher) uma concepção moral sobre cada um desses princípios.

A despolitização provocada pelo “neoconstitucionalismo” alcança o seu ápice quando parcela significativa dos operadores jurídicos já faz parte do que Ferrajoli (2014, p. 2014) denomina “cultura jurídica militante”. O constitucionalismo de Ferrajoli, embora seja diretamente voltado para a realização dos direitos, nega que direitos fundamentais sejam princípios e se declara abertamente “positivista”. Não cabe, aqui, aprofundá-lo, mas apenas referir que, se as constituições incorporam princípios, negar a sua natureza polêmica e *prima facie* indeterminada é, a nosso juízo, alentar um tipo de ativismo ainda pior, porque oculta deliberadamente o problema da “leitura moral” (Moreira; Coletto, 2024, p. 70-84). Os juristas passam a raciocinar por princípios – e os juristas práticos passam a decidir por princípios – sem que tenham a consciência de que o que fazem é raciocinar com base em conceitos essencialmente contestáveis ou intrinsecamente polêmicos. Trata-se de desempenhar um poder político genuíno sem, contudo, dispor da consciência – claramente presente, por exemplo, no constitucionalismo positivista de Kelsen – de que não há maneira imparcial de tomar determinadas decisões com base simplesmente na ideia de “liberdade”.

Por qual razão? Ora, simplesmente porque é precisamente o nosso desacordo sobre o que significa, em concreto, respeitar e promover a liberdade, que faz que nos engajemos politicamente e que, ao fim e ao cabo, escolhamos o representante “A” ou o representante

em direitos é uma das poucas ferramentas que temos para levar adiante a “ingente tarefa de civilizar o mundo” (Atienza, 2013, p. 60).

“B”. Como diz provocativamente Atria (2016, p. 277), o juiz que decide com base em um princípio abstrato que ambas as partes aceitam é, no final das contas, aliado de uma das partes, ou seja, ele terá de aderir à concepção sobre o justo que uma das partes do conflito defende.

O “neoconstitucionalismo” não aposta no poder (embora raciocinar e decidir por princípios seja, essencialmente, exercer um poder), mas na “razão”. Quando alguém lança uma objeção ao juiz que aceita o “constitucionalismo dos direitos”, esse juiz se defende dizendo que a única coisa que está fazendo é aplicar a Constituição¹⁴. Antes afirmamos que esse é um tipo de fetiche, o “fetiche pela eficácia” e pela efetividade dos direitos. Então, ele até reconhece a polemicidade de alguns conceitos, mas normalmente afirma que, ao decidir sobre eles, o faz “racionalmente”. Claro, todo o esforço de autores como, Dworkin e Alexy, consiste em sustentar que questões acerca de direitos – questões de princípios – não devem ser resolvidas no terreno sinuoso e confuso da política, mas no “fórum dos princípios” ou no âmbito da “representação argumentativa” da sociedade. Porque esses fóruns – os tribunais – seriam capazes de construir argumentos racionais sobre os princípios em conflito, atribuindo a cada um deles o peso adequado.

Nesse sentido, Dworkin aposta em uma espécie de “general balance of political virtues” (Dworkin, 1986a, p. 256), animando os juízes a identificar o que o direito efetivamente requer a partir de um longo processo interpretativo sobre os princípios de justiça em jogo. Para ele, direito não é poder, nem instituições, nem nada que efetivamente remeta à forma, à autoridade e ao procedimento. Claro, há, para que não sejamos injustos, a dimensão de “fit”. Essa seria a dimensão dos materiais jurídicos anteriores e positivos (leis e precedentes, por exemplo). No entanto, uma leitura minimamente atenta de *Law’s Empire* permitirá que concluamos o seguinte: a dimensão institucional e autoritativa do direito está sempre submetida ao balanço geral dos princípios substantivos de justiça. Se estamos falando de um raciocínio baseado em direitos constitucionais, isso significa dizer que o que definitivamente impera é a *leitura moral* que os juízes são instados a fazer sobre cada um dos princípios de justiça que informam a comunidade política.

Em Alexy, a ocultação do político se dá pela construção de um minucioso passo a passo que, em tese, poderia domesticar a polemicidade dos princípios constitucionais. Aparentemente, se chegássemos a fazer as devidas pesagens e se compreendêssemos

¹⁴É curioso pensar que parte da doutrina brasileira (não só constitucional) ainda esteja preocupada com o engano do juiz “boca da lei” (uma preocupação, diga-se, que já depende, em si mesma, de certa caricatura do argumento de Montesquieu). Mas a pergunta é: ainda há algum juiz que acredite que a sua atividade consiste em simplesmente descobrir uma resposta unívoca e pré-constituída, declarando-a como se fosse um autômato? Essa é uma crença usual entre nós? Nosso problema é esse tipo de formalismo ingênuo? Por que, enquanto isso, enquanto ainda nos preocupamos com o “cognitivismo” e tentamos “desmistificá-lo”, não estaria circulando entre nós a crença – agora sim muito mais consolidada – de que o juiz é uma espécie de “boca” por meio da qual se expressa a Constituição?

adequadamente a “fórmula do peso”, conseguiríamos definir a prioridade condicional e concreta de um princípio sobre o outro, sempre que há colisões¹⁵. Segundo Alexy (2016, p. 17), o legislador tem discricionariedade quando não conseguimos encontrar essa prioridade concreta de um princípio sobre o outro, isto é, quando o cálculo da fórmula do peso tem como resultado um empate, mesmo que essa linguagem matemática seja apenas metafórica. Aqui, tampouco, há consciência do exercício do poder político. A finalidade do princípio da proporcionalidade é a institucionalização da razão. É por meio de uma argumentação fundada em princípios constitucionais, sob a pressuposição de que os juízes conservam uma pretensão de correção (o que significa que pretendem que suas decisões sejam moralmente corretas à luz da moralidade dos direitos), que abandonaríamos a arbitrariedade e alcançaríamos, no direito, o domínio da razão.

Engana-se profundamente quem pensa que as teses de Alexy e Dworkin se dirigem somente à jurisdição constitucional. Não há um entusiasta dessa “ideologia dos direitos” que já não tenha declarado que essa indumentária deve estar nas mãos de qualquer juiz. Trata-se de uma revolução na mentalidade jurídica a partir de categorias próprias do direito constitucional e, em particular, da argumentação constitucional. A constitucionalização do direito é um fenômeno prescrito, alentado e, ao menos no Brasil, amplamente consolidado. É por isso que Barzotto tem a mais absoluta razão quando adverte que o “neoconstitucionalismo” tem um elemento anárquico, de profunda desordem: que ordem jurídica pode continuar denominando-se “ordem” com uma cultura que insta os juízes a transformar a interpretação legal, de qualquer potencial caso singelo, em interpretação constitucional¹⁶? Tudo pode se tornar, nesse sentido, um “hard case”.

Barzotto (2017, p. 30) sustenta: “ao passo que o juiz no interior do paradigma positivista aproxima-se do tirano, o juiz do paradigma neoconstitucionalista assume, na prática, uma postura anarquista”. Temos dúvidas sobre o tirano positivista, porém estamos de acordo quanto ao anarquismo neoconstitucionalista, contanto que possamos acrescentar que se trata, no fundo, de um anarquismo tirânico. Basta que nos lembremos, em consideração à rebelião de Shays, dos argumentos veiculados na convenção de Massachusetts e reproduzidos no contexto de *O Federalista*:

Nosso sofrimento era tão grande que teríamos nos alegrado em nos agarrar a qualquer coisa que se parecesse com um governo [...], mesmo que fosse um monarca e que esse monarca se mostrasse um tirano [...]. Assim os senhores

¹⁵A obra de Alexy é vasta, e esses argumentos aparecem repetidamente em muitos escritos, desde a *Teoria dos Direitos Fundamentais* (nesse sentido: Alexy, 2003, p. 433-449). A institucionalização da razão, por exemplo, é uma finalidade declarada diversas vezes. O conceito de direito como “pretensão de correção” é, também, uma ideia assentada e difundida.

¹⁶Diz Barroso (2016, p. 552): “A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico. [...] À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional”.

veem que a anarquia conduz à tirania, e mais vale ter um tirano só que tantos tiranos ao mesmo tempo (Kramnick, 1993, p. 63).

De todo modo, não se pode subestimar, sob a mentalidade da “ideologia dos direitos”, a possibilidade de que se crie e cultive uma verdadeira “aristocracia da toga” (Schmitt, 2009, p. 280), nas conhecidas palavras de Schmitt. Ou talvez seja melhor falar em “oligarquia da toga”, iluminada pelo seu “fetiche da eficácia”. É que se, em dado contexto, criam-se as condições para que a burocracia ilustrada que atua como “guardiã dos direitos” conserve uma *leitura moral* mais ou menos homogênea sobre eles; e se essa mesma burocracia acaba gozando de meios de controle do sistema de justiça, é possível que se instaure um verdadeiro governo – ilegítimo, evidentemente – de juízes. Tudo isso sem que se tenha tomado qualquer tipo de decisão autoritativa, sem que se tenha mudado uma palavra na Constituição. Basta, para tanto, que ninguém entenda mais o que separa o direito da política. Basta, para tanto, que ninguém reconheça mais uma “justiça política”.

3 O RESGATE DA POLÍTICA E A PRESERVAÇÃO DO DIREITO

A teoria jurídica contemporânea, como visto acima, tem funcionado como uma negação da pergunta institucional. Nós, juristas, no cotidiano, em vista do *mainstream* vigente, estamos perdendo a percepção da dimensão da política. O regime político está mudando, o “quem” decide e o “como” as decisões políticas são alcançadas está mudando, mas nem todos estão percebendo. É preciso resgatar a política, em seu espaço e em sua autonomia em relação ao direito. Há uma imensidão de juristas, de boa-fé, que apenas tem seguido os ventos dos nossos tempos sem perceber a ruptura institucional de que tratávamos anteriormente. A questão que se põe em vista da negação da política e da hipertrofia do direito é: como podemos resgatar a política? Ou, dito de outro modo, qual conceito presente na tradição nos auxilia na articulação de um espaço da política que, ao mesmo tempo, respeite a autonomia e a função do direito? Acreditamos, com Barzotto (2023b, p. 267), que a ideia de “justo político” presente na tradição desde os escritos de Aristóteles é uma parte relevante da solução. Para ele, o justo político “é o termo mais adequado para designar a ordem jurídica ou o direito como objeto de experiência”.

Tratar do justo político é tratar tanto da política, quanto do direito posto, portanto, pois é em vista desse conceito que conseguimos identificar o campo próprio de cada um deles. Se é verdade que a comunidade “está destinada a decidir o que é a liberdade e a igualdade, decisão que institui a sua ordem de justiça” sendo que “a liberdade e a igualdade só contam como fatores de ordem no interior desta relação [de justiça entre “cidadãos livres e iguais”], e não como dados pré-políticos e, portanto, pré-jurídicos” (Barzotto, 2023b, p. 269), então a pergunta institucional se coloca de modo claro.

Barzotto está nos colocando essa pergunta a todo o momento. Agora, se é verdade que não há instituição ou ordenação pré-jurídica, então “a ordem da comunidade, o justo político, é a ordem posta pela comunidade” (Barzotto, 2023b, p. 269). Logo, o modo pelo qual essa comunidade se organiza politicamente e o modo pelo qual aplica o seu direito posto, importam sobremaneira. Assim, aquele que se preocupa com o justo aqui e agora deve se preocupar com a pergunta institucional acerca de “quem” decide e acerca de “como” se decide o justo aqui e agora. A presença da questão acerca do regime político é o pano de fundo da crítica que vimos ao “constitucionalismo dos direitos”, que obscurece o espaço da política, pois, em última análise, representa uma espécie de alteração do nosso regime político.

Olhados amplamente, os escritos de Barzotto buscam discutir instituições, ou seja, tratam justamente do problema do justo político. Em alguns deles tal preocupação pode ser mais discreta, mas, em boa parte da sua pesquisa, a preocupação está posta de modo expresso. Como já dito na abertura, podemos verificar que uma das preocupações intelectuais de Barzotto é precisamente com o estabelecimento e o reconhecimento racional do justo aqui e agora, o qual precisa ser socialmente estabelecido em vista da verdade, mas, especialmente, precisa ser estabelecido e reconhecido coletivamente em vista das nossas próprias limitações de acesso e compreensão da verdade. Exatamente em função das nossas limitações e até das nossas discordâncias em relação à apreciação e à tradução da verdade aqui e agora, é que as perguntas institucionais – *quem* tem autoridade para reconhecer e declarar o justo no caso concreto e *como*, *i.e.* com quais procedimentos, tal decisão é alcançada – possuem relevância central para a tradição jusnaturalista. Esse é o ponto de conexão do direito com a inexorável natureza política do ser humano.

A seguir, iremos explorar a relevância da preocupação com o justo político na tradição jusnaturalista, por meio da preocupação com o estabelecimento de instituições políticas e jurídicas justas, bem como, em um segundo momento, iremos abordar as virtudes e as instituições concretas que podem formatar e configurar tal regime político.

3.1 A RELEVÂNCIA DA PREOCUPAÇÃO COM O JUSTO POLÍTICO

Qual o espaço do justo político na tradição jusnaturalista? Como ela pode nos ajudar a resgatar o espaço da política? No capítulo intitulado “Instituições”, presente na obra *Teoria Política* e posteriormente reeditado no *Filosofia Prática*, Barzotto explora abertamente o espaço dado à questão do justo político na tradição (Barzotto, 2023b, p. 257-272). Comentando e explorando os ensinamentos de Tomás de Aquino, Barzotto apresenta uma oposição entre o que chama de “jusnaturalismo factual”, lastreado em uma “ética utópica”, com o que batiza de “jusnaturalismo institucional”, o qual possui uma ética que “pressupõe as instituições jurídico-políticas”.

Por um lado, no primeiro, “a moral é fonte imediata de todas as obrigações sociais”, de modo que “a sociabilidade natural do ser humano pode realizar-se na ausência de mediações institucionais, isto é, à margem da política e do direito”. Logo, para esse tipo de jusnaturalismo moralista, “aceitar a mediação da instituição é agir de modo imoral”. Por outro lado, no segundo, “a moral depende essencialmente das instituições políticas e jurídicas, no sentido de que é impossível agir sem a fiel observância das obrigações jurídicas e políticas”. Essa posição anti-utópica é a que Barzotto reputa à tradição aristotélico-tomista, em que o bem comum político é o bem maior e a “vontade reta em matéria moral é sempre política” (Barzotto, 2023b, p. 257-261). Da perspectiva do justo político, as instituições específicas e concretas de uma determinada comunidade, então, a sua ordem posta, assumem posição central.

Em certa medida, nos parece cabível afirmar que o pensamento jurídico contemporâneo está longe de compreender a relevância da preocupação com o justo político. Como vimos, contemporaneamente existe uma hipertrofia do direito que, ao fim e ao cabo, fagocita o âmbito da política e, assim, também acaba por tirar o sentido que é próprio ao direito. A política e o direito perdem qualidade, gerando uma completa erosão institucional da qual somos, todos, estupefatos testemunhas.

A retomada da preocupação legítima e autônoma com o justo político demanda um resgate de sua terminologia. A expressão remonta a um breve trecho do Livro V da *Ética a Nicômaco*, mas é fundamental para a compreensão do papel das instituições, e, em especial, do direito. Preliminarmente, contudo, devemos lembrar que, quando Aristóteles fala de justiça, ele está sempre pensando em uma *relação*. Então, se é verdade que, para Aristóteles, cada relação específica demanda um tipo correspondente de justiça, precisamos pensar qual é o modo de relacionamento das pessoas na esfera pública. O direito serve, para nós, como o estabelecimento da ordem na comunidade, de modo que o direito se mostra para nós, e, em verdade, é o estabelecimento da justiça política em uma comunidade específica. Ou, invertendo a ordem da frase: a justiça política é o direito.

Justiça política é sinônimo de direito, do que *nós* hoje continuamos chamando de direito. Por isso, parece ser tão fundamental compreender o conceito de justiça política, pois, assim, estamos compreendendo um dos primeiros modos pelos quais a tradição consagrou para se referir ao direito. Barzotto costuma enfatizar a passagem aristotélica onde o filósofo explica que “a justiça política ocorre entre livres e iguais” e que “existe para aqueles cujas relações estão reguladas pela lei” (Aristotle, 1995, 1134a, p. 26-30). Esses dois fatores – igualdade entre os cidadãos e governo das leis – são centrais para a justiça política e, desde Aristóteles, andam juntos, pois também estabelecem que o poder político possui limitações e que o direito tem sua esfera de autonomia.

A partir disso, igualdade e governo das leis nos encaminham para a percepção de que a justiça política é referida por Aristóteles em um contexto de justiça *pública*, em que

sua preocupação está no modo pelo qual me relaciono com os concidadãos no âmbito da comunidade, na qual todos somos cidadãos “livres e iguais” e nosso relacionamento vem regulado pela “lei”. Esse modo de relacionamento pressupõe, em Aristóteles, a amizade política. Logo, o justo político é uma justiça pública, entre cidadãos, que deve ser diferenciada de outras relações que, ou não são públicas, ou não são entre livres e iguais: “entre indivíduos que não são livres e iguais a justiça política não pode existir [...] pois a justiça só pode existir entre aqueles cujas relações mútuas são reguladas pela lei” (Aristotle, 1995, 1134a, p. 27-32).

Isso não quer dizer que não possa existir outro modo de justiça na relação delas, apenas quer dizer que não se trata de um justo *político*. Uma pessoa, por exemplo, em sua discricionariedade, pode decidir emprestar, ou não, um livro para um amigo. Nesse caso há uma espécie de justiça privada, que não está regulada pela lei pública. Nesse sentido, Aristóteles, em outro momento, no livro VII da *Ética a Eudemo*, vai afirmar:

nós passamos nossos dias com pessoas da nossa família ou nossos amigos; e tudo que nós podemos fazer em relação a nossos amigos é deixado à nossa discricção e isso é a justiça privada, ao passo de que aquilo que nós devemos a nossos concidadãos é objeto da lei e não é deixado à nossa discricção (Aristotle, 1995, 1235a, p. 1-4).

Ou seja, nossos relacionamentos privados, afetivos, estão sob outra lógica de justiça que não a justiça política, pois são outra forma de relação. Barzotto (2023b, p. 257-272) é hábil em demonstrar como tal percepção do justo político como relação social entre cidadãos livres e iguais também está presente de modo claro e consciente em Tomás de Aquino.

Além disso, a boa compreensão da justiça política nos faz afastar a ideia erroneamente difundida de que a tradição aristotélico-tomista faria uma equivalência entre direito positivo e moralidade – e Barzotto, no texto referido, ao explorar o papel da ideia de justo político para a configuração das instituições, é peremptório nesse aspecto. Seu “jusnaturalismo institucional” demonstra como agir moralmente é agir dentro da instituição, sendo essa a verdadeira natureza humana: “agir moralmente é seguir a natureza, mas o que é particularmente natural ao ser humano é o que transcende a mera natureza – a instituição” (Barzotto, 2023b, p. 272), conclui na última frase de seu artigo. Nessa lógica, pode ser percebido que, em Aristóteles, o início da discussão sobre a justiça política começa com um alerta: “não estamos aqui em busca da justiça absoluta, mas da justiça política” (Aristotle, 1995, 1134a, p. 25).

A “justiça absoluta” é algo natural, absoluto, como o nome diz. Não é exatamente disso que se trata quando falamos de justiça política. Claro que a justiça política trabalhará com conceitos racionais e, nesse sentido, “absolutos” – por exemplo, a assertiva que afirma ser a justiça uma relação de igualdade é absoluta em algum sentido, pois é um conceito

racional sempre aplicável – mas o detalhamento concreto e específico dado pelas leis é posto pela comunidade em concretude. O que é absoluto no direito, portanto, é o uso da razão para o estabelecimento de conceitos. Assim, o direito é racional e conceitual, mas é distinto da moral, pois ele demanda uma forma pública estabelecida pela lei confeccionada entre cidadãos livres e iguais.

Dessa feita, Aristóteles vai afirmar que o justo político possui uma dimensão “natural” e outra “convencional” (Aristotle, 1995, 1134b, p. 19-20), pois, justamente, o que é conceitual e racional se mostra como algo natural, enquanto aquilo que demanda escolhas políticas é convencional e, assim sendo, difere da moralidade abstrata. Posteriormente, Aristóteles, claro, vai detalhar os diferentes modos de relações justas entre cidadãos livres e iguais (justiça geral, distributiva e comutativa). Esse detalhamento não vem ao caso no presente momento, pois o que nos basta destacar é a compreensão de que o direito é o justo político estabelecido pela lei entre cidadãos livres e iguais e que é moralmente correto seguir o justo político institucionalizado, e não uma ética abstrata e não mediada pelas instituições e pelo direito.

Em outro artigo, intitulado *O Juízo do Juiz*, Barzotto ilustra o mesmo argumento, mas de outra forma (Barzotto, 2023a, p. 5-28). Ao discutir os elementos constitutivos do que chamamos de Estado Democrático de Direito, ele explicita que a segurança jurídica, por exemplo, deve ser um “ajustamento das expectativas” ao justo político. Todas as apreciações morais da perspectiva do cidadão, do sujeito de direito, dependem, portanto, de uma apreciação sob a ótica do justo político, ou seja, sob a ótica do direito e das instituições políticas.

Aristóteles vai concluir a passagem sobre o justo político afirmando que esses são os motivos pelos quais “não admitimos que um ser humano governe, mas a lei” (Aristotle, 1995, 1134b, p. 1). Ora, caso entre livres e iguais não haja o governo das leis, a desigualdade fica posta, obviamente quebrando um princípio básico e original do regime, que é justamente a igualdade e a liberdade. É na liberdade e na igualdade mediadas pela lei que a *polis* pode ser vista como uma pluralidade. “Negar a diferença seria negar a cidade”, diz Barzotto. Assim, o direito enquanto justo político serve para “alcançar a unidade sem negar a diversidade” (Barzotto, 2023b, p. 266). Então, governo das leis entre cidadãos livres e iguais que estabelecem essas leis enquanto integrantes de um corpo de muitos cidadãos, em um governo limitado, conformam o espaço do direito e da política na tradição, fornecendo ferramentas conceituais totalmente adequadas à nossa realidade moderna e pluralista. A discussão do justo político, dessa feita, consequentemente, remete-nos ao governo das leis pensado por Aristóteles em detrimento do governo dos homens, ou seja, em detrimento do governo da mera *vontade arbitrária* de esporádicos ocupantes do poder.

Falar do justo político, assim, é falar do direito, das instituições e, em última instância, é falar do regime político. É, em suma, um chamado para que atentemos à perene e à persistente pergunta institucional.

3.2 AS VIRTUDES E AS INSTITUIÇÕES QUE INFORMAM O JUSTO POLÍTICO

Ao discutir o justo político, a questão do melhor regime surge como algo que lhe é inerente. Talvez por isso a crítica ao “constitucionalismo dos direitos” esteja tão presente em nosso horizonte, pois, ainda que de modo meramente inicialmente intuitivo, percebemos que há uma modificação no regime. A discussão do melhor regime, na tradição, passa pela compreensão da ideia de regime misto, ou seja, pela ideia de república. Em termos modernos, pela obra de Montesquieu, a ideia de separação de poderes – tão relativizada pelo “neoconstitucionalismo” – mostra-se como o elemento de conexão da tradição política clássica com a modernidade. É bem verdade que é possível elencar vários elementos de ruptura entre a modernidade e a tradição clássica; contudo, do ponto de vista político, a separação de poderes, da forma defendida por Montesquieu, faz jus ao recebimento do reconhecimento de ser um elemento de continuidade, em termos modernos, da tradição.

A tradição do republicanismo tem interessado a Barzotto em seus recentes estudos. Além de manter projeto de pesquisa sobre o tema do republicanismo, Barzotto publicou, recentemente e em coautoria com Coletto, uma interessante discussão sobre o papel do mercado para a conformação do republicanismo norte-americano (Barzotto; Coletto, 2023, p. 102-129). A preocupação com a tradição republicana não deixa de ser, no fundo, uma preocupação com o estabelecimento do justo político. Essa tradição, portanto, apresenta uma conjunção ímpar entre virtudes e instituições que se mostram necessárias ao estabelecimento de um regime justo (Coletto, 2025). É sobre isso que queremos tratar nestas linhas finais.

Parece-nos que, em um regime verdadeiramente republicano, o direito, a política e a moral possuem suas esferas de autonomia. Com suas condições objetivas e subjetivas, ou seja, com suas instituições e suas virtudes, o regime republicano não está a serviço “dos direitos”, mas está sim a serviço da justiça política, pois esta, como vimos, é a relação entre aqueles que são “livres e iguais” (Aristotle, 1995, 1134a, p. 26-30). Liberdade e igualdade são pressupostos do republicanismo e são protegidos e concretizados por meio de três elementos institucionais: governo misto, governo das leis e governo dos muitos. Violar tais instituições em prol de qualquer objetivo que seja, como a “empresa dos direitos”, em verdade, é violar a liberdade e a igualdade que são as bases de uma república.

Isso fica mais evidente quando observamos que essas três instituições (governo misto, governo das leis e governo dos muitos) precisam ser iluminadas por ações motivadas por virtudes correspondentes: ao governo misto é necessária a moderação; ao

governo das leis é necessária a virtude da justiça; e ao governo dos muitos é necessário um apreço pela amizade.

O argumento pode ser resumido da seguinte forma: a liberdade, valor central da tradição republicana, somente possui sentido para nós modernos quando pensada sob a ótica do Estado Democrático de Direito. Portanto, o republicanismo parte de três *ideias*. Primeiro, o Estado, ou seja, a organização que estabelece e exerce o poder político, deve ser limitado, na medida em que organizar, controlar e distribuir o poder político são ações inerentes ao próprio conceito de Estado. Segundo, esse Estado deve funcionar conforme as leis postas pela comunidade política. E, terceiro, a definição das leis, ou seja, o estabelecimento do governo, deve ser feita por muitos (e não por apenas um, ou por poucos membros da comunidade).

Essas três ideias são a linha mestra, o pano de fundo, em linguagem contemporânea, da reconstrução de uma tradição republicana: o Estado Limitado, o Estado de Direito e o Estado Democrático. Lentamente desenvolvidas e consolidadas pela tradição republicana ocidental, essas três ideias somente possuem sentido integral quando analisadas de modo conjugado. Agora, se são pessoas que movem essas três instituições, então é necessário olhar para as suas virtudes.

A importância das virtudes para o correto funcionamento das instituições é dada pelo caráter performático do direito – e, em verdade, de qualquer instituição. Para dizer em uma frase: o direito, ou as instituições em geral, funcionam do modo que nós, agentes dessas instituições, pensamos que elas deveriam funcionar. Portanto, a ausência da virtude da moderação em um regime misto pode, por exemplo, modificar o *ethos* daquele grupo social, de modo que o próprio regime estará se esfacelando, mesmo que não haja qualquer alteração formal do ponto de vista institucional. Justamente por isso entendemos que as instituições constituem os elementos objetivos de um regime, enquanto as virtudes correspondentes de cada instituição identificam os elementos subjetivos de tal regime.

Esse caráter performático é também reflexivo. Isso vem bem ilustrado por Postema (2015). Para além de defender que a filosofia do direito é “sociável”, no sentido de se engajar, em parceria, com outras disciplinas para que seu entendimento seja efetivamente enriquecido, Postema apresenta o interessante argumento de que o direito (e qualquer instituição, acrescentamos nós) é “orientado no tempo” e “reflexivo”. Essas duas características fazem dele algo diferente, na medida em que a prática jurídica ordena o tempo e as ações humanas em sociedade (Postema, 2015, p. 879). Por um momento, vamos deixar de lado a importância do tempo e o modo como ele é ordenado pelo direito. É o caráter reflexivo do direito que nos interessa quando olhamos para o justo político, e isso demanda uma elaboração final.

Se as instituições (e nisto o direito se inclui) são uma “prática social” (Lopes, 2021), elas são “o tipo de prática na qual o modo pelo qual nós entendemos o que estamos fazendo na verdade molda o que fazemos – não causalmente ou acidentalmente ... – mas

intrinsecamente” (Postema, 2015, p. 887). Como explica Lopes (2021, p. 126), “aplicar o direito não é algo independente ou distinto do conhecer o direito, assim, como ser capaz de jogar xadrez não é algo distinto do conhecer as regras do xadrez”. É nesse sentido que pensamos que a compreensão de um *ethos*, isto é, de uma cultura (no sentido de modo de vida) é necessária, na medida em que ela molda e direciona o funcionamento das instituições, pois qualquer instituição funciona do modo que pensamos que ela deveria funcionar, e ela serve para aquilo que pensamos que deveria servir. Nossa filosofia sobre a coisa molda nossa prática e, assim, performaticamente, podemos mudar a instituição ao mudar nossa filosofia sobre ela.

Dito de outro modo: se as instituições são conformadas pela prática que seus agentes mantêm, se elas possuem um caráter reflexivo, então conhecer a instituição – e ter opiniões sobre o que elas são, sobre como deveriam funcionar e sobre para qual objetivo elas servem – não é algo distinto do que efetivamente aplicá-la e vivenciá-la. Assim, é possível mudar o caráter de uma instituição apenas alterando-se a filosofia dominante existente sobre ela, sem que se mude, formalmente, quaisquer dos seus elementos.

O que estamos afirmando sempre foi muito claro aos fundadores do atual *mainstream* jurídico. Zagrebelski, para citar um exemplo precoce do nosso atual estado de coisas, nas primeiras páginas de seu *Direito Dúctil*, é claro sobre a importância da ideia (ou seja, da performance e do *ethos*) para o direito – e, dizemos nós, para qualquer instituição:

O que é verdadeiramente fundamental, pelo mero fato de sê-lo, nunca pode ser posto, senão que deve sempre ser pressuposto. Por isso, os grandes problemas jurídicos jamais se encontram nas constituições, nos códigos, nas leis, nas decisões dos juízes ou em outras manifestações parecidas do “direito positivo” com as quais os juristas trabalham, nem nunca encontram ali sua solução. Os juristas sabem bem que a raiz de suas certezas e crenças comuns, com a de suas dúvidas e polêmicas, está em outro local. Para clarear o que de verdade os une ou os divide é preciso ir mais a fundo, ou, o que é o mesmo, buscar mais acima, naquilo que não aparece expressamente.

O que conta em última instância, e do que tudo depende, é a ideia de direito, de constituição, de código, de lei, de sentença. A ideia é tão determinante que as vezes, quando está particularmente viva e é aceita amplamente, pode-se até prescindir da coisa em si mesma, como ocorre com a constituição na Grã-Bretanha (Zagrebelsky, 1995, p. 9).

A ideia sobre a coisa, ou seja, a filosofia, é o que conta em última instância. Isso é assim porque instituições são performáticas e reflexivas. A filosofia sobre a coisa molda o que fazemos intrinsecamente, como ensina Postema (2015). Portanto, se não tivermos uma compreensão muito clara dos elementos centrais do funcionamento de uma república, dos seus valores fundamentais e das virtudes que dão sentido às instituições politicamente postas (justo político), então não haverá instituição que funcione republicanamente. Para que nosso direito também seja republicano, precisamos de uma

abordagem republicana a ele, bem como precisamos de uma cultura jurídico-política, um *ethos*, compartilhado e disseminado nas práticas inarticuladas de qualquer cidadão com base nesses valores.

Portanto, as condições para a existência de uma constituição republicana vão muito além de um simples aparato institucional que contemple o regime misto. O estabelecimento de uma república demanda a existência de um *ethos*, ou seja, de uma *cultura republicana* que se baseia tanto em instituições, quanto em virtudes. Há uma complementaridade.

Assim, temos dito que instituições republicanas são condições objetivas de uma constituição republicana, mas também podemos apontar que as virtudes que fazem tais instituições funcionarem adequadamente são condições subjetivas de tal regime. Viver sob uma república exige, acima de tudo, viver sob uma *prática política republicana*. A ideia de justo político na tradição nos ajuda a perceber tal realidade. Acreditamos que manter uma prática política socialmente compartilhada envolve viver sob o sentido pleno daquilo que modernamente chamamos de Estado Democrático de Direito: um regime político em que o ideal de governo misto possui sentido sob a ótica da virtude da moderação, o ideal de governo das leis possui sentido sob a ótica da virtude da justiça e o governo dos muitos possui sentido sob a ótica da virtude da amizade. Por isso, repetimos: tratar da tradição republicana ou de qualquer instituição (como o direito) vai muito além da compreensão de quais seriam suas formas institucionais, pois envolve também a compreensão do *modo* pelo qual tais instituições funcionam adequadamente.

Quando Aristóteles, em sua *Política*, usa a expressão *politeia* para se referir ao regime político (Aristotle, 1995, 1279a, p. 39), colocando-a como opção central em sua tipologia dos regimes, mais do que uma simples organização do poder político, ele está a pressupor a escolha por um determinado modo de vida. “Constituição republicana”, nesse contexto, pressupõe uma decisão política acerca de um modo de vida compatível com os princípios elementares de uma república. Nesse sentido, constituição é o estabelecimento político de um modo de vida específico e consciente¹⁷.

A percepção de que a conjunção de instituições e virtudes conforma uma cultura, ou seja, um caráter (*ethos*) é recorrente na tradição republicana e na própria filosofia política ocidental. Desde Aristóteles, por exemplo, podemos verificar que *ethos* pode ser justamente considerado como a conjunção de *nomos* e de *arete*. Para tomar um exemplo

¹⁷Possivelmente, ninguém descreveu, na modernidade, com maior clareza, a ideia de constituição enquanto decisão política acerca do *way of life* do que Schmitt. Assim, quando usamos “constituição”, aqui, estamos dizendo que a república é um regime no sentido clássico do termo, um verdadeiro modo de vida social, muito além do que as meras regras e instituições postas pelo direito. Ao defender que a “constituição” é algo diferente do “direito constitucional”, Schmitt dizia que este era o ato do poder constituinte ao, politicamente, decidir sobre o modo de vida peculiar de cada comunidade política. A constituição republicana, nesse sentido, é uma decisão política acerca de viver de um modo republicano (*vide* Schmitt, 2008, p. 75-88 e p. 94-96).

da modernidade, esse parece ser justamente o sentido que vemos em Montesquieu quando ele fala “do espírito das leis” no título de sua grande obra. É também o que Tocqueville chama de “costumes” em sua *Democracia na América*. Ali não está a tratar “das leis” meramente enquanto *nomoi*, mas sim de algo mais amplo, enquanto caráter de um povo. na presente análise, estamos usando a expressão *cultura* para denotar essa compreensão.

Portanto, por mais que as três instituições que conformam o Estado Democrático de Direito (governo misto, governo das leis e governo dos muitos) sejam fundantes e necessárias à tradição republicana, precisamos atentar para o fato – plenamente identificado e discutido pela tradição – de que instituições não funcionam sozinhas. Ao afirmar que o governo nada mais é do que a maior reflexão sobre a natureza humana, Madison, no *Federalista nº 51*, afirma que, “se os homens fossem anjos, nenhuma espécie de governo seria necessária” e que “se fossem os anjos a governarem os homens, não seriam necessários controles externos nem internos sobre o governo” (Hamilton; Madison; Jay, 2011). Instituições adequadas são, de fato, condições (objetivas) necessárias ao estabelecimento de uma constituição republicana. entretanto, o que Madison destaca é que são pessoas concretas, únicas, limitadas e com seus vícios e virtudes (e não anjos) que pilotam tais instituições. Em outra passagem, ele afirma de modo categórico:

Eu sigo este grande princípio republicano de que o povo terá virtude e inteligência para escolher pessoas de virtude e sabedoria. Não haverá virtude entre nós? Se não há, estamos em uma situação desventurada. Nenhum controle teórico, nenhuma forma de governo, podem tornar-se seguros. Supor que alguma forma de governo assegurará a liberdade ou a felicidade sem qualquer virtude no povo é uma ideia quimérica (Madison *apud* Diamond, 1986, p. 235).

Se nenhuma forma de governo – *i.e.*, instituições – é segura o suficiente para assegurar a liberdade, então precisamos atentar para a virtude. É isso que Madison nos diz em mais de uma oportunidade. Assim, o problema não é apenas de arranjo institucional, de modo que precisamos também atentar para o elemento subjetivo daqueles que movimentam as instituições. Dito de outro modo, precisamos atentar para as ações humanas, e, conseqüentemente, para as virtudes. Logo, virtudes são *condições subjetivas* de um regime republicano. Onde não estão presentes, não há república, mesmo que haja governo misto, governo das leis e governo dos muitos, pois, onde não há virtudes republicanas, não haverá uma cultura republicana que dê sustentação e sentido para as instituições. É a interrelação entre instituições e virtudes que estabelece uma cultura republicana que nos permite identificar que, de fato, determinado regime político merece esse título.

A tradição republicana, ao discutir o justo político, não se baseia apenas em instituições, mas também nas virtudes que as integram de modo inerente. O efetivo

funcionamento do arranjo institucional depende de uma *cultura* que vem, ao menos parcialmente, substanciada em virtudes elementares e necessárias ao sentido de cada instituição. Se as instituições respondem à questão sobre “quem governa?”, as virtudes respondem à questão “como governa?” – para rememorar a dualidade que Aristóteles tornou canônica em sua tipologia dos regimes. Então, a dualidade quem/como já estava em Aristóteles quando apresentava, em sua *Política*, a classificação dos regimes políticos segundo dois critérios. Desde os clássicos, entender a tipologia dos regimes políticos é entender, *concomitantemente*, as instituições (ou seja, quem exerce o poder, respondendo à questão “quem governa?”) e as virtudes dos agentes dessas instituições olhando para onde as instituições estão sendo conduzidas (ou seja, respondendo à questão “como governa?”). Instituições e virtudes, assim, não apenas buscam estabelecer o modo de funcionamento de um regime político, mas também estabelecem parâmetros objetivos e subjetivos para a identificação de uma constituição.

Dessa perspectiva, podemos sugerir que para cada instituição republicana há uma virtude que a ilumina e lhe confere sentido. Então, se, de um lado, temos o governo misto enquanto instituição do Estado Limitado, em paralelo, temos a virtude da *moderação* como condição subjetiva que faz o governo misto funcionar de modo adequado à liberdade republicana. Da mesma forma, se, de um lado, temos o governo das leis enquanto instituição do Estado de Direito, paralelamente temos a virtude da *justiça* como condição subjetiva que faz o governo das leis funcionar de modo adequado à liberdade republicana. Por fim, se, de um lado, temos o governo dos muitos enquanto instituição do Estado Democrático, também temos a virtude da *amizade* como condição subjetiva que faz a participação popular funcionar de modo adequado à liberdade republicana.

Em suma, não basta o arranjo institucional: uma verdadeira constituição, no sentido de modo de vida de um povo, demanda o funcionamento *adequado* e, portanto, virtuoso, das várias instituições que conformam o ideal de regime republicano. Acreditamos que a tradição do republicanismo (governo misto, governo das leis e governo dos muitos), com suas virtudes correspondentes (moderação, justiça e amizade), é um dos modos possíveis para iluminar nossas instituições e informar o nosso justo político, aqui e agora.

4 CONCLUSÃO

“A capacidade de habitar a cidade é evitar a tentação do moralismo utópico: é transcender o alcance moral imediato da ação para poder situá-lo na perspectiva da cidadania” (Barzotto, 2023b, p. 271), conclui o professor Barzotto ao explicar a importância das instituições – e, portanto, do justo político – para a tradição jurídica ocidental. Sua preocupação, inclusive quando critica o positivismo e o

“neoconstitucionalismo” (em uma crítica que também pode ser aplicada muito claramente a certas vertentes jusnaturalistas), é com um “jusnaturalismo institucional”, e não com uma visão utópica das coisas jurídicas e políticas, pois “a u-topia nega o *topos* (lugar) próprio do ser humano: a cidade e suas instituições” (Barzotto, 2023b, p. 272). O jusnaturalismo de Barzotto, vertente à qual nos unimos, ousamos dizer, é institucionalista e política, respeitando e reconhecendo, com humildade, limitações e contradições da natureza humana, do desacordo e do pluralismo político, pois “entre os diferentes não se pode buscar o consenso moral nos detalhes da convivência, somente o ‘consenso do direito’. Por meio do direito, as pessoas superam suas diferenças reconhecendo-se mutuamente como cidadãos” (Barzotto, 2023b, p. 266).

Tudo isso se encontra efetivamente em risco com o “neoconstitucionalismo”. Como vimos, o cientificismo positivista não nos permite enxergar adequadamente a questão, porque não está preocupado com a pergunta institucional e com o melhor regime. Quando está, em uma espécie de “constitucionalismo kelseniano” (ou positivista, em certo sentido), abandonando, digamos assim, a pretensão de “pureza”, ele se apresenta como uma teoria útil para demonstrar que, mesmo na modernidade, mesmo na mesma era de despolitização, o “neoconstitucionalismo” representa uma radicalização. Ele é uma ruptura com a forma e com a institucionalidade do direito. O “neoconstitucionalismo” foge da preocupação moderna e positivista com a racionalização do exercício do poder, já que nega, em última instância, a dimensão de vontade e de decisão na aplicação do direito. Mas o que ele de fato nega, mais fundamentalmente, é o *locus* da política, o âmbito em que definimos, em comunidade, o que conta como justo para todos nós. Há, em última instância, uma negação da própria comunidade.

No entanto, se a cidade, com suas instituições, é o nosso lugar enquanto seres humanos e cidadãos, então, quando nos lançamos, iluminados e inspirados pelos sólidos e constantes ensinamentos de Barzotto, a criticar o atual estado de coisas com o objetivo de pensar de modo propositivo acerca das instituições políticas da “nossa *polis*” e do funcionamento do nosso sistema jurídico, estamos nos engajando no milenar debate sobre o melhor regime. É um debate perene. Estamos, como juristas, tentando fazer filosofia política.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, [s. l.], v. 16, p. 433-449, 2003.

ALEXY, Robert. The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, [s. l.], p. 1-17, 2016.

ARISTOTLE. **The Complete Works of Aristotle**. The Revised Oxford Translation. Organized by Jonathan Barnes. Princeton: Princeton University Press, 1995. v. 2.

ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más**. Madrid: Pasos Perdidos, 2013.

ATRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Marcial Pons: Madrid, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Quaestio Iuris**, [s. l.], v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006.

BARZOTTO, Luis Fernando. El juicio del juez. La jurisdicción en el Estado Democrático de Derecho. **Persona y Derecho**, [s. l.], v. 30, p. 5-28, 2023a.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia Prática: ética, direito, política e justiça na perspectiva clássica**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2023b.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARZOTTO, Luis Fernando; COLETTTO, Bruno I. República, mercado e constituição: O Federalista e a República Comercial na modernidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, [s. l.], v. 53, p. 102-129, 2023.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria do Direito**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2017.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria Política**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2018.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução M. Pugliesi, E. Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone editora, 2006.

CHIASSONI, Pierluigi. **El discreto placer del positivismo jurídico**. Bogotá: U. Externado de Colombia, 2016.

CHIASSONI, Pierluigi. Il realismo radicale della Teoria Pura del Diritto. **Materiali per una Storia della Cultura Giurídica**, [s. l.], v. 42, n. 1, 2012.

COLETTTO, Bruno I. **Entre Virtudes e Instituições: a tradição republicana e o resgate da política**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2025.

DIAMOND, Ann Stuart. Apropriada, embora democrática. In: GOLDWIN, Robert; SCHAMBRA, Willian (ed.). **A constituição norte-americana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge and London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986a.

DWORKIN, Ronald. **Law's Integrity**. Cambridge-Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986b.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Trotta, 2014.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução, introdução e notas de Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte. Prefácio de Adriano Moreira. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HAYEK, F.A. von. **Direito, Legislação e Liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985. v. 1.

HART, H. L. A. Discretion. **Harvard Law Review**, [s. l.], v. 127, 2013.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Clarendon Press: Oxford, 1983.

KELSEN, Hans. **Escritos sobre la democracia y el socialismo**. Seleção e apresentação de J. Ruiz Manero. Madrid: Debate, 1988.

KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. N. Brunswick: Transaction publishers, 2006.

KELSEN, Hans. On the theory of interpretation. **Legal Studies**, [s. l.], v. 10, n. 2, p. 127-135, 1990.

KELSEN, Hans. **Teoría Pura del Derecho**. Tradução Roberto J. Vernengo. Universidad Nacional Autónoma de México: México, 1982.

KRAMNICK, Isaac. Apresentação. In: MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. **Os artigos federalistas (1787-1788)**. Tradução Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 1-86.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Curso de Filosofia do Direito**: o direito como prática. São Paulo: Atlas, 2021.

MOREIRA, Pedro da Silva. **Deferência ao legislador**: a vinculação do juiz à lei no Estado Constitucional. São Paulo: Marcial Pons 2025.

MOREIRA, Pedro da Silva; COLETTI, Bruno I. Ativismo judicial e a ocultação do poder: o constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli. In: FLACH, Michael Schneider (org.). **Direito Penal Contemporâneo**: escritos em homenagem aos 40 anos da nova parte geral do Código Penal. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2024. p. 70-84.

PINTORE, Anna. Democracia sin derechos: en torno al Kelsen democrático. Tradução J. A. Pérez Lledó. *Doxa*, [s. l.], v. 23, p. 119-144, 2000.

POSTEMA, Gerald J. Jurisprudence, the sociable science. *Virginia Law Review*, [s. l.], v. 101, p. 869-901, 2015.

SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory**. Translated and edited by Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008.

SCHMITT, Carl; KELSEN, Hans. **La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Trad. Manuel Sánchez Sarta y Roberto J. Brie. Tecnos: Madrid, 2009.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Tradução Alexandre Franco de Sá. Edições 70: Lisboa 2019.

VINX, Lars. **Hans Kelsen´s pure theory of law: legality and legitimacy**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

WEIL, Simone. **O enraizamento**. Tradução Giovani T. Kurz, Âyiné: Belo Horizonte, 2022.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

NOTA DE COAUTORIA

A pesquisa em coautoria dos professores Bruno Irion Coletto e Pedro da Silva Moreira remonta, ao menos, ao ano de 2014, quando ambos residiam no exterior durante seus estudos de pós-graduação. Desde aquela época, os professores nutrem intenso diálogo acadêmico, perfectibilizado em vários artigos publicados em coautoria, tanto em língua nacional quanto em língua estrangeira, apresentação de *papers* em congressos, realização de grupos de estudos liderados pelos dois professores por vários anos consecutivos, assim como por meio do oferecimento de cursos de extensão ministrados de modo conjunto. A discussão proposta em torno do tema do positivismo e do neoconstitucionalismo decorre da pesquisa do professor Moreira, em especial, quando do desenvolvimento do seu livro “Deferência ao Legislador”. Por sua vez, a discussão acerca do resgate da política e da justiça política, bem como da sua interação com as virtudes e as instituições, decorre da pesquisa do professor Coletto, em especial, quando do desenvolvimento do seu livro “Entre Virtudes e Instituições”. Cada autor se responsabilizou pela redação principal de sua área de especialidade, com revisão recíproca e crítica da redação. Ambos os autores foram alunos do Professor Luis Fernando Barzotto, conhecendo há mais de duas décadas o pensamento e a pesquisa do Professor Titular de Filosofia do Direito da UFRGS

homenageado neste texto. Assim, o presente artigo integra projeto de pesquisa amplo e há anos desenvolvido de forma dialógica entre os referidos pesquisadores.

Como citar este documento:

COLETTTO, Bruno Irion; MOREIRA, Pedro da Silva. O direito e a inexorabilidade da política. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 24, n. 45, e6532, jan./dez. 2026. DOI: <https://doi:10.12662/2447-6641oj.v24i45.6532.pe6532.2026>. Disponível em: link do artigo. Acesso em: xxxx.