

JOSÉ JARDIM ROCHA JÚNIOR

***DA HISTÓRIA DA POLÍTICA À POLÍTICA DA MEMÓRIA:
O CONFLITO E O SENTIDO DA LINGUAGEM CONSTITUCIONAL
DOS DIREITOS NA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DE DIREITO***

DOUTORADO EM DIREITO

**FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Brasília, 2010.**

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central da Universidade de
Brasília. Acervo 995734.

R672d Rocha Júnior, José Jardim.
Da história da política à política da memória : o
conflito e o sentido da linguagem constitucional dos
direitos na república democrática de direito / José
Jardim Rocha Júnior. -- 2010.
x, 305 f. ; 30 cm.

Tese (doutorado) - Universidade de Brasília, Faculdade
de Direito, 2010.

Inclui bibliografia.

Orientação: Marcus Faro de Castro.

1. Direito - História. 2. Direito e política. 3. Direito
- Linguagem. I. Castro, Marcus F. de. II. Título.

CDU 34(09)

JOSÉ JARDIM ROCHA JÚNIOR

***DA HISTÓRIA DA POLÍTICA À POLÍTICA DA MEMÓRIA:
O CONFLITO E O SENTIDO DA LINGUAGEM CONSTITUCIONAL
DOS DIREITOS NA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DE DIREITO***

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Linha de Pesquisa 2 (Constituição e Democracia: Teoria, História, Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional)

Orientador: Prof. Dr. Marcus Faro de Castro

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Brasília, 2010.**

TERMO DE APROVAÇÃO

JOSÉ JARDIM ROCHA JÚNIOR

*DA HISTÓRIA DA POLÍTICA À POLÍTICA DA MEMÓRIA:
O CONFLITO E O SENTIDO DA LINGUAGEM CONSTITUCIONAL
DOS DIREITOS NA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DE DIREITO*

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito, perante a seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Marcus Faro de Castro
Faculdade de Direito, UnB

Membros: Prof. Dr. José Ribas Vieira
Faculdade Nacional de Direito, UFRJ

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco
Instituto Brasiliense de Direito Público

Prof. Dr. Terrie Ralph Groth
Instituto de Ciência Política, UnB

Prof. Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo
Faculdade de Direito, UnB

Brasília, 24 de março de 2010.

AGRADECIMENTOS

Justo no período em que estive desenvolvendo a investigação que culminaria nesta tese, duas entre as pessoas que mais amei na vida se foram. Essa experiência tornou sobremaneira difícil manter o interesse no doutorado e concluir este trabalho.

Ângela, Amanda e Mateus permaneceram ao meu lado em todos os momentos, me motivando e cobrando com o seu amor a finalização da tese. Não apenas por isso, mas por tudo o que eles representam e já me concederam na vida, é a eles que eu dedico este trabalho.

Alguns *companions*, da academia ou não, inspirados sem sabê-lo nas palavras que o gnóstico Evangelho de Tomé atribuiu a Jesus — “Trate o seu amigo como se fosse a menina (*pupilla*) dos seus olhos” —, estiveram na linha de frente dos esforços para me empurrar, me puxar e fazer com que eu conseguisse fechar esse ciclo na UnB e em Brasília.

Dentre as pessoas que, como sempre, foram mais generosas comigo estão George Galindo, Loussia Musse Félix e Terrie Groth. Muito do pouco de valor que há neste trabalho deve-se a conversas que tive com George: eu só lamento não ter conseguido avançar ainda mais nos argumentos a favor de uma política anamnética, para oferecer um contraponto à mitologia especulativa que mantém paralisado o Ocidente. Loussia esteve presente nos momentos mais importantes, tentando suscitar em mim a capacidade para ver algum valor no meu envolvimento com a academia. Terrie, um pragmatista na *praxis*, sempre me brindou com discussões e conversas agradabilíssimas, mas, sobretudo, me fez uma certa ligação telefônica, num desses dias que até aquele momento deveriam ser esquecidos, com aquela palavra certa: “entrega isso e marca a sua banca”.

Embora, infelizmente, vivamos num tempo em não se deve mais contar com a consideração dos outros, conhecer a dedicação e a disponibilidade do Prof. Marcus Faro de Castro foi para mim uma experiência alentadora. Encontrei nele um orientador sempre criticamente receptivo às ideias e ao curso que eu pretendia conferir à minha pesquisa. Como ficará claro na leitura do texto, foi a partir de uma reflexão, também crítica, sobre uma das suas preocupações intelectuais que surgiu o *insight* que me conduziu a uma das ideias centrais da minha argumentação. Bem, eu também alimento a esperança de haver conseguido atender a uma das suas frequentes demandas dirigidas a mim: facilitar a vida dos meus improváveis leitores.

Fora do âmbito da UnB, Ziller se converteu numa espécie de compensação pelo que aconteceu no período do doutorado. Ele me procurou em 2007, motivado pelo interesse em conhecer a obra de Dietrich Bonhoeffer, o mesmo autor que, acredito, instigou George, e eu mesmo, em seguida, a avançar em direção às posições “messiânicas” — em sentido benjaminiano — que distinguem agora o seu pensamento. Por tudo o que ele fez e tentou fazer por mim, e por ver o efeito devastador que a leitura de Bonhoeffer também teve na vida dele, eu só posso dizer ao Ziller o que disse ao George em 2002: “me perdoa por ter te seduzido com a ideia de um cristianismo antiplatônico”.

Em meio a tanta névoa e dúvida, uma luz, provavelmente o rastro de um velocíssimo cometa, iluminou e trouxe alguma certeza à minha vida no momento final de redação da tese: Jairina. Durante aqueles dias entre 2009 e 2010, amar Jairina foi uma das poucas

coisas em que eu “sentia” haver sentido. É só por isso que ainda hoje há tremor quando nos reencontramos.

Muitas outras pessoas, em diferentes medidas, contribuíram para que essa empreitada chegasse ao fim. Só consigo me lembrar de algumas: Carlene e Déo, que ao cuidar da minha casa e dos meus filhos, “escreveram” algumas dessas páginas; Fernando, de longe, mas sempre confiando mais do que eu mesmo na bondade acadêmica da minha pesquisa; Bruna, Horácio e outros colegas de trabalho que dia após dia me cobravam um ponto final nesta tese.

As discussões travadas com professores e colegas da pós-graduação me permitiram fazer um trabalho acadêmico muito superior ao que eu conseguiria sem essa contribuição.

Por fim, sem o apoio da Coordenadora da Pós-Graduação, Prof^a Claudia Roesler, e sem a paciente ajuda da Lia, da Helena e dos outros colegas da Secretaria, seria simplesmente impossível superar os problemas burocráticos que foram surgindo ao longo do caminho.

A todos os meus agradecimentos.

*“Quem quer manter a ordem?
Quem quer criar desordem?
É seu dever manter a ordem,
É seu dever de cidadão.
Mas o que é criar desordem:
Quem é que diz o que é ou não?”*

(Desordem, Titãs)

SUMÁRIO

Introdução	1
------------	---

PARTE I

HISTÓRIA E META-HISTÓRIA DA POLÍTICA E DO DIREITO: AS LINGUAGENS DA POLÍTICA OCIDENTAL

1. Política, direito e história	
1.1 A <i>physis</i> da política e do direito da sociedade ocidental	18
1.2 Política, linguagem e história	28
2. Texto e contexto: as histórias do pensamento político e jurídico ocidental	
2.1 A história tradicional do pensamento político e jurídico	33
2.2 A superação do paradigma da tradição: as raízes intelectuais da metódica contextualista de Cambridge	45
2.3 Os fundamentos teóricos da metódica histórica de Cambridge	54
2.4 A compreensão histórico-conceitual da política e o problema da política pré-lingüística	62
3. <i>Intermezzo</i> –Um <i>excursus</i> sobre anacronismo: história e meta-história do conceito de Estado de Direito	68
4. As linguagens da política ocidental entre o final do Medievo e a consolidação da sociedade comercial	
4.1 A redescoberta do <i>politikos</i> : as linguagens da política na transição do Medievo à Modernidade	75
4.2 As linguagens da política e a consolidação da sociedade comercial	84

PARTE II

A POLÍTICA DOS DIREITOS COMO HISTÓRIA

1. O direito e as linguagens dos direitos: cultura e monocultura dos direitos	94
2. A linguagem pré-moderna dos direitos	
2.1 A linguagem dos <i>jura et libertates</i> na política europeia entre os séculos X e XIII	97

2.2 A pobreza franciscana e o <i>dominium</i> : o debate sobre a origem da linguagem dos direitos subjetivos	103
2.3 “ <i>Jus praedicandi evangelium</i> ”: a linguagem teológica do <i>ius naturae et gentium</i>	117
3. As paixões, os interesses, e os direitos: a linguagem dos direitos e a institucionalização da sociedade comercial	
3.1 Recepção e secularização da linguagem do <i>ius naturae</i>	122
3.2 Das paixões aos interesses: o triunfo da sociedade comercial	132
3.3 Dos interesses aos direitos: a institucionalização da sociedade comercial entre a economia política e o <i>ius naturae</i>	141
3.4 A teoria dos direitos na jurisprudência natural de Adam Smith	147
4. A despolitização e a “desmoralização” da linguagem dos direitos	
4.1 Depois da revolução dos direitos	150
4.2 A formação do positivismo dogmático no <i>Jus Publicum Europeum</i>	155
4.3 A linguagem dos direitos públicos subjetivos	163
5. A linguagem contemporânea dos direitos constitucionais e a política liberal <i>lochneriana</i>	
5.1 Linguagem dos direitos e supremacia judicial: a rearticulação <i>lochneriana</i> da política liberal	168
5.2 A evasão teórica da política: a justificação <i>rights-based</i> do constitucionalismo <i>lochneriano</i>	181
5.3 A superação da do constitucionalismo <i>lochneriano</i> : os conceitos avaliativos e a <i>prison-house of language of rights</i>	196

PARTE III

REPÚBLICA, LIBERDADE E MEMÓRIA: A LINGUAGEM DOS DOS DIREITOS COMO PRÁTICA DO CONFLITO

1. A “invenção” dos republicanismos	
1.1 Os <i>republican revivals</i> e suas aporias	209
1.2 O problema “Maquiavel”, a historiografia da Renascença e a “invenção” do republicanismo	215
1.3 Republicanismos: humanismo cívico e teoria neo-romana da liberdade	226
2. A concepção republicana da liberdade	
2.1 <i>Joshua vs. Lochner</i>	230
2.2 Três conceitos de liberdade?	236

2.3 Ordem, desordem e liberdade: a concepção republicana de Maquiavel	243
3. Republicanismo conflitivo e o sentido da linguagem dos direitos	
3.1 Os direitos na república democrática de direito: a linguagem dos direitos como prática do conflito	253
3.2 Da história à política: os limites da política da historiografia	259
3.3 A política anamnética: memória, conflito e direitos	267
Conclusão	279
Bibliografia	284

RESUMO

Esta tese, valendo-se de uma metódica histórica que compreende a política como uma prática discursiva articulada com base em linguagens políticas, analisa o papel dos direitos na consolidação da crença que tem predominado na sociedade ocidental a partir das revoluções liberais, segundo a qual as nossas mais relevantes questões de moralidade política têm que ser discutidas e enfrentadas em termos de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados aos indivíduos. Em um primeiro momento, essa análise se apresenta como uma história intelectual dos direitos a partir do período delimitado pelos debates teológicos acerca da propriedade e da pobreza entre os séculos XIII e XIV, passando pela consolidação da linguagem dos direitos como o elemento estruturante da institucionalização jurídica da política liberal, por efeito da recepção do *ius naturae* na linguagem da economia política, e alcançando o triunfo no constitucionalismo contemporâneo da ideia de direitos fundamentais salvaguardados pelo exercício do *judicial review* dos atos do Poder Público. Em um segundo momento, intenta-se fazer uma política dos direitos a partir da memória, num esforço de ressignificação da linguagem constitucional dos direitos como uma prática discursiva do conflito, tendo por referência a noção de liberdade acolhida na leitura de Maquiavel da tradição republicana.

Palavras-chave: linguagens da política, linguagem dos direitos, história das idéias, teoria constitucional republicana, conflito, política da memória.

ABSTRACT

Taking into account a historical methodology which views politics as a discursive practice articulated on political languages, the intention of the present work is to analyze the role of rights in the predominance in Western society from the liberal revolutions of the ideal according to which our most fundamental issues of political morality must be discussed and decided in terms of basic rights constitutionally guaranteed to individuals. At first, this analysis is presented as an intellectual history of rights from the period delimited by the theological debates about property and poverty between the thirteenth and fourteenth centuries, going through the consolidation of the language of rights as the founding element of institutionalization of liberal politics, due to the reception of *ius naturae* in the language of political economy, and achieving in contemporary constitutionalism the triumph of belief in basic human rights safeguarded by the judicial review of state actions. After, this work attempts to defend an anamnestic politics of rights, an effort for resignifying the constitutional language of rights as a discursive practice of conflict, based on the notion of freedom sustained in the Machiavelli's reading of republican tradition.

Keywords: languages of politics, language of rights, intellectual history, republican constitutional theory, conflict, anamnestic politics.

INTRODUÇÃO

I

A discussão das controversas questões de moralidade pública que dividem as sociedades contemporâneas, assim como a conexa discussão das controversas questões jurídicas — constitucionais, no caso dos temas fundamentais — implicadas nesses problemas de moralidade, tem-se singularizado já há algum tempo por uma flagrante hostilidade à política, ao conflito, à contestação, e pelo temor de resistência ao *status quo* por parte dos descontentes e, por efeito dessa resistência, de perturbações à paz social. É claro que os cidadãos e, principalmente, os teóricos que engendram argumentos para alimentar esse desprezo pela política reconhecem a existência de desacordos na sociedade e a necessidade de se chegar a um consenso nas questões de moralidade pública. Todavia, eles procuram a superação dessas divergências animados fundamentalmente pela crença de que “o exercício do poder político é apropriado e, conseqüentemente, justificável apenas quando é exercido em conformidade com uma Constituição cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar sejam endossados por todos os cidadãos, à luz de princípios e ideais que são aceitáveis para eles como indivíduos razoáveis e racionais”.¹

A partir dessa crença, a ordem constitucional e os direitos nela ancorados não são tratados como uma dimensão da política e, portanto, como realidades sociais também imersas em conflitos, mas antes como dispositivos idôneos para a ocultação e a superação da política e seus efeitos desagregadores. É, assim,

¹ RAWLS, John. *Political Liberalism*, p. 217.

compreensível que os simpatizantes dessa visão liberal da política — essa confiança “no poder das palavras escritas em pergaminhos para manter as instituições políticas em ordem”² —, comprometidos com a obtenção de consenso a partir de uma razão pública ou do exercício de uma racionalidade discursiva não distorcida, alimentem desconfiança com respeito a uma política conflituosa, desagregadora, pouco razoável e, menos ainda, racional. Menos compreensível, todavia, é que também críticos da hostilidade liberal à política se revelem temerosos desse seu caráter desarrazoado, irracional, inclinando-se por enfrentar as divergências em matéria de moralidade pública obcecados igualmente com a descoberta de algum reino da “comunidade” ou da “identidade” no qual os efeitos disruptivos dos conflitos sociais não se façam presentes ou, se presentes, que sejam ao menos abrandados.³

Essa disseminada crença da sociedade ocidental na irracionalidade da política explica-se em grande medida pelo avassalador *imperium* da epistemologia iluminista na compreensão dos problemas de moralidade pública. Segundo Kant, a superação das sociedades pré-modernas, baseadas numa moralidade tradicional, exigia uma nova fundamentação moral, uma fundamentação moral *racional*, para a sociabilidade humana. Essa fundamentação *racional* da moral seria incompatível com as formas de sociabilidade inerentes à política, em face do seu caráter disruptivo, hostil, arcaico.⁴ Daí o alheamento da política, ou, mais precisamente, da sua redução ao direito, na conceptualização da moralidade racional que permitiria a subsistência mesmo de um “povo de demônios”. Como sustentado por Kant na *Paz Perpétua*, a transformação da diversidade dos interesses sociais antagônicos numa comunidade

² HAMILTON, Walton. “Constitutionalism”, p. 255.

³ Cf. MACINTIRE, Alasdair. *After Virtue: A Study in Moral Theory*; e SANDEL, Michael. *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy*.

⁴ Para essa antropologia política do Iluminismo, cf. SAINT-AMAND, Pierre. *The laws of hostility: politics, violence and the Enlightenment*.

submetida a leis universais, isto é, a preservação da multidão de “seres racionais, todos necessitando de leis universais para a sua preservação, mas cada qual se inclinando secretamente a isentar-se delas”, só poderia ser alcançada por meio de “uma Constituição tal que, embora eles, nas suas disposições privadas, conflitem entre si, ainda assim possam controlar-se mutuamente, de maneira que o resultado da sua conduta pública seja o mesmo que se obteria se eles não tivessem aquelas más disposições”. Somente a razão poderia se valer do “mecanismo da natureza, através das inclinações egoísticas que naturalmente impelem um contra o outro também externamente, como um meio para alcançar o seu fim, a regulação jurídica (*der rechtlichen Vorschrift*), e, assim, promover e assegurar a paz interna e externamente”. Ao invés da conflituosidade da política, a sociabilidade harmoniosa que resulta da regulação jurídica do intercâmbio entre os homens: enfim, a política de “joelhos perante o direito”.⁵

No *script* do liberalismo kantiano, o acolhimento dessa *episteme* racionalista é um pressuposto para a sustentação dos ideais de liberdade, direitos e democracia do projeto político moderno, de maneira que a rejeição da racionalidade universalista teria por resultado, inapelavelmente, a barbárie, o Holocausto. É que a política kantiana, assumindo-se fundada numa moralidade concebida em termos do que é melhor para a humanidade em geral, com independência de histórias e culturas particulares, não pode aceitar que as instituições e a *praxis* liberais subsistiriam num contexto social dominado por uma moralidade determinada com referência à história específica de cada comunidade. Como sustentou Habermas, a própria experiência do Ocidente no século XX, um século que, “mais do que qualquer outro”, revelou o horror

⁵ KANT, Immanuel. *Toward Perpetual Peace. A Philosophical Project*, pp. 335-336 e 347.

do irracionalismo, justifica a necessidade de se permanecer fiel a uma compreensão da política e do direito orientada pela epistemologia universalista kantiana, tal qual a desenvolvida no seu monumental esforço para a concepção de um paradigma discursivo-procedimental. Nesse domínio ideológico — no sentido weberiano e não marxista —, mesmo reconhecendo-se que não é mais possível uma “confiança essencialista na razão”, ainda se acredita que a reconciliação do homem com a sua contingência histórica tem que estar ancorada na razão, numa razão que agora “se volta contra si mesma”. A crítica da razão é uma obra da razão.⁶

Ainda que Habermas não apresente os argumentos mais apropriados, é compreensível a sua preocupação com os riscos opostos às pretensões normativas do discurso filosófico da modernidade pelas incertezas das interpretações estetizantes pós-modernas e pelas certezas das assimilações cientificistas subjacentes às novas feições das teorias sistêmicas. Também aqui a política — se por política há de significar o que as comunidades ocidentais têm feito quando falam que estão fazendo política — está por completo alijada do quadro das preocupações. No primeiro caso por se entender que do empreendimento político iluminista emergiu uma sociabilidade na qual “o poder, o direito e o conhecimento estão submetidos a uma radical indeterminação”, levando a comunidade a se converter no palco de uma “aventura incontrolável” na qual “o que é instituído nunca fica estabelecido, o que é conhecido permanece indeterminado pelo desconhecido”.⁷ Com isso, as decisões políticas e jurídicas imprescindíveis à efetivação da justiça e da paz social revelar-se-iam na verdade “indecidíveis”:

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, p xli. No mesmo sentido, cf. HABERMAS, Jürgen. “Modernity: An Incomplete Project”.

⁷ LEFORT, Claude. *The Political Forms of Modern Society: Bureaucracy, Democracy, Totalitarianism*, p. 305.

“O indecidível não é somente a oscilação ou a tensão entre duas decisões. Indecidível é a experiência daquilo que, estranho, heterogêneo à ordem do calculável e da regra, *deve* entretanto — é de *dever* que é preciso falar — entregar-se à decisão impossível, levando em conta o direito e a regra. (...) De certa maneira, poderíamos mesmo dizer, correndo o risco de chocar, que um sujeito nunca pode decidir nada: ele é mesmo aquilo a *que* uma decisão só pode acontecer como um acidente periférico, que não afeta a identidade essencial e a presença substancial a si mesmo que fazem de um sujeito um sujeito”.⁸

Nesse domínio intelectual, considera-se que a transcendência do *grid* racionalista e universalista exigiria vivências intelectuais e estéticas sensíveis, mediante uma estratégia, se é que se pode assim dizer, “argumentativa” articulada em termos de anticonceitos, de fórmulas paradoxais, de criação de *différance* onde parece haver simples contradição. E da crítica ou do rechaço *tout court* aí lançado à objetividade, à subjetividade, à identidade, à legitimidade democrática, à legalidade, aos direitos — enfim, a quase tudo que tem estruturado a sociabilidade moderna —, tem resultado, no mais das vezes, uma obstinada recusa à formulação de narrativas tendentes à restauração da casa vazia depois da expulsão dos demônios.⁹ É quase sempre *apathia* ou, no pior dos mundos, *anomia* em face das necessidades nada excitantes que o cuidado prático com os assuntos da vida ordinária demanda de todos que tem resultado da melancólica indiferenciação dos pós-modernos com respeito aos

⁸ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, pp. 46-47. Esse discurso, paradoxalmente, é recepcionado mesmo entre aqueles que ainda vislumbram possibilidades progressistas na política constitucional liberal: “A universalidade implica transcendência das diferenças, a busca por consenso. Assim, ela requer que a premissa de correção de uma ordem fundamental seja enunciada em termos altamente abstratos. Mas de princípios altamente abstratos de correção não podem ser convincentemente derivadas aplicações neutrais e consistentes”, in MICHELMAN, Frank; e RADIN, Margaret. “Pragmatism and Poststructuralist Critical Legal Practice”, p. 1019.

⁹ Para uma expressão exemplar dessa tendência anômica da compreensão pós-modernista da política e do direito, cf. a abrangente crítica à linguagem dos direitos e ao *judicial review* empreendida por Duncan Kennedy. Kennedy, após propugnar pela perda da fé na retórica dos direitos e nos juízes, recusa-se a formular qualquer macroprograma reconstrutivo, limitando-se a sugerir a indução, “mediante artefatos transgressivos”, das “emoções modernistas associadas com a morte da razão”; cf. KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, pp. 339-376.

elementos da sociabilidade moderna que favoreceriam a emancipação — ou, para os gostos mais refinados, a liberação extática — ou, ao contrário, a impediriam.

Tão graves parecem ser as implicações da contra-intuitiva assimilação da sociedade humana aos sistemas biológicos perpetrada pela teoria social autopoietica. Aqui a reificação do social — afinal, “a primeira e mais importante regra é: trate os fatos sociais como coisas” — efetivamente logrou retirar a sociedade da história (e a história da sociedade), para convertê-la, *in mente*, numa rede de fenômenos (subsistemas) sociais funcionalmente diferenciados. Cada subsistema, auto-referencialmente imerso em si, autista, opera e se reproduz com base numa linguagem própria que, por indecifrável aos outros subsistemas, inviabiliza qualquer possibilidade de recíproca intervenção, de uma interação que sempre se disse externa, entre os diversos subsistemas. Nesse paradigma de observação da sociedade, já que não há aqui sentido que se possa pretender compreender e fazer compreendido, a *legitimidade* — se ainda se puder falar assim em termos humanistas — do direito, da Constituição, em especial, visto que o direito é a “unidade da diferença” entre o “direito constitucional e o outro direito”, é apenas a sua *funcionalidade* na rede sistêmica: a sua virtualidade para generalizar a expectativa da vigência do seu código próprio (direito/não direito) na regulação das condutas humanas.¹⁰

Da compreensão que resulta dessa *episteme* autopoietica pelo menos não se poderá dizer que a política foi descartada ou relegada a um *status* inferior ao direito, visto que todos os subsistemas sociais têm a mesma “dignidade”, determinada pela sua

¹⁰ LUHMANN, Niklas. “La costituzione como acquisizione evolutiva”, p. 95. O *topos* clássico da análise de Luhmann com respeito à diferenciação entre os subsistemas “política” e “direito” é a sua discussão do conceito de Constituição. Segundo Luhmann, a novidade do projeto revolucionário liberal residuiu “no fato de que a constituição torna possível, a um só tempo, uma solução *jurídica* do problema de autoreferencialidade do sistema *político* e uma solução *política* do problema de autoreferencialidade do sistema *jurídico*”, in LUHMANN, Niklas. “La costituzione como acquisizione evolutiva”, p. 110.

igual autonomia em relação aos demais subsistemas e pela “igual” operação de uma sua específica funcionalidade; ou que a política foi, *à la* Kant, reduzida ao direito, visto que a política não pode ser “enfiada” no direito, ou o direito na política: os códigos da política (poder/não poder) e do direito (direito/não direito) não podem ser intercambiados. Aqui direito e política, assim como os demais subsistemas sociais, são, em igual medida, impotentes para determinar ou mesmo afetar diretamente a dinâmica social, já que não se atribui significado algum às pretensões desses domínios para, por efeito da irradiação externa do seu campo normativo, regular os fatos da vida social. A política e o direito — assim como a economia, a moral etc. — só transformam a sociedade ao se transformarem a si mesmos e se revelarem a cada outro subsistema assim transformados, ensejando, em reação, observações e, eventualmente, adaptações dos demais subsistemas sobre si.

A contestação que a visão política kantiana oferece a esses esteticismos e cientificismos críticos não autoriza, todavia, a se ter por fundada a crença na existência de uma conexão necessária entre a *episteme* universalista e racionalista e um projeto político comprometido com a dignidade humana, a liberdade, a democracia. Não há qualquer correlação entre ser um kantiano em epistemologia e defender uma ordem social deferente à democracia e aos direitos humanos.¹¹ Rorty tem razão quando argumenta que “nenhuma disciplina como a ‘antropologia filosófica’ é requerida como um prefácio à política, mas somente a história e a sociologia”.¹² Os liberais, de fato, têm uma propensão para elaborar teorias da natureza humana compatíveis com a visão política que prestigiam. Todavia, eles fazem isso apenas depois de haverem

¹¹ Cf. BLUMENBERG, Hans. *The Legitimacy of the Modern Age*.

¹² RORTY, Richard. “A prioridade da democracia para a filosofia”, p. 241.

estabelecido a sua concepção liberal, e não pela necessidade de uma prévia fundamentação filosófica para a sua crença política.

O próprio Rorty se apresenta como devoto de um “liberalismo burguês pós-moderno”, uma combinação do liberalismo político, “a tentativa de locupletar as esperanças da burguesia do Atlântico Norte”, com a atitude pós-moderna de desconfiar de metanarrativas, ainda que se revelando um descrente das pretensões fundamentalistas da epistemologia kantiana de “justificar para nós mesmos o fato de termos essas esperanças”.¹³ Apesar disso, as posições de Rorty evidenciam com clareza a insuficiência da mera refutação do kantianismo para repolitizar as discussões sobre moralidade pública nas sociedades contemporâneas. Pragmaticamente, a expressão assumida pelo seu liberalismo deskantianizado em nada se distingue do liberalismo kantiano de Rawls ou Habermas no que diz respeito à sua hostilidade ao conflito e à contestação, principalmente, para usar a fecunda terminologia resgatada por Bernard Williams, da contestação dos “*remainders*”,¹⁴ do resto das pessoas, grupos e histórias que não estão contempladas dignamente no projeto político liberal, moderno ou pós-moderno.

II

A presente tese discute a dinâmica histórica que possibilitou à linguagem dos direitos adquirir um papel proeminente na consolidação dessa visão da política e do direito hostil ao conflito que tem pautado as discussões de moralidade pública na sociedade ocidental: o constitucionalismo liberal. Neste trabalho, tendo em

¹³ RORTY, Richard. “Liberalismo burguês pós-moderno”, p. 265.

¹⁴ Cf. WILLIAMS, Bernard. *Problems of the Self*, pp. 170-185.

conta os resultados hauridos em uma compreensão da história que leva a sério os contextos nos quais se vivencia a experiência social, o triunfante constitucionalismo é percebido tão-somente como *um dos* discursos políticos com pretensão de conformação da sociedade enunciados a partir do início da modernidade. Esse discurso é aqui compreendido como um projeto normativo engendrado progressivamente a partir da imbricação entre duas linguagens políticas “faladas” àquele momento histórico: a linguagem dos direitos naturais e a linguagem da economia política da florescente sociedade comercial.

Esse discurso constitucionalista adquiriu expressão institucional com o êxito das revoluções liberais entre os séculos XVII e XVIII. Essas revoluções conseguiram institucionalizar uma visão política comprometida em conformar juridicamente o poder com vistas ao estabelecimento de uma comunidade qualificada pelo reconhecimento de direitos inalienáveis, especialmente daqueles direitos havidos necessários ao exercício da liberdade individual e à persecução dos interesses privados na sociedade comercial. No embate com o discurso do constitucionalismo foram enunciados, obviamente, outros discursos políticos, baseados em outras linguagens políticas então igualmente “faladas”. Nesta tese contrapõe-se ao constitucionalismo o discurso político que a historiografia tem reputado como sendo aquele que ofereceu maior resistência ao seu triunfo: o discurso articulado com referência à linguagem republicana, comprometido com o estabelecimento das práticas políticas e dos arranjos institucionais indispensáveis à fruição de uma existência livre de qualquer dominação ilegítima, e não precipuamente com a tutela daqueles direitos subjetivos necessários à livre persecução dos interesses dos indivíduos.

Tomando por referência essa multiplicidade de linguagens da política, o sentido da categoria *direitos* é aqui analisado ao longo dos discursos políticos e jurídicos enunciados a partir do período histórico delimitado pelos debates teológicos acerca da pobreza evangélica e da propriedade, entre os séculos XIII e XIV. O cerne dessa história da política a partir dos direitos é a transformação das linguagens dos direitos subjacentes aos primeiros discursos teológicos e jusnaturalistas, por efeito do acolhimento das demandas por liberdade para ser proprietário e contratar apregoadas pela economia política da sociedade comercial. O intento aqui é evidenciar o modo como a recepção da linguagem dos direitos naturais na economia política da sociedade de mercado instrumentalizou o discurso do constitucionalismo nos seus exitosos embates com os outros discursos políticos que lhe eram concorrentes nos séculos XVII e XVIII, particularmente com o discurso republicano, que demandava liberdade, em primeiro lugar, na vida política. Daquele momento em diante passamos todos a reconhecer que o peculiar do Ocidente no tocante ao modo de conceber e valorar a política e o direito seria a crença em que as questões de “moralidade política e escolha social têm que se basear, integral ou parcialmente, em alguma apreciação acerca dos direitos dos indivíduos”.¹⁵

Essa conformação da política a partir dos direitos, resultante de uma dinâmica histórica obviamente não isenta de oscilações, culminou com a consolidação da linguagem constitucional dos direitos, é dizer, os direitos fundamentais, como o cerne dos discursos e da prática política e jurídica do Ocidente no renascimento do *rule of law* nas democracias liberais, após a *débâcle* do totalitarismo nazi-facista, e ao longo do enfrentamento à antagônica alternativa comunista. Consolidou-se aí uma

¹⁵ WALDRON, Jeremy. “Introduction”, *Theories of Rights*, p. 1.

compreensão *rights-based* da política, do direito e da liberdade, obcecada com a discussão das questões de moralidade política em termos dos direitos que a Constituição asseguraria aos indivíduos e da garantia oferecida pelo guardião da Constituição para a tutela desses direitos.

Considerando que, como evidenciado anteriormente, essa visão do direito e da política revelou-se alienada da realidade histórica dos conflitos sociais, este trabalho procura apresentar uma compreensão diferenciada da linguagem dos direitos, mais consentânea com os encargos políticos e constitucionais que se impõem a comunidades que se pretendem *repúblicas* comprometidas, como uma questão de direito (*law*), com a igualdade, a liberdade e o pluralismo de valores. A hipótese central que anima a presente investigação é que essa resignificação da linguagem constitucional dos direitos pode ser perseguida a partir de dois impulsos fundamentais: o acolhimento da concepção republicana da liberdade, particularmente na linha conflitiva prestigiada por Maquiavel, e a compreensão dos direitos reveladores dessa liberdade como um discurso e uma prática reativa à memória do sofrimento, ao *status* de injustiça ou opressão. Em suma, tendo por referência esses *insights*, e contra a opinião dominante segundo a qual as “circunstâncias da justiça”¹⁶ exigem uma concepção de direitos entrincheirados na Constituição e tutelados por tribunais constitucionais, será defendido nesta tese que, comparativamente à concepção *rights-based*, uma compreensão da linguagem constitucional dos direitos deferente ao caráter intrinsecamente conflitivo da experiência social oferece mais possibilidades de igual liberdade para todos nas nossas comunidades políticas.

¹⁶ Segundo Rawls, as “circunstâncias da justiça” são aquelas condições sob as quais “a cooperação humana é possível e necessária”, in RAWLS, John. *A Theory of Justice*, p. 126-130.

Como antes mencionei, o *core* metodológico desse esforço de ressignificação da linguagem dos direitos é a ideia de que o entendimento da experiência, das crenças e dos discursos políticos e jurídicos pressupõe o entendimento dos contextos históricos nos quais essas experiências, crenças e discursos foram vivenciadas e enunciadas. Richard Tuck tem razão quando assinala que, da perspectiva contemporânea, é difícil entender que tenha sido possível em algum momento atribuir sentido a um estudo descontextualizado (“*não-histórico*”) do pensamento político ou jurídico: “Era óbvio para nós que (como afirmou devastadoramente Collingwood trinta anos atrás), se alguém quisesse compreender a história de algo, teria realmente que realizar o relevante trabalho de pesquisar a evidência e elaborar o que as pessoas preocupadas com ela seriam capazes de fazer”.¹⁷ Todavia, foram e continuam sendo realizados estudos sobre o pensamento e a prática política e constitucional com esse caráter constrangedoramente a-histórico, estudos comprometidos simplesmente em descobrir e revelar o que cada um dos grandes livros dos grandes autores disse sobre as grandes ideias, as grandes questões, as instituições e categorias atemporais e universais que teriam moldado continuamente a experiência social do Ocidente. Os estudantes de Direito Constitucional ainda hoje *têm* que saber que o sofisticado sistema de controle de constitucionalidade das leis adotado em nossos dias na maior parte das democracias liberais já se fazia presente em “vestígio” na Grécia no século IV A.C., mediante o instituto do *graphé paranómóm*, “pelo qual os cidadãos gregos se tornavam responsáveis pela defesa das leis e da Constituição”, podendo “denunciar, com efeito retroativo, lei ou ato como

¹⁷ TUCK, Richard. “História do pensamento político”, pp. 276-277. O itálico na expressão “*não-histórico*” é do original.

inconstitucional (!) ou contrário ao interesse público”.¹⁸ Descobrir, como parece evidenciar a história constitucional norte-americana do final do século XVIII e início do século XIX, ou, mais tardiamente ainda, a história constitucional europeia a partir da República de Weimar, que a instituição de um mecanismo tão engenhoso de controle judicial da política não poderia remontar a um tempo tão longínquo seria como que profanar o seu caráter sagrado, atemporal, necessário. Sugerir que o conhecimento do contexto é um pressuposto para o entendimento desses grandes autores, dessas grandes ideias, dessas grandes instituições sociais, enfim, desses elementos havidos imprescindíveis à constituição do nosso mundo político, seria como que negar “que eles de fato contêm algum elemento de interesse perene e atemporal”, e, conseqüentemente, equivaleria a eliminar a própria legitimação do estudo pretendido.¹⁹

Na articulação dessa pré-compreensão que leva a sério a história, lançou-se mão nesta tese fundamentalmente dos subsídios metódicos oferecidos pela denominada “Escola de Cambridge” da história do pensamento político, a que se consideram vinculados autores tão importantes como John Pocock, Quentin Skinner, John Dunn, Richard Tuck, James Tully, Donald Winch e tantos outros. No seu devido momento, essa variante metodológica será discutida e criticada nos seus aspectos que interessam à tese. Por ora, é suficiente acentuar que a escolha desse referencial sinaliza a pretensão de se compreender a experiência política e constitucional do Ocidente com referência às várias linguagens efetivamente “faladas” nos contextos históricos relevantes ao entendimento da política dos direitos e os usos (as

¹⁸ Para esse exemplo clássico de anacronismo constitucional, cf. por todos POLETTI, Ronaldo. *Controle de Constitucionalidade das Leis*, p. 9.

¹⁹ SKINNER, Quentin. “Meaning and Understanding in the History of Ideas”, p. 5.

performances) que delas fizeram os variados atores envolvidos na vivência dessa política. Com isso — digamo-lo desde logo — pretende-se evitar uma apreciação historicamente ilegítima da política dos direitos, seja por conta da aplicação ao passado de termos, conceitos e visões políticas e constitucionais de períodos posteriores, seja, ao reverso, por se tratar como entidades naturais, necessariamente presentes em outros tempos e lugares, termos, conceitos e visões próprios a um determinado contexto.

III

Esse intento reinterpretativo foi estruturado nesta tese em dois momentos distintos, conquanto enfaticamente conectados na sua lógica argumentativa. Num primeiro momento, cuidou-se de fazer a *história da política*, discutindo-se o modo como a política das sociedades ocidentais se desenvolveu no período compreendido entre os séculos XIII e o nosso tempo. Inicialmente, essa história da política foi abordada de uma perspectiva mais geral, numa apreensão orientada pela dinâmica das interações ocorridas entre as principais linguagens estruturantes dos discursos políticos ocidentais (Parte I). Depois, essa história da política ocidental foi entrevista da ótica mais específica da linguagem dos direitos, dando ensejo a uma história da política dos direitos — a história da política do Ocidente a partir do uso da linguagem dos direitos nos discursos políticos —, um esforço de elaboração de uma história intelectual da consolidação da linguagem dos direitos como um elemento distintivo do discurso político e constitucional da sociedade ocidental a partir da modernidade (Parte II).

Num segundo momento, num esforço de superação desse discurso liberal dominante, intenta-se defender a legitimidade de basearmos a prática da nossa política na nossa própria experiência histórica; intenta-se, enfim, defender a história mesma como a fonte para as nossas ideias e argumentos políticos (Parte III). Essa *política a partir da história* apresentou-se nesta tese como um esforço de ressignificação republicana da linguagem dos direitos constitucionais, orientado pela percepção, haurida na própria história da política dos direitos, de que os nossos argumentos sobre os direitos dependem muito mais das nossas reações às experiências de injustiça e privação da liberdade do que de construtos especulativos baseados em teorias abrangentes. Com isso, a cogitada *política da história* conforma-se como uma *política da memória* na qual, a partir da realidade do conflito inerente à experiência com contextos de injustiça e opressão, os direitos se tornam a linguagem da política de uma república democrática de direito.

Como qualquer trabalho intelectual, também esta tese teve o seu conteúdo determinado pelo juízo pessoal do seu autor quanto ao que seria relevante ser discutido e, dentro do que foi escolhido discutir-se, quanto ao que seria relevante ser enfatizado. Esse juízo foi balizado, obviamente, pelo pouco que o autor conhecia sobre os particulares temas enfrentados na tese, mas também, e fundamentalmente, pela sua compreensão mais geral acerca do sentido da política e do direito, pela — para usar mais uma vez o chavão — sua *Weltanschauung*. Concretamente, essas determinantes me levaram a conferir maior ênfase à discussão do referencial compreensivo da história das ideias políticas e jurídicas (Parte I) e à história intelectual da política dos direitos (Parte II) do que ao esforço de ressignificação republicana da linguagem constitucional dos direitos (Parte III). E, num esforço de

determinação de segunda ordem das questões que mereciam maior ênfase dentre as ênfases, a discussão da história intelectual dos direitos foi orientada pelo propósito de se destacar a fundamentalidade da conexão e interação entre as linguagens dos direitos naturais e da economia política para o sentido da política dos direitos que se consolidou na sociedade ocidental. Daí, a partir da política teológica dos séculos XIII e XIV, dirigir-se a narrativa até esse momento do encontro dos direitos naturais com a economia como um ponto de inflexão, e a partir dele até a política do liberalismo do século XX no pós-guerra. Fosse outro a decidir as questões que deveriam merecer discussão e ênfase no universo de problemas que eu tomei como referência, outro seria o trabalho produzido, certamente muito mais qualificado do que o trabalho que as minhas capacidades, deficiências, preconceitos, motivação etc. me permitiram fazer, mas que não seria a minha tese.

É a legitimidade acadêmica da tese que eu quis e pude fazer que se intenta defender nas páginas que se seguem.

PARTE I

**HISTÓRIA E META-HISTÓRIA DA POLÍTICA E DO DIREITO:
AS LINGUAGENS DA POLÍTICA OCIDENTAL**

1. Política, direito e história

1.1 A *physis* da política e do direito da sociedade ocidental

O ponto de partida para a delimitação do paradigma compreensivo, “epistemológico”, da presente investigação é o acolhimento da orientação que reclama o enriquecimento das discussões jurídicas com a contribuição da política.²⁰ Assim como Waldron, eu entendo que, ao invés de “teorização sobre justiça”, de discussões abstratas obcecadas em saber “em que consiste a justiça, que direitos nós temos, quais seriam os justos termos da cooperação social, e em que se fundamenta tudo isso”, deveríamos pensar as questões jurídicas orientados por “teorização sobre política”, procurando identificar as crenças e intenções reveladas historicamente pelas comunidades ao estabelecer instituições e procedimentos para podem enfrentar as suas divergências em matéria de moralidade política.²¹ Soper, por igual, tem impugnado o abismo verificado atualmente entre a teoria jurídica e a teoria política, sustentando que a questão política fundamental — “Por que deveria eu ou qualquer outro obedecer ao Estado?” — é o mesmo problema moral que deveria preocupar os teóricos do direito. Para Soper, a inclinação dos juristas para discutir questões filosóficas desconectadas dos problemas concretos de moralidade política leva a essa contradição entre a experiência concreta dos cidadãos com a política e o direito e as noções que, nas discussões teóricas, se tomam como os seus equivalentes.²²

²⁰ Como eu pretendo demonstrar no que se segue, essa preocupação, já revelada em outro trabalho, está agora melhor enquadrada historicamente; cf. ROCHA JÚNIOR, José Jardim. *Os direitos humanos como problema do direito positivo: Apontamentos para uma análise deferente às demandas republicanistas do constitucionalismo*, pp. 20-23.

²¹ Cf. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*, pp. 1-4.

²² Cf. SOPER, Phillip. *Una Teoría del Derecho*, pp. 13-24.

Mas não basta uma profissão de fé na necessidade de reconciliar o direito e a política. Ninguém foi mais incisivo do que Dworkin em defender uma “teoria política do direito”,²³ uma teoria que se recusa a compreender o direito orientado unilateralmente por sua dimensão especificamente jurídica, sem consideração à sua dimensão política. Em *Law’s Empire*, Dworkin pretendeu desenvolver uma teoria do direito que atendesse a essa qualificação a partir de dois elementos: a concepção do direito como integridade e o reconhecimento do caráter intrinsecamente interpretativo do direito. A concepção do direito como integridade reclama que o direito seja moralmente compreendido do melhor modo possível.²⁴ Isso, a sua vez, implicaria reconhecer que as questões jurídicas envolvem “apreciações interpretativas”: essas apreciações interpretam a experiência jurídica como uma “narrativa política em construção”.²⁵ A partir desse *background*, Dworkin sustentou que a atividade que singularizaria o direito — a interpretação das normas jurídicas — não pode ser conduzida sem que o intérprete se oriente por uma teoria acerca do melhor modo de compreender o direito.²⁶ Essa teoria estabelece um balizamento para a aplicação dos procedimentos e argumentos tradicionalmente utilizados na interpretação jurídica. Todavia, segundo Dworkin — e a inspiração no círculo hermenêutico gadameriano é evidente —, ela não é concebida independentemente do próprio processo interpretativo no âmbito do qual se procura atribuir o melhor sentido à norma jurídica. Em suma, a construção da concepção do direito — da teoria

²³ DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*, p. 110.

²⁴ “Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que demanda aos legisladores tentar tornar o sistema jurídico moralmente coerente; e um princípio dirigido à aplicação do direito (*adjudicative principle*), que demanda que, tanto quanto seja possível, o direito seja concebido coerente nesse sentido”, in DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*, p. 176.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*, p. 224.

²⁶ Segundo Dworkin, “a integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva das práticas que caracterizam o nosso direito e, particularmente, do modo como os juízes decidem os casos difíceis”, in DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*, p. 216.

sobre o direito — que permite a melhor compreensão moral do direito se dá no âmbito da própria formulação dos argumentos interpretativos.

Tomando por referência essa concepção, Dworkin empreendeu uma vigorosa crítica à divisão de trabalho que se estabeleceu nas discussões doutrinárias contemporâneas, com base na qual a análise das questões de moralidade política é levada a efeito por esforços independentes dirigidos a enfrentar os problemas atinentes às suas duas dimensões: jurídica e política.²⁷ No âmbito da jurisprudência,²⁸ discussões sobre os “fundamentos do direito”, as “circunstâncias nas quais particulares proposições jurídicas devem ser consideradas fundadas ou verdadeiras”, sem qualquer atenção ao problema da autoridade do direito na resolução das questões de moralidade política. No âmbito da filosofia política, discussões sobre a “força do direito”, sobre “o poder relativo de qualquer verdadeira proposição jurídica para justificar a coerção em diferentes tipos de circunstâncias excepcionais”, sem qualquer conexão com os fundamentos normativos do direito.

Com essa profissão de fé, era de se esperar que a concepção de Dworkin sobre os direitos fosse impactada pelo pressuposto segundo o qual apenas no processo de identificação da melhor compreensão moral que o direito (*law*) pode ter — ou seja, no próprio processo de interpretação e definição de quais postulações têm suporte numa leitura moral da Constituição —, é que se poderia dizer se uma determinada reivindicação deveria ou não ser reconhecida como um direito (*right*). Mas não foi isso que aconteceu. Como se sabe, partindo de uma noção do constitucionalismo como a ideia de que a vontade da “maioria deve ser limitada com vistas à proteção dos direitos

²⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, pp. 87-113.

²⁸ Nesta tese, o termo “jurisprudência” (*jurisprudence*, em inglês) será sempre usado nesse sentido, derivado da *jurisprudencia* romana, de teoria do direito, e não no sentido mais usual de um conjunto tendencialmente harmônico de precedentes judiciais.

individuais”, Dworkin concebeu os direitos como *trumps* para impedir que a “maioria seja juiz em sua própria causa”.²⁹ Como *trumps* frente à maioria, os direitos ancoram pretensões individuais que prevalecem “sobre justificações de fundo para decisões políticas que estabelecem objetivos para a comunidade como um todo”.³⁰ Com isso, a concepção dos direitos como *trumps* a favor dos indivíduos contra decisões políticas do governo ou da sociedade, articulada por Dworkin em *Taking Rights Seriously*, opera como um critério ontológico para a definição apriorística acerca da existência ou não de um direito, em completo litígio com a concepção alegadamente política do direito desenvolvida em *Law’s Empire*.³¹

Uma situação concreta discutida por Dworkin ilustra bem essa contradição. Entre as décadas de 1970 e 1980, debatia-se nos Estados Unidos acerca do reconhecimento, com base na cláusula da *free speech* da 1ª Emenda, de um direito da sociedade ao acesso, mediante a atuação da imprensa, a informações de interesse público mantidas em sigilo (*right to know*).³² Esse direito da sociedade asseguraria uma prerrogativa constitucional para a imprensa, por exemplo, televisionar julgamentos criminais, divulgar processos envolvendo empresas em risco de falência, segredos em questões nucleares ou militares. Do ponto de vista substantivo, existiam

²⁹ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, pp. 131-49.

³⁰ DWORKIN, Ronald. “Rights as Trumps”, p. 153.

³¹ A contradição entre os dois Dworkins, o “Dworkin of Fit”, da concepção do direito como integridade, e o “Dworkin of Right Answers”, comprometido com a justificação filosófica dos direitos, é vigorosamente criticada por McConnell (cf. MCCONNELL, Michael. “The importance of humility in judicial review”, pp. 1269-1274). Para a alegação de que a teoria dos direitos de Dworkin, desenvolvida entre as décadas de 1960 e 1970, não foi “curada” pelos influxos da concepção interpretativa do direito sustentada em *Law’s Empire*, na década de 1980, ou pela argumentação baseada na noção de premissa majoritária apresentada em *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constitution*, na década de 1990, cf. por todos SEBOK, Anthony. *Legal Positivism in American Jurisprudence*, pp. 234-255.

³² A questão foi discutida em *Herbert v. Lando*, tendo a Suprema Corte decidido que a liberdade de imprensa, bem assim considerações acerca dos benefícios dela oriundos em termos da construção de uma sociedade mais informada, não asseguraria aos jornalistas imunidade ao dever de testemunhar sobre fatos relacionados à elaboração e à veiculação das reportagens, em processos judiciais instaurados por pessoas nelas citadas que se julgarem ofendidas — *Herbert v. Lando*, 441 U.S. 153 (1979).

relevantes argumentos a favor e contra o reconhecimento de um direito dessa natureza: resumidamente, de um lado, os benefícios advindos de uma opinião pública mais bem informada; de outro lado, os danos às pessoas e empresas envolvidas e os riscos para a segurança do país com a divulgação dessas informações.

O que se esperaria é que Dworkin discutisse esses argumentos substantivos no curso de um esforço interpretativo para identificar a melhor compreensão moral que se poderia atribuir no caso à clausula da *free speech*. Todavia, Dworkin alienou-se por completo dessa discussão de moralidade política, concluindo que essa demanda por informação não poderia ser um direito constitucional simplesmente porque ela constitui um interesse da sociedade numa política (*policy*) pública. E, segundo Dworkin, argumentos a favor do estabelecimento de políticas públicas não fundamentam o reconhecimento de qualquer direito constitucional em benefício da sociedade; os direitos constitucionais são sempre direitos dos indivíduos contra o Estado ou a sociedade, jamais direitos da própria sociedade:

“Se isso significa simplesmente que o público tem um interesse em conhecer (...), então a frase é apenas um outro modo de enunciar o familiar argumento para uma política em favor de uma imprensa livre e poderosa: um público melhor informado resultará geralmente em uma sociedade melhor.

Em qualquer caso, o alegado direito a conhecer é suposto ser um direito não de um cidadão individual, mas do público como um todo. Isso é quase incoerente, porque nesse contexto o ‘público’ é apenas um outro nome para a comunidade como um todo. (...) A análise de questões relacionadas à 1ª Emenda seria mais bem desenvolvida se o interesse público no acesso à informação, que pode bem ser superado pelo seu interesse no sigilo, não fosse equivocadamente qualificado como um ‘direito’ a conhecer.

Agora fica mais evidente porque eu acredito que a estratégia da imprensa de expandir o escopo da 1ª Emenda é uma má estratégia. Há sempre um grande risco que os tribunais — e, de modo geral, o meio jurídico — se orientem por uma teoria particular das normas constitucionais. Se a proteção assegurada na 1ª Emenda é limitada ao princípio que ninguém que deseja manifestar-se sobre qualquer matéria, no modo como ele considera relevante, pode ser censurado, então a

única teoria possível sobre a 1ª Emenda será uma teoria dos direitos do indivíduo. E isso significa que os preceitos que garantem a liberdade de expressão (*free speech*) não podem ser superados por algum argumento no sentido de que o interesse público é mais adequadamente servido pela censura ou pela regulação em alguma ocasião específica”.³³

Portanto, em contradição com a sua refinada teorização política do direito, Dworkin tomou posição numa importante questão de moralidade pública valendo-se de um argumento absolutamente apolítico, formal, fundado na noção subjacente à sua ontologia dos direitos constitucionais segundo a qual esses só podem ser predicados de demandas que expressam interesses fundamentais dos indivíduos em face do Estado ou da sociedade, jamais os interesses fundamentais da própria sociedade. Enfim, a pretensão de Dworkin de elaborar uma teoria *política* do direito não o impediu de continuar sustentando uma concepção dos direitos constitucionais tão receosa em reconhecer a intrínseca politicidade dos direitos, tão reativa a aceitar que a melhor interpretação dos direitos assegurados aos indivíduos numa Constituição é uma tarefa que só pode ser levada a efeito no próprio processo político em que se constrói a melhor compreensão que o sistema jurídico pode ter, e não com base em requisitos formais considerados constitutivos do conceito de direitos, que, apriosticamente, precludem a possibilidade da discussão e contestação política acerca da moralidade ou não do reconhecimento de determinadas postulações como direitos constitucionais.

Essa dificuldade de pensar seriamente o direito com referência à política tem sido um traço marcante na experiência ocidental recente, perdurando mesmo após a consolidação no Ocidente da noção, aparentemente muito mais demandante — afinal, na pretensão de disciplinar o poder pelo direito já está implícito o

³³ DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*, pp. 387-388.

reconhecimento da existência do poder —, de que devemos pensar seriamente a política com referência ao direito. Nesta tese, eu estarei tentando levar a sério o compromisso de pensar o direito com referência à política, o que aqui significa, por igual, levar a sério o compromisso de pensar a política com referência ao direito. Estarei, enfim, tentando discutir e fazer teoria constitucional no sentido de uma compreensão do direito e da política baseada em “um estilo de argumentação rico em conteúdo substantivo, que se supunha corresponder ao conteúdo da própria política”.³⁴ Faro de Castro distingue essa expressão mais politizada e, portanto, mais qualificada das discussões de moralidade pública do “direito constitucional no sentido restrito de uma ciência do direito constitucional”, preocupado com “argumentos concernentes à determinação do conteúdo das cláusulas constitucionais”.³⁵ Particularmente, eu estarei tentando compreender como em seus discursos e práticas políticas a sociedade ocidental, tendo por referência a linguagem dos direitos, enfrentou as suas divergências em matéria de moralidade política. Na base desse intento está, em primeiro lugar, a noção segundo a qual a experiência social tem um caráter inarredavelmente político, aspecto que se discute de seguida neste tópico. Depois, considera-se que a *ratio* para a compreensão dessa condição humana deve ser buscada na própria história, e não em conceptualizações acerca das grandes ideias ou questões que teriam animado o quefazer político da sociedade ocidental ao longo do tempo (aspecto discutido no tópico 1.2).

³⁴ CASTRO, Marcus Faro de. “Beyond Liberalism and its Critics: An Essay in Constitutional Theory”, p. 404.

³⁵ Cf. CASTRO, Marcus Faro de. “Beyond Liberalism and its Critics: An Essay in Constitutional Theory”, p. 404. Para posteriores reafirmações dessa importante distinção, cf. MICHELMAN, Frank. *Brennan and Democracy*, pp. 3-4; e ROCHA JÚNIOR, José Jardim. *Os direitos humanos como problema do direito positivo: Apontamentos para uma análise deferente às demandas republicanistas do constitucionalismo*, pp. 26-29. Para uma crítica conservadora a essa compreensão da teoria constitucional, cf. POSNER, Richard. “Against Constitutional Theory”

O reconhecimento da centralidade da política para a experiência humana tem invariavelmente uma referência última na afirmação de Aristóteles de que a *polis* é uma daquelas coisas que existe por natureza (*physis*) e que o homem é por natureza um animal político.³⁶ Como acontece com respeito a tantos outros autores, a invocação de Aristóteles nas discussões de teoria política enseja sempre a possibilidade de uma argumentação na qual as suas formulações são acolhidas não como uma opinião relevante a ser considerada, mas como uma visão definitiva, atemporal, universal, sobre o *topos* discutido. Mas, tratando-se de Aristóteles, essa falácia argumentativa suscita ainda maior perplexidade, pois que talvez não haja na experiência ocidental outro filósofo político que tenha realizado um trabalho tão exploratório, dialético e, como largamente reconhecido, tão preocupado com os contextos particulares da vida política.³⁷ Faro de Castro divisa precisamente na qualificação do particular e do contingente como elementos essenciais da política o aspecto contrastante da visão aristotélica em relação à concepção platônica da política, que “toma como ponto de partida uma noção abstrata, absoluta, atemporal do bem comum”.³⁸

³⁶ ARISTÓTELES. *Política*, p. 146 (Livro I, 2, n. 9).

³⁷ O papel da dialética na argumentação de Aristóteles tem suscitado permanente debate. Para uma parte da doutrina, a dialética foi importante apenas até a invenção por Aristóteles da lógica formal (analítica), que seria o método de argumentação prestigiado nos seus trabalhos maturidade. Para uma recente defesa dessa tese, cf. ALLEN, James. “Aristotle on the disciplines of argument: Rhetoric, Dialectic, Analytic”. Para a visão contrária, cf. por todos Galston: “Aristóteles foi um escritor profundamente dialético. Não obstante famoso por ter sido o primeiro filósofo a oferecer um relato sistemático dos silogismos e da argumentação demonstrativa, o traço distintivo do seu estilo nos seus trabalhos sobre moral e política é o caráter investigativo ou exploratório”, in GALSTON, Miriam. “Taking Aristotle Seriously: Republican-Oriented Legal Theory and the Moral Foundation of Deliberative Democracy”, p. 336.

³⁸ CASTRO, Marcus Faro de. *Política e Relações Internacionais: Fundamentos Clássicos*, pp. 20-21 e 25, trabalho que aprofunda argumentos apresentados no artigo “Universalismo e particularismo como paradigmas da política”, de 2001. Nesses trabalhos, Faro de Castro faz uma abrangente análise da experiência política ocidental a partir do contraste entre o particularismo de Aristóteles e o universalismo de Platão, reputados como “dois paradigmas centrais e conflitivos do pensamento político ocidental” e, também, “paradigmas da prática da política ocidental, na medida em que os conceitos de ambos oferecem os fundamentos das instituições políticas efetivas, implementadas nas sociedades ocidentais a partir da era moderna”, in CASTRO, Marcus Faro. “Universalismo e particularismo como paradigmas da política”, p. 261.

Não se ignora aqui o recorrente debate acerca do sentido desse caráter *natural* da cidade e da dimensão política da vida do homem. Particularmente, não se ignora aqui a ponderável crítica que se tem dirigido a alguns autores simpáticos à noção do *politikòn zôon* que, ao tempo que reputam a política como indispensável à fruição de uma autêntica existência humana, demandam o sacrifício dos interesses pessoais em prol dos interesses da comunidade. Miriam Galston enuncia incisivamente essa crítica, sugerindo que, “se a natureza humana é política no sentido forte de que as pessoas encontram felicidade, plenitude ou satisfação, integral ou parcialmente, na participação na vida política, então essa participação na vida política não deveria significar sacrifício, mas o seu oposto”.³⁹ Parte dessa vislumbrada contradição resulta do uso na formulação aristotélica do termo *natural* para denotar a relevância da política na vida do homem e da comunidade em que ele se insere. De fato, há uma crença bastante difundida de que há algo naturalmente político no ser humano. É o que ensinaria a história da humanidade, uma história que, como uma questão de fato, demonstraria que a humanidade escapou do agonismo de uma política aberta às possibilidades e riscos apresentados ao *politikòn zôon* à conta de que ele tem mesmo uma natureza intrinsecamente política. Mas, desgraçadamente, “o homem é apolítico. A política existe *entre os* homens e, assim, totalmente *fora* do homem”. É a recusa em reconhecer essa condição humana histórica que fundamenta o mito da *história da humanidade*:

“A solução ocidental para escapar da sua impossibilidade de situar a política dentro do mito da criação do Ocidente é transformar a política em história. Na ideia de história mundial, a multiplicidade de homens é combinada e transformada em um único homem individual, que é então chamado de humanidade. Essa é a origem dos aspectos monstruosos e

³⁹ GALSTON, Miriam. “Taking Aristotle Seriously: Republican-Oriented Legal Theory and the Moral Foundation of Deliberative Democracy”, p. 344.

inumanos da história, que realiza os seus perversos objetivos primeiro na política”.⁴⁰

É evidente que o uso de Aristóteles do termo *natural* não se confunde com essa opinião popular acerca do caráter político do homem. Na *Política*, *natural* não é o que existe necessariamente, involuntariamente, mas apenas aquilo que, uma vez aperfeiçoado, alcançou o seu melhor estado, o seu fim (*telos*), a perfeição; enfim, a autossuficiência:

“A *polis* é a associação resultante daquelas outras [família, aldeias], e sua natureza é, por si, uma finalidade; porque chamamos natureza de um objeto o produto final do processo de aperfeiçoamento desse objeto, seja ele homem, cavalo, família ou qualquer outra coisa que tenha existência. Ademais, o objetivo e a finalidade de uma coisa podem apenas ser o melhor, a perfeição; e a autossuficiência é, a um só tempo, finalidade e perfeição.

Por conseguinte, é evidente que a *polis* é uma criação da natureza e que o homem é, por natureza, um animal político. E aquele que por natureza, e não por mero acidente, não tem cidade, nem Estado, ou é muito mau ou muito bom, ou sub-humano ou super-humano”.⁴¹

Como resulta patente da concepção aristotélica, a política não é algo que diga respeito à obra, sempre perfeita e definitiva, dos deuses ou de quem, vicariamente, se considere investido de poderes divinos na *polis*; por outro lado, ela não se degrada no sem-sentido do sub-humano, dos animais ou dos que, ainda que humanos, vivem na *polis* como animais, tendo voz (*phoné*) mas não a linguagem (*logos*). Acolhendo esse *insight*, a noção prestigiada nesta tese da vida política como algo fundamental, prioritário,⁴² pensa a natureza política do homem em termos de um

⁴⁰ ARENDT, Hannah. “The End of Tradition”, p. 95.

⁴¹ ARISTÓTELES. *Política*, p. 146 (Livro I, 2, ns. 8 e 9 – destaques acrescentados). *Telos* é fim, mas também é meta, ou melhor, o seu alcance; daí, o perfeito, o *teleios*. Cf. o seu uso, por Paulo no *anthropos teleios* (*Epístola de Efésios* 4:13)

⁴² Cf. RORTY, Richard. “A prioridade da democracia para a filosofia”.

“problema de autocompreensão histórica”,⁴³ em termos da “identidade” ou do “auto-reconhecimento”⁴⁴ do homem na história. Enfim, ela reconhece que as possibilidades humanas só podem ser plenamente realizadas na interação humana na história, mediante o uso e a reconstrução política de artefatos sociais: linguagens, conceitos, crenças etc.⁴⁵ É o que se intenta esclarecer no tópico seguinte.

1.2 Política, linguagem e história

No princípio da *polis* estava o *logos*. De fato, todos os viventes têm voz (*phoné*), mas somente “o homem entre os viventes possui a linguagem (*logos*)”.⁴⁶ Se é possível um viver na *polis* como um bem viver qualitativamente distinto do mero viver, é somente por causa do *logos*, da linguagem que “serve para revelar o conveniente e o inconveniente, assim como o justo e o injusto”. Essa é a condição do homem, o único entre os viventes “a ter noção do bem e do mal, da justiça e da injustiça”, dessas coisas que, compartilhadas por diversos homens, fazem a cidade. Na *polis* habita um animal político (*politikòn zôon*) apenas porque ele é um animal linguístico (*logikòn zôon*).

De modo semelhante compreendem-se as coisas na outra tradição fundante do Ocidente. Segundo relata “o mito da origem do mito, a metáfora da metáfora, a narrativa da narrativa”,⁴⁷ também a edificação da cidade dos homens esteve implicada com a disposição pelos homens da linguagem. Como se sabe, os

⁴³ POCOCK, John. *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, p. vii.

⁴⁴ TAYLOR, Charles. *Sources of the self. The making of the modern identity*; e TAYLOR, Charles. *Multiculturalism and the politics of recognition*.

⁴⁵ Cf. PERRY, Michael. *Morality, Politics and Law*, p. 11; e CASTRO, Marcus Faro de. “Beyond Liberalism and its Critics: An Essay in Constitutional Theory”, p. 409.

⁴⁶ ARISTÓTELES. *Política*, p. 146 – as passagens citadas neste parágrafo, igualmente recolhidas na mesma fonte, foram ligeiramente adaptadas.

⁴⁷ DERRIDA, Jacques. *Torres de Babel*, p. 11.

homens todos tinham uma única linguagem em toda a terra (Gênesis 11:1), aquela que lhes dera Javé e com a qual eles deram nomes a todos os seres vivos (Gênesis 2:19-20), mas não tinham uma cidade construída por e para si mesmos, nem um nome para ser lembrado. Daí o “grande enigma da linguagem”: o homem instituiu nomes para todos os viventes com a linguagem que recebeu de Javé, após o que se lançou em um projeto contra Javé para alcançar uma cidade, um nome e uma linguagem sua para enunciá-los.⁴⁸

Eis o sentido desse projeto, segundo a narrativa da Torre de Babel:

“Disseram os homens: ‘Vamos, edifiquemos para nós uma cidade e uma torre cujo topo alcance o Altíssimo. Façamo-nos um nome, para que não sejamos dispersos por toda a terra’. Então Javé desceu para ver a cidade e a torre que os filhos dos homens edificavam. Javé diz: ‘Eis que há só um povo, e todos têm a mesma linguagem. Isto é apenas o começo: agora não haverá limite para tudo que quiserem fazer. Vamos, desçamos e confundamos a sua linguagem, para que um não entenda a linguagem do outro’. Assim, Javé os dispersou pela superfície da terra; e eles cessaram de edificar a cidade. Chamou-se àquela cidade de Babel, porque ali Javé confundiu a linguagem de todos, e dali os dispersou sobre a face da terra” (Gênesis 11: 4-9).

A suma das sugestões de Atenas e Israel para o Ocidente é evidente: a *polis*, a cidade dos homens, a cidade da *politeia*, é a cidade do *logikòn zôon*, é a cidade das linguagens dos homens; mas, por isso mesmo, é também a Babel, a cidade da confusão, a cidade do desentendimento, a cidade do conflito, a cidade da política. Na cidade, com as suas linguagens, os homens falam determinadas coisas, revelam variadas preferências, opõem-se a rumos que são conferidos ou se pretendem ver conferidos aos assuntos públicos, concebem limites para que os outros não possam fazer tudo que quiserem. E é assim porque a “política é uma atividade comunicativamente constituída. Palavras são o seu instrumental, e o discurso é o seu

⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. “La diversidad de las lenguas y la comprensión del mundo”, p. 114.

meio”.⁴⁹ Mas — afaste-se desde logo a maldição babélica da confusão na linguagem— não são as linguagens humanas, que disponibilizam os conceitos, que mais interessam quando pensamos nas linguagens da *polis*. Pocock tem razão ao acentuar que deveria merecer maior consideração o fato de que o discurso político na Europa no início da modernidade era plurilíngue (línguas vernáculas, latim, grego, hebraico etc.); todavia, reconhece que, quando estamos preocupados com a linguagem da política, estamos na realidade preocupados com “idiomas, retóricas, vocabulários e gramáticas especializadas, modos de discursar ou de falar sobre a política que foram criados e difundidos, mas, com muito mais relevância, utilizados no discurso político”.⁵⁰

Compreender a política de uma sociedade é, assim, compreender as linguagens políticas, os conceitos políticos, que ela enuncia enquanto vive a sua política. Esses conceitos políticos são conceitos intrinsecamente contestáveis e contestados pelos envolvidos na prática da política.⁵¹ É que, na medida em que o uso que fazemos desses conceitos expressa o nosso juízo de valor sobre o sentido da política, aquiescer ou não a um determinado uso conceitual significará na realidade aderir ou não à política com ele sustentada. Com isso, a política de uma sociedade será traduzida e mais facilmente identificada nas controvérsias sobre os diversos conceitos avaliativos da política que são articulados por aquela sociedade. Obviamente, a consciência dessa conexão entre conceito e política, conhecimento e realidade, criará

⁴⁹ BALL, Terence & POCOCK, John. *Conceptual Change and the Constitution*, p. 1.

⁵⁰ POCOCK, John. “The concept of a language and the *métier d'historien*: some considerations on practice”, p. 21.

⁵¹ A noção de conceitos contestados foi enunciada por Gallie em 1956 para, mediante uma especificação qualificadora, abarcar dentro da própria noção de *conceito* a multiplicidade de *concepções* decorrentes da interpretação do conceito: essa noção qualificada do conceito seria a expressão “essentially contested concept”, que indicaria aquelas situações de discurso em que “há uma variedade de sentidos empregados para os mesmos termos básicos”; cf. GALLIE, Walter. “Essentially Contested Concepts”, p. 168. A distinção entre *conceito*, a noção unitária abstrata de uma idéia, e *concepções*, a variedade de possíveis aplicações ou realizações do conceito, foi em seguida acolhida nos trabalhos de Hart, Rawls e Dworkin (cf. por último DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, pp. 134-137).

enormes embaraços à pretensão de uma apreensão da política que possa conduzir a um consenso sobre o sentido dos seus conceitos. Talvez, o limite das possibilidades que se oferecem aos que nos envolvemos com a discussão teórica da política seja o acolhimento da suposição de que possa haver razões, além do mero compromisso político, para a atribuição de um determinado sentido a um conceito num discurso político, e, dessa forma, tornarmo-nos mais tolerantes às visões contrárias e mais receptivos à possibilidade de revermos as nossas próprias visões.⁵²

Mais importante, todavia, é perceber que esse contexto linguístico que conforma os discursos políticos é tanto expressão de uma dada configuração histórica da política de uma sociedade quanto, a partir da sua transformação, um impulso fundamental na dinâmica da mudança dessa própria política: “Para algo ser dito, escrito ou impresso, deve haver uma linguagem para enunciá-lo. A linguagem determina o que nela pode ser dito, mas, ao mesmo tempo, ela pode ser transformada pelo que nela é dito. É história o que resulta da interação entre *parole* e *langue*”.⁵³ Assim, a partir da interação entre o contexto linguístico e conceitual (*langue*) e a prática discursiva da política (*parole*) podemos conceber a história da política como uma história da *traditio* ou, mais precisamente, da tradução de *langues* e *paroles*.⁵⁴

É a partir dessa ordem de ideias que nesta tese se toma a história como a *ratio* para a compreensão da peculiar condição política humana, em detrimento de um esforço especulativo de descoberta das grandes ideias ou dos fundamentos racionais

⁵² Para uma inspirada discussão acerca das implicações teóricas e práticas do caráter contestável das linguagens e conceitos políticos, cf. CONNOLLY, William. *The Terms of Political Discourse*, pp. 10-41.

⁵³ POCOCK, John. “The concept of a language and the *métier d'historien*: some considerations on practice”, p. 20. Para a história da transformação dos sentidos de *langue* e *parole* desde o uso indiferenciado que inicialmente se fazia desses termos na lingüística e na semiótica, como, por exemplo, na *Mythologies*, de Roland Barthes, de 1957, cf. CHALABY, Jean. “Beyond the Prison-House of Language: Discourse as a Sociological Concept”.

⁵⁴ Cf. GALINDO, George. “*Quem diz humanidade, pretende enganar?*”: *Internacionalistas e os usos da noção de patrimônio comum da humanidade aplicada aos fundos marinhos (1976-1994)*, p. 103.

da política. Como ficará mais claro nos tópicos que se seguem, a minha dívida aí é principalmente com Pocock e as intuições subjacentes ao que ele denominou, por sugestão de Skinner, de *momento maquiavélico*.⁵⁵ Pocock atribuiu a essa expressão que dá título à sua obra mais influente dois significados: em primeiro lugar, o de um momento histórico particular, o momento em que o pensamento de Maquiavel apareceu na história. Essa acepção do *momento* aponta para o fato de que “certos padrões na consciência temporal dos europeus na Idade Média e no início da modernidade levaram a apresentação da república, e da participação dos cidadãos nela, como um problema de autocompreensão histórica que Maquiavel e seus contemporâneos estavam enfrentando explícita e implicitamente”.⁵⁶ O segundo sentido do *momento maquiavélico* — e é esse que fornece subsídios metodológicos a esta tese — é o de um momento conceitual, e esse aponta para o fato de que o tempo da política, o *seculum*, é uma expressão da *razão*. O cidadão que toma consciência do que significa perceber o tempo historicamente — como, segundo Pocock, foi o caso de Maquiavel e seus contemporâneos —, e não mais escatologicamente ou tradicionalmente, só pode assumir a política, o *vivere civile*, como o modo de dar conta daquilo a que está “vocacionado” a ser: um animal político.⁵⁷

É óbvio que, em um dado momento histórico, sempre estará aberta ao homem acometido de *philopsychia*⁵⁸ a possibilidade de caminhar alheio à sua identidade cívica, de alienar-se diante da marcha da *fortuna*, de perder-se em meio aos

⁵⁵ Cf. POCOCK, John. *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, p. x.

⁵⁶ POCOCK, John. *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, p. vii-viii.

⁵⁷ Para esses três modos de compreender a relação entre o tempo histórico (*seculum*) e a política, cf. CASTRO, Marcus Faro de. *Política e Relações Internacionais: Fundamentos Clássicos*, pp. 31-39.

⁵⁸ *Philopsychia* (literalmente, amor à vida) era o termo pejorativo usado entre os gregos para designar os homens livres que sucumbiam ao vício de priorizar a vida privada, por conta dos dissabores inerentes à *victa ativa* (para essa importante discussão, cf. ARENDT, Hannah. “Introduction into Politics”, pp. 121-123).

seus dramas e paixões pessoais. Contra esses riscos que todos corremos, apenas uma compreensão do tempo como um “movimento de volta a Deus”, como “um amado passivo e inerte”,⁵⁹ pode trazer esperança ou redenção. Mas, infelizmente, tão excelsos dons superam em muito as possibilidades do *vivere civile*, da política.

Levar a sério a história, levar a sério os discursos políticos enunciados com base nas linguagens políticas faladas no Ocidente, significa dar *razão* à história, à memória das lutas e conflitos em torno do modo de governar a nossa vida com liberdade na cidade. Mas, acima de tudo, significa dar à história política e constitucional do Ocidente, à nossa própria história pessoal, uma *razão*. É que

“O passado leva consigo um código secreto que o remete à redenção. Não somos também tocados pelo mesmo sopro de ar que envolveu os que nos precederam? Não ressoa nas vozes que hoje ouvimos um eco das vozes que estão agora caladas? Não têm as mulheres que cortejamos irmãs que jamais conheceram? Se tudo é assim, então um encontro secreto está marcado entre as gerações passadas e a nossa. Então fomos esperados sobre a terra. Então nos foi dada, assim como a cada geração que nos precedeu, uma fraca força messiânica, em relação à qual o passado tem direitos. E esses direitos não podem ser descartados sem custo”.⁶⁰

2. Texto e contexto: as histórias do pensamento político e jurídico ocidental

2.1 A história tradicional do pensamento político e jurídico

Tentar compreender como as sociedades e autores que nos antecederam compreendiam a sua política não é importante apenas por razões intelectuais, no sentido óbvio de que a nossa visão acerca do modo como os outros pensavam a sua política tem decisivas implicações sobre o modo e os motivos pelos quais nos

⁵⁹ POCKOCK, John. *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, p. 7.

⁶⁰ É a segunda das teses de Walter Benjamin sobre a história; cf. BENJAMIN, Walter. “Sobre o conceito de história”, p. 223.

interessamos por eles e seus pensamentos políticos. Quem concebe equivocadamente o que o outro pensou em termos políticos tem grande chances de cometer similares imprecisões no tocante aos motivos porque se interessar em conhecer o pensamento político do outro. Mas há uma razão mais relevante a nos levar a querer compreender mais apropriadamente (historicamente) como as sociedades e autores que nos antecederam pensavam a sua política: é que quando concebemos equivocadamente o que os nossos antecessores pensaram em termos políticos fatalmente incorreremos nos mesmos equívocos ao pensar e viver a nossa própria política. Enfim, aprender a distinguir na nossa condição histórica o que é contingente e o que é necessário nos ajuda numa tarefa fundamental: aprendermos a pensar e a resolver por nós mesmos as nossas questões políticas, porque procurar na história a resposta para os nossos dramas políticos “é incorrer não apenas em uma falácia metodológica, mas também numa espécie de falha moral”.⁶¹

Qualquer filósofo, jurista, cientista social ou historiador que se disponha a esse desafio e se proponha a estudar como a história do pensamento político e constitucional é compreendida no nosso tempo ficará certamente atordoado com o espectro de questões que serão oferecidas à sua reflexão. E isso não tanto em razão da variedade de posições reveladas pelos historiadores e filósofos políticos nesse período, mas antes por conta das sucessivas transições entre as filosofias políticas ou metodologias históricas dominantes ou, pelo menos, influentes a cada momento e, mais ainda, da pluralidade de interpretações acerca dos fatores que teriam determinado essas mudanças nos paradigmas conceituais.

⁶¹ SKINNER, Quentin. “Meaning and understanding in the history of ideas”, p. 53.

Para o entendimento dessas transições, podemos tomar como ponto de partida o que se habituou chamar de história tradicional do pensamento político.⁶² Na formulação influente e, como veremos, crítica de Pocock, fazer uma história tradicional ou convencional do pensamento político é dizer que as razões que temos para estudar os filósofos políticos e “a natureza da consideração que devemos dedicar a eles são desse modo como ele tem evoluído no curso de nossa experiência histórica”; significa simplesmente aceitar que “há um conjunto de escritores a quem nós adquirimos o hábito de dar atenção; e alguns pontos de vista desde os quais eles se afiguram interessantes a nós”.⁶³ Estudar esses pensadores e esses pontos de vista é um comportamento tradicional: “eles e seu estudo formam uma tradição, ou parte de uma tradição, que, nas palavras de Oakeshott, *nós temos que conhecer*”.⁶⁴

A percepção da existência de uma tradição de grandes autores e ideias políticas no Ocidente, como algo dotado de um significado perceptível e compartilhável entre os estudiosos, consolidou-se nas primeiras décadas do século XX, afetando, a partir daí, todos os trabalhos convencionais (tradicionais) sobre a história do pensamento político. A ideia de tradição tornou-se um paradigma para a historiografia do pensamento político, e não apenas nos trabalhos que a acolhiam, mas também nas leituras não tradicionalistas, que a tomavam como referência para a crítica.⁶⁵ Apesar da referência a um paradigma comum, nesses trabalhos convencionais havia duas percepções bastante diferentes acerca do valor da tradição. A primeira percepção, mais modesta, animada pelas implicações políticas da distinção

⁶² Essa é uma estratégia recorrente. Entre tantos, cf. GUNNEL, John. *Teoria Política*; TUCK, Richard. “História do pensamento político”; e BALL, Terence. *Reappraising Political Theory*.

⁶³ POCOCK, John. “The history of political thought: a methodological inquiry”, pp. 3-4.

⁶⁴ POCOCK, John. “The history of political thought: a methodological inquiry”, p. 4 (itálico acrescentado).

⁶⁵ Cf. GUNNEL, John G. *Teoria Política*, p. 26.

entre fato e valor desenvolvida nos círculos neokantianos,⁶⁶ contentava-se em afirmar, normalmente sob a forma de manuais com pretensão de compreender tudo quanto haveria de importante na história do pensamento político ocidental, manuais reputados tanto mais qualificados quanto mais páginas tinham, que os autores estudados integravam uma tradição política que os leitores deveriam conhecer — algo como dizer que esses autores que eles estudavam na tradição ocidental deveriam ser estudados porque integravam a tradição ocidental —, sem avançar em qualquer postulação quanto à validade das teorias defendidas por eles.

A segunda percepção, bem mais pretensiosa, afirmava não apenas que havia somente uma abordagem legítima para compreender a política, aquela consubstanciada precisamente na tradição das grandes obras escritas entre Platão e Marx que discutiam as questões políticas permanentes, mas também que essa tradição permitiria a formulação de filosofias políticas universais, filosofias capazes de oferecer soluções objetivas e incontestáveis para os nossos problemas, que se assumiam serem os mesmos que foram enfrentados pelas sociedades em que viveram Platão, Aristóteles, Santo Agostinho, São Tomás de Aquino, Maquiavel, Hobbes, Locke, Kant, Hegel, Marx e todos os outros reputados como autores “épicas”.⁶⁷

Os exemplos mais expressivos da variante mais ambiciosa da história do pensamento político orientada pelo paradigma da tradição são sem dúvida os de Leo

⁶⁶ A metódica neokantiana, especialmente na forma proposta por Windelband e Rickert (Escola de Baden), adquiriu a forma de uma filosofia de valores, que se opunha, de um lado às concepções que negavam o *status* científico às questões axiológicas e, de outro lado, às concepções que, conquanto atribuindo esse *status* aos valores, defendiam que eles deveriam ser apreendidos de modo similar ao que se fazia com respeito à realidade. A outra expressão do neokantianismo (a Escola de Marburgo) permaneceu próxima do ideário tradicional da epistemologia, tentando reconciliar razão e natureza, na linha do esforço de Hermann Cohen para, a partir da Matemática, criar uma “ética científica”; cf. ROCHA JÚNIOR, José Jardim. *Os direitos humanos como problema do direito positivo: Apontamentos para uma análise deferente às demandas republicanistas do constitucionalismo*, pp. 92-94.

⁶⁷ Segundo Wolin, a magnitude do trabalho desses autores e a sua capacidade para inovar os termos da discussão das questões perenes da tradição ocidental e propor novas soluções confeririam um caráter “épico” ao seu pensamento político, cf. WOLIN, Sheldon. *Hobbes and the epic tradition of political theory*.

Strauss e Hannah Arendt.⁶⁸ Talvez, esse parentesco intelectual vislumbrado entre Strauss e Arendt crie embaraço a alguns, em face das notórias diferenças e, mesmo, antagonismos existentes entre as posições políticas assumidas por eles.⁶⁹ Strauss tinha um compromisso, por assim dizer, existencial com as demandas decorrentes da dimensão filosófica do pensamento político (afinal, filosofia política é *filosofia*).⁷⁰ Arendt só se interessava pela filosofia política porque ela ainda acreditava nas promessas da *política*, essa prática social absolutamente necessária “para a vida humana, não apenas para a vida da sociedade, mas também para o indivíduo”.⁷¹ Daí só poderiam advir divergências nas apreciações acerca da *theoretikôs bios* (positiva, para Strauss; crítica, para Arendt) e do que seria imprescindível a uma legítima reflexão e ação política: para Strauss, a velha razão especulativa de matiz helênica, reputada idônea para nos conduzir ao conhecimento de conteúdos político-morais objetivos; para Arendt, a inevitabilidade do reconhecimento da politicidade em si das questões afetas à interação humana e da necessidade de nos dispormos para a reflexão e a intervenção sobre essas questões com total liberdade.

Os pressupostos subjacentes à visão de Strauss acerca do propósito do estudo da tradição ocidental do pensamento político são enunciados já na abertura do seu programático “What is Political Philosophy?”: “O sentido da filosofia política e o significativo no seu caráter são tão evidentes hoje quanto têm sido desde a época

⁶⁸ Entre tantos textos, cf. STRAUSS, Leo. “What is Political Philosophy?”; STRAUSS, Leo. *The City and Men*; ARENDT, Hannah. *Between Past and Future*; e ARENDT, Hannah. “The Tradition of Political Thought”.

⁶⁹ Para uma inspirada discussão realçando as diferenças entre Strauss e Arendt, cf. VILA, Dana. “The philosopher versus the citizen: Arendt, Strauss, and Socrates”.

⁷⁰ “Filosofia é, essencialmente, não a posse da verdade, mas a busca da verdade. (...) Da filosofia assim compreendida, a filosofia política é um ramo. Filosofia política será então o esforço para substituir a *opinião* sobre a natureza das coisas políticas pelo *conhecimento* da natureza das coisas políticas”, in STRAUSS, Leo. “What is Political Philosophy?”, p. 344 (itálicos acrescentados).

⁷¹ ARENDT, Hannah. “*Introduction into Politics*”, p. 115.

quando a filosofia política apareceu pela primeira vez em Atenas”.⁷² Desde esses pressupostos, Strauss formulou um projeto intelectual que contemplava dois objetivos relacionados. Em primeiro lugar, *par destruens*, impugnar o que ele qualificava ser uma visão historicista do pensamento político, visão que levaria os historiadores a reescrever arbitrariamente, desde a contingência do presente, a tradição da filosofia política, ou, reversamente, a qualificar a tradição como mera expressão das contingências de determinados momentos históricos. Historicismo é um dos termos mais invocados como referência para crítica nos debates das ciências humanas e sociais, e, nada obstante, é um dos termos cujo significado tem menor precisão. O sentido empregado por Strauss parece ser bem trivial: aquele que afirma a necessidade de uma metódica própria, distinta da metódica geral das *Geistwissenschaften*, para a compreensão do significado da experiência humana, que só pode ser captado historicamente. Tomada nesse sentido, a crítica de Strauss teria por alvo o fato reconhecido de que a expansão no século passado do *Historismus* alemão não representou “apenas uma extensão ‘geográfica’, mas também ‘disciplinar’, visto que as teses historicistas prevalecem na análise das ciências sociais e no estudo do direito, da economia e do Estado”.⁷³ *Par construens*, a intenção de Strauss era redimir a modernidade,⁷⁴ que ele via em crise, mergulhada no hedonismo da democracia liberal,

⁷² STRAUSS, Leo. “What is Political Philosophy?”, p. 343.

⁷³ AURELL, Jaume. *La Escritura de La Memoria. De los positivismo a los postmodernismos*, p. 28.

⁷⁴ Essas pretensões redentoras se fazem presentes, por igual, na obra de outros intérpretes vinculados ao paradigma da tradição. Voegelin, por exemplo, define o *métier d'historien* como uma “análise terapêutica” (cf. VOEGELIN, Eric. *Science, Politics and Gnosticism*; e VOEGELIN, Eric. *A Nova Ciência da Política*). Wolin atribui ao estudioso do pensamento político a vocação de um pedagogo, que introduz as novas gerações “na complexidade da política e nos esforços dos teóricos para enfrentar as suas dificuldades”, in WOLIN, Sheldon. “Political Theory as a Vocation”, p. 1077. Entretanto, tomando-se por base o que se contém na nova edição de *Politics and Vision* (2004), que introduziu diversos capítulos na edição de 1960, é justo dizer que Wolin moderou essas suas pretensões; cf. *Politics and Vision: Continuity and Innovation in Western Political Thought (Expanded Edition)*, pp. 6-7.

desde que a negligência com o estudo da grande tradição apartou do horizonte do Ocidente o conhecimento dos fundamentos de uma política saudável.⁷⁵

Na arqueologia intelectual que empreendeu, Strauss identificou na filosofia política feita na Grécia antiga — iniciada por Sócrates, na sua opinião —, não o momento importante mas, ainda assim, meramente histórico, em que teve início a tradição política ocidental, mas já o momento transcendental de criação do modo definitivo de se compreender e viver a política, momento em relação ao qual todos os outros momentos da própria tradição teriam um valor secundário.⁷⁶ O sentido e valor dessa expressão clássica da filosofia política são enunciados num tom quase místico:

“A filosofia política clássica é não tradicional, porque ela pertence ao momento fértil em que todas as tradições políticas foram abaladas, e ainda não existia uma tradição de filosofia política. Em todos os momentos posteriores, o estudo filosófico das questões políticas foi mediado por uma tradição de filosofia política que conectava o filósofo a essas questões políticas, a despeito do fato de o filósofo prestigiar ou rejeitar aquela tradição. Disso segue-se (sic) que os filósofos clássicos viam as questões políticas com um vigor e uma franqueza que nunca havia sido alcançado antes. Eles examinavam as questões políticas da perspectiva do cidadão ou do homem público esclarecido. Eles *viam* claramente que os cidadãos ou os homens públicos *não viam* claramente, ou *não viam* completamente. (...) Eles falavam a linguagem dos cidadãos ou dos homens públicos. Consequentemente, sua filosofia política é abrangente; ela é teoria política e também habilidade política; ela é tão receptiva aos aspectos jurídicos e institucionais da vida política quanto o é para aqueles que transcendem o jurídico e o institucional; ela é igualmente livre da estreiteza do jurista, da brutalidade do tecnocrata (*technician*), das fantasias do visionário, e da vileza do oportunista. Ela reproduz, e eleva à perfeição, a generosa flexibilidade do verdadeiro homem público, que subjuga o insolente e trata com indulgência o derrotado. Ela é livre de todo fanatismo, porque sabe que o mal não pode

⁷⁵ A influência de Strauss no meio acadêmico norte-americano, no conjunto dos intelectuais alemães estudiosos da história do pensamento político que se refugiaram nos Estados Unidos nos anos 30 (além de Strauss e Arendt, entre tantos, Meinecke, Baron e Gilbert), é testemunhada por um dos seus alunos mais ilustres, num dos textos filosóficos mais belos do século XX (cf. RORTY, Richard. “Trotsky e as orquídeas selvagens”, pp. 154-155). Tuck, escrevendo em 1991, considera que a “sobrevivência institucional do straussianismo nos departamentos de ciência política norte-americanos não é por isso de modo algum surpreendente”, in TUCK, Richard. “História do pensamento político”, p. 285.

⁷⁶ “Comparado com a filosofia política clássica, todo o pensamento político posterior, quaisquer que possam ser os seus méritos, e, em particular, o pensamento político moderno, tem um caráter derivado”, in STRAUSS, Leo. “What is Political Philosophy?”, p. 357.

ser erradicado e que, portanto, as expectativas com respeito à política devem ser moderadas. O espírito que a alma é de serenidade ou sublime sobriedade”.⁷⁷

Segundo Strauss, depois desse seu Gênesis, a tradição política ocidental conheceria outro momento decisivo com Maquiavel, que a refundou em sua expressão moderna. Por efeito da obra de Maquiavel, o gênio do mal,⁷⁸ abriu-se a possibilidade para que, progressiva e inexoravelmente, os subsequentes autores incluídos na tradição pudessem compreender a política e, baseados nessa nova compreensão, os cidadãos pudessem vivê-la com independência das demandas de moralidade que os clássicos haviam assentado, levando ao desastre e à desumanização presenciada pelo Ocidente. Em apertada e temerária síntese, o *script* de Strauss para o processo de deformação da tradição poderia ter um teor similar ao seguinte: seguindo o aniquilamento por Maquiavel das referências da política saudável, Hobbes, inexitosamente, procurou moderar o maquiavelismo, o que, mas apenas parcialmente, foi conseguido por Locke. Em seguida, em outra frente, Rousseau disseminou a noção arbitrária da *volonté générale* como fundamento último da política, lançando as bases para o historicismo de Hegel e, principalmente, Marx. Com isso, degradou-se e, ao final, mortificou-se a tradição política ocidental, conduzindo-nos ao apocalíptico momento nihilista e hedonista que acometeu a sociedade contemporânea a partir do final do século XIX.

Há muito pouco dessa escatologia na visão de Hannah Arendt acerca das possibilidades da política após o exaurimento da tradição ocidental. Aqui a “teologia” tem uma expressão muito mais consoladora, já que a política é julgada capaz de

⁷⁷ STRAUSS, Leo. “What is Political Philosophy?”, pp. 356-357 (itálicos acrescentados).

⁷⁸ STRAUSS, Leo. *Thoughts on Machiavelli*, p. 9.

permitir ao homem — o que, segundo Arendt, nenhuma alternativa filosófica ou religiosa permitiria — não apenas conhecer a sua verdadeira identidade, mas, mais ainda, criar uma nova identidade, nascer de novo, ao abrir-lhe a possibilidade de escapar das suas contingências mediante a vivência política ao lado dos outros homens e mulheres:

“Se os filósofos, apesar de seu afastamento necessário do cotidiano dos assuntos humanos, viessem um dia a alcançar uma filosofia política, teriam que ter como objeto do seu *thaumadzein* [espanto] a pluralidade dos homens, da qual surge — em sua grandeza e miséria — todo o domínio dos assuntos humanos. Falando em linguagem bíblica, eles teriam que aceitar — como aceitaram em mudo espanto o milagre do universo, do homem e do ser — o milagre de que Deus não criou o Homem, mas ‘homem e mulher Ele os criou’. Teriam que aceitar, de uma forma que não se limitasse à resignação da fraqueza humana, o fato de que ‘não é bom para o homem estar só’”.⁷⁹

Portanto, ao invés de lamentações pela perda dos compromissos com a filosofia incutidos na política ocidental por Sócrates, Platão e Aristóteles, em Arendt a oposição entre *política* e *filosofia* é ostensivamente trabalhada como uma chave para a compreensão e o resgate das possibilidades da tradição política ocidental. E a compreensão de Arendt da relação entre *política* e *filosofia* se estabeleceu no sentido de afirmar que quanto mais filosófica a tradição ocidental se tornou mais avultou o seu caráter apolítico ou, mais precisamente, antipolítico. Segundo Arendt, o “abismo entre filosofia e política abriu-se historicamente com o julgamento e a condenação de Sócrates”, um acontecimento que teve para a história do pensamento político o mesmo impacto que teve na história da religião o julgamento de Jesus.⁸⁰ Partindo da noção de que “viver junto com os outros começa por viver junto a si mesmo”, o propósito de

⁷⁹ ARENDT, Hannah. “Filosofia e política”, p. 115.

⁸⁰ ARENDT, Hannah. “Filosofia e política”, p. 91. Para a discussão em torno da questão de se esse “abismo” foi determinado apenas pela experiência de Sócrates ou também por razões decorrentes da estrutura do pensamento e da prática política, cf. por todos CANOVAN, Margaret. *Hannah Arendt: A Reinterpretation of Her Political Thought*, pp. 257-258.

Sócrates era pensar a política além da oposição entre a *opinião* do cidadão e a *verdade* do filósofo, permitindo a cada cidadão, a partir do desenvolvimento das suas próprias opiniões, descobrir a sua verdade:

“Na compreensão socrática, o conhece-te a ti mesmo délfico significava o seguinte: apenas ao conhecer o que aparece para mim — apenas para mim, e permanece, portanto, sempre relacionada à minha existência concreta — eu poderei algum dia compreender a verdade. A verdade absoluta, que seria a mesma para todos os homens, e, portanto, não se relaciona com a existência de cada homem, dela sendo independente, não pode existir para os mortais. O importante para os mortais é tornar a *doxa* verdadeira, é ver em cada *doxa* a verdade, e falar de tal maneira que a verdade da opinião de um homem revele-se para si e para os outros”.⁸¹

Com essa sua *doxa* assim tornada verdadeira, o cidadão é dotado do “*insight* político por excelência”, adquirindo a capacidade para participar dos diálogos travados na *polis*, para se envolver numa *amizade cívica*:

“O elemento político, na amizade, reside no fato de que, no verdadeiro diálogo, cada um dos amigos pode compreender a verdade inerente à opinião do outro. Mais do que o seu amigo como pessoa, um amigo compreende como e em que articulação específica o mundo comum aparece para o outro que, como pessoa, será sempre desigual ou diferente”.⁸²

Mas Sócrates fracassa no seu experimento político: a *polis* não consegue compreender como seria possível a busca dialógica da verdade de todos a partir da verdade inerente à *doxa* de cada um. Foi o espanto⁸³ produzido pela tragédia da política socrática, levando Platão, de um lado, a chegar à anti-socrática oposição entre opinião e verdade, e, de outro, a duvidar da legitimidade da persuasão, dos diálogos, como meio de descobrir o que seria melhor para a *polis*, que determinou a invenção de

⁸¹ ARENDT, Hannah. “Filosofia e política”, pp. 100-101.

⁸² ARENDT, Hannah. “Filosofia e política”, p. 99.

⁸³ “O filósofo, por demais cômico, pelo julgamento de Sócrates, da incompatibilidade inerente das experiências filosóficas fundamentais com as experiências políticas fundamentais, generalizou o choque inicial e iniciador de *thaumadzein* [espanto]”, in ARENDT, Hannah. “Filosofia e política”, p. 113.

uma filosofia para a política, obcecada com a descoberta “de fundamentos teóricos e alternativas práticas para evadir-se completamente da política”.⁸⁴ E foi esse mesmo espanto que deu origem a uma tradição filosófica na qual a política é incumbida de cuidar dos assuntos humanos tendo por referência valores filosóficos clássicos, absolutos, eternos. E, uma vez que política alguma pode ajustar-se a esses valores, ela sempre será considerada “uma atividade aética, assim julgada não só pelos filósofos, mas, nos séculos subsequentes, por muitos outros, quando os resultados filosóficos, originalmente formulados em oposição ao senso comum, foram por fim absorvidos pela opinião pública comum dos eruditos (sic)”.⁸⁵

De qualquer sorte, embora Platão tenha “deformado a filosofia para fins políticos”, essa filosofia, na visão de Arendt, disponibilizou uma métrica para julgar a política, o que serviu para que “o espírito humano pudesse ao menos tentar compreender o que estava acontecendo no domínio dos assuntos humanos”.⁸⁶ Todavia, e aqui Arendt é straussiana, essa utilidade se exauriu na modernidade, começando com Maquiavel e culminando com Marx, que deu fim à tradição ao tentar virá-la de cabeça para baixo.

O que restaria, então, para ainda mantermos a esperança nas promessas da política? Segundo Hannah Arendt, a possibilidade de nós a compreendermos e vivermos orientados pelo sentido mais fundamental da política construído na tradição ocidental: a concepção da política como uma prática cívica que encerra uma expressão existencial mais qualificada.⁸⁷ A visão da política de Arendt está radicalmente tomada

⁸⁴ ARENDT, Hannah. *The Human Condition*, p. 222.

⁸⁵ ARENDT, Hannah. “Filosofia e política”, p. 114.

⁸⁶ ARENDT, Hannah. “Filosofia e política”, p. 114.

⁸⁷ Kateb considera que a apropriação que Arendt faz da tradição é o mais expressivo esforço para redescobrir a visão da política como uma forma superior de vida baseada na prática cívica, desvinculada de interesses econômicos ou considerações utilitaristas; cf. KATEB, George. *Hannah Arendt: Politics, Conscience, Evil*.

pela visão da *polis* grega como uma esfera pública bem desenvolvida na qual cidadãos participam, discutem e decidem, em condições de igualdade, os assuntos públicos.⁸⁸ Portanto, política é a ação, ou, mais precisamente, é o diálogo dirigido à interação e à participação dos cidadãos na vida pública.⁸⁹ Fora dessa interação humana, dessa conversação entre os cidadãos — por exemplo, na cabeça do filósofo, na profecia revelada a um santo — não há política, pois que, como visto, fora da *polis* “o homem é apolítico”.⁹⁰

Todavia, a noção da política como diálogo de Arendt destoa consideravelmente daquilo que nos habituamos a referir como concernente à política, visto que ela não se caracteriza pela busca de algum fim político particular, antes tem como principal compromisso a preservação das condições para a continuidade da existência da própria *polis*. Assim, o traço distintivo da leitura da tradição clássica de Arendt, e para o qual, a meu ver, deveríamos dar muito mais atenção do que temos dado, é a recusa em conferir um caráter instrumental a essa dinâmica na qual a *polis* que oferece as condições para a participação política dos cidadãos é a sua vez criada, transformada e, assim, preservada precisamente por efeito dessa participação política na *polis*. Aqui a vida na *polis* é uma vida para a *polis* apenas no sentido de que a criação e a transformação das condições institucionais necessárias à vida política — o propósito, enfim, para se fazer política — é a criação das próprias condições para a transformação da política mediante a transformação dessas instituições de que depende a política. A política não tem um fim maior do que esse de nos permitir continuar fazendo política. O fim da política, a política da política, é a política.

⁸⁸ ARENDT, Hannah. *On Revolution*, p. 31.

⁸⁹ “Ser político, viver em uma *polis*, significa que tudo era decidido por meio de discursos e persuasão, e não pela força e violência”, in ARENDT, Hannah. *The Human Condition*, p. 26.

⁹⁰ ARENDT, Hannah. “Introduction into Politics”, p. 95 (itálico do original).

2.2 A superação do paradigma da tradição: as raízes intelectuais da metódica contextualista de Cambridge

A existência dessa tradição de grandes autores e grandes ideias políticas no Ocidente não era algo que fosse do conhecimento desses grandes autores ou mesmo dos cidadãos seus contemporâneos. Fomos nós, e isso já nas primeiras décadas do século XX, que, com a nossa vocação racionalizante e competência intelectual, “descobrimos” essa tradição ao inventar um grande diálogo intergeracional entre esses autores épicos.⁹¹ Nesse diálogo víamos os grandes autores discorrendo sobre as mesmas grandes ideias, as mesmas questões políticas que teriam preocupado perenemente a sociedade ocidental. Obviamente, não se está a negar que esses autores produziram obras fundamentais para a compreensão da política das sociedades ocidentais entre o século IV A.C. e o século XIX, mas o fato é que não é possível produzir nenhum cânon de matérias, ideias, questões que deveriam necessariamente ter aparecido ou que, de fato, apareceram nessas grandes obras (quem teria os poderes ou a autoridade “divina” para fazê-lo?). E, ainda quando se percebe a abordagem de uma mesma ideia por diversos autores, não há nenhuma evidência histórica de que, ao dar a sua própria opinião sobre essa ideia, cada autor sempre tinha informação ou preocupação, seja para concordar ou divergir, com o que havia escrito o seu antecedente ilustre. Com a diferença do título de legitimação pressuposto, agora baseada na erudição do historiador envolvido no debate, e não mais no carisma de que se acreditavam revestidos os líderes da religião cristã (os Pais da Igreja), verifica-se

⁹¹ A idéia do diálogo ou conversação entre os grandes autores da tradição do pensamento político ocidental é discutida por Spragens, cf. SPRAGENS, Thomas. *Understanding Political Theory*, pp. 8-9.

aqui a operação de dinâmica análoga à que deu origem ao *corpus* bíblico: é a própria autoridade dos historiadores do pensamento político, ao discutir, defendendo ou impugnando, determinado autor como um “grande autor”, que vai dar origem, progressivamente, num processo contínuo de confirmação dos autores pacificamente considerados canônicos e de depuração dos autores pacificamente considerados heréticos, à formação de um *corpus* contendo os autores e obras havidos integrantes da tradição ocidental. Obviamente, após assim inventada, a tradição pode tranquilamente ser pressuposta como existindo desde sempre. Nas palavras precisas de Gunnell,

“o que é apresentado como uma tradição histórica é, de fato, basicamente, uma construção retrospectiva analítica que forma uma versão racionalizada do passado. (...) As obras escolhidas, vistas como exemplificações da vida política, são apresentadas como uma tradição, que é depois analisada em termos do seu começo, transformação, fim ou renascimento”.⁹²

O mais articulado e exitoso esforço de superação da compreensão tradicional das ideias políticas foi a metódica contextualista da “Escola de Cambridge”. A chamada “Escola de Cambridge”⁹³ ou o “método de Cambridge”⁹⁴ para o estudo do pensamento político tem sido caracterizado pela sua ênfase na necessidade de contextualização histórica dos elementos verbalizadores das ideias políticas que se pretende estudar e interpretar (textos, discursos etc.), de modo a se compreender o que esses elementos significavam para aqueles que os escreveram ou pronunciaram e

⁹² GUNNEL, John G. *Teoria Política*, p. 49.

⁹³ Os dois mais importantes historiadores associados a essa metódica, John Pocock e Quentin Skinner, não têm usado a qualificação “Escola de Cambridge”. Todavia, tem sido comum o uso desse rótulo nos debates: cf. RICHTER, Melvin. “Reconstructing the History of Political Languages: Pocock, Skinner, and the Geschichtlich Grundbegriffe”, p. 38; LAMB, Robert. “Quentin Skinner’s ‘Post-modern’ History of Ideas”; p. 424; PALTÍ, Elías. “Historicism as an *idea* and as a *language*”, p. 431.

⁹⁴ “Método de Cambridge” foi o termo usado pelo próprio Pocock na sua última obra, que compila diversos artigos que ele escreveu nas últimas quatro décadas sobre a metódica da história intelectual da política, cf. POCOCK, John G. A. *Political Thought and History: Essays on Theory and Method*, p. vii.

o que eles foram assumidos significar para aqueles que os leram ou ouviram.⁹⁵ Se tomarmos como referência as mais recentes caracterizações desse modo de abordar a história intelectual da política enunciadas pelos seus dois mais ilustres praticantes, John Pocock e Quentin Skinner, então, deveremos entendê-la em termos de uma “compreensão do ‘pensamento político’ como uma multiplicidade de atos linguísticos praticados por usuários da linguagem em contextos históricos”,⁹⁶ ou de uma interpretação de textos políticos que não está preocupada “apenas com a descoberta dos alegados sentidos dos textos, mas também — e, talvez, principalmente — com a variedade de coisas que se poderia dizer que os textos estão fazendo, e, assim, com o tipo de intervenções que se poderia dizer que eles [os textos] provocam”.⁹⁷

Se, como sugeriu Pocock, esse método ou procedimento para estudar a história do pensamento político teve a sua origem num “*Laslettian moment*”, entre o final da década de 1940 e o final da década seguinte,⁹⁸ então eu sustentaria que a sua subsequente evolução alcançou três outros momentos: o momento da explicitação das suas bases teóricas, por Pocock, Dunn e Skinner, na década de 1960; o momento dos primeiros esforços de aplicação desse programa metodológico, principalmente, por Pocock e Skinner, entre o final da década de 1960 e o início da década de 1970; e, a partir aproximadamente do início da década de 1980, o momento da consolidação e expansão da prática dessa metodologia no trabalho de diversos outros pesquisadores. Neste tópico, eu localizarei as raízes intelectuais da metódica contextualista de

⁹⁵ Essa ênfase na necessidade de identificação do contexto histórico em que a idéia política é verbalizada tem sido tão importante na caracterização da metódica de Cambridge que se tem falado numa divergente “abordagem de Oxford”, caracterizada por “apropriar-se dos textos históricos e lê-los a-historicamente, com vistas ao seu uso na argumentação” ou por inferir “os sentidos [dos textos] do que é dito, e não pelo que também é feito [com os textos]”, cf. SKINNER, Quentin *et al.* “Political Philosophy: The View from Cambridge”, pp. 2-3.

⁹⁶ POCOCK, John G. A. *Political Thought and History: Essays on Theory and Method*, p. viii.

⁹⁷ SKINNER, Quentin. “Surveying *The Foundations*: a retrospect and reassessment”, p. 242.

⁹⁸ POCOCK, John. “Foundations and Moments”, p. 38.

Cambridge nas contribuições de Collingwood e da filosofia da linguagem do segundo Wittgenstein e de John Austin, e, o que é enfaticamente ressaltado por Pocock, no trabalho de Peter Laslett. No tópico seguinte, eu discutirei os pressupostos e as implicações de uma leitura contextualizada dos textos e discursos políticos, tais como delineados nos textos fundantes de Pocock, Dunn e Skinner.⁹⁹

Como destacou Tuck, era tão óbvia a afirmação de Collingwood, ainda na década de 1930, no sentido de que, se alguém quisesse entender a história de alguma coisa, teria que se preocupar com a evidência histórica acerca dessa coisa e em discernir o que as pessoas estavam tentando fazer naquele contexto, que era difícil justificar um “estudo *não*-histórico (no sentido de Dunn) da história das ideias”.¹⁰⁰ Para Collingwood a compreensão de um texto ou de uma declaração operava segundo uma “lógica de pergunta e resposta”, de tal modo que o sentido do texto ou da declaração não é obtido apenas com o entendimento do que foi escrito ou dito, mas depende também da determinação da questão para a qual o que foi escrito ou dito se apresentou como uma resposta. Com isso, Collingwood refutava a argumentação dos lógicos que acreditavam que era possível julgar a verdade de uma proposição ou a coerência de um conjunto de proposições com independência da situação em que elas eram enunciadas, sustentando, ao contrário, que verdade e coerência só poderiam ser aferidas com referência a “um conjunto consistente de perguntas e respostas”.¹⁰¹ Essa concepção se revelava propícia para impugnar não apenas a noção — como vimos, de

⁹⁹ Não se coadunaria com o escopo desta tese avançar para a discussão dos outros dois momentos da história da metódica histórica de Cambridge.

¹⁰⁰ TUCK, Richard. “História do pensamento político”, p. 276 (o itálico é do original). O fato de que essa obviedade não tinha acolhimento na prática então dominante na historiografia do pensamento político é que explica que, como veremos em seguida, Pocock, Dunn e Skinner cheguem a ser enfadonhos nos seus textos metodológicos no realçar o contexto em que idéias políticas são apresentadas em discursos articulados em termos de atos lingüísticos. Desgraçadamente, essa obviedade ainda não repercutiu em muitos dos estudos políticos e jurídicos que ainda hoje são produzidos e, pior ainda, ensinados na academia brasileira.

¹⁰¹ Cf. COLLINGWOOD, Robin. *An Autobiography*, pp. 36-37.

grande prestígio na historiografia vinculada ao paradigma da tradição —, de um grande debate intergeracional sobre temas atemporais da política, mas também o próprio *core* dessa historiografia tradicional: a ideia de que o sentido de um argumento político se apreende no próprio enunciado do argumento ou, quando muito, no texto no qual ele se relaciona logicamente com outros argumentos políticos.

Esse *insight* de Collingwood foi enriquecido pelos defensores da nova metódica contextualista com subsídios oriundos da filosofia da linguagem, que havia superado o positivismo lógico no ambiente intelectual anglo-saxão na década de 1950, principalmente do trabalho de Wittgenstein e Austin. Nas suas *Philosophical Investigations*, Wittgenstein, impugnando a concepção que identificava a *palavra* como o “nome de uma coisa”,¹⁰² o seu *sentido* como referindo à coisa propriamente, e uma *proposição* com uma declaração sobre algum estado atinente à coisa, havia concebido a linguagem em termos de uma multiplicidade de possibilidades resultantes dos inúmeros usos que se poderia fazer com as palavras e as proposições. Essas múltiplas possibilidades não eram estabelecidas “de uma vez por todas; mas antes novos tipos de linguagem, novos jogos de linguagem, como poderíamos dizer, surgem e envelhecem e são esquecidos”. Segundo Wittgenstein, conceber uma linguagem como o resultado de um específico “jogo de linguagem”, de um específico uso ou função conferida às palavras e proposições, sujeito a determinadas regras, realçava o fato expressivo de que “falar uma língua é uma parte de uma atividade ou de uma forma de vida”.¹⁰³

O argumento de Wittgenstein no sentido de que mais do que nomear objetos e descrever estados as palavras podem ter usos ou funções variadas, foi

¹⁰² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*, p. 193 (Parte I, 27).

¹⁰³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*, p. 189 (Parte I, 23 – foi alterada a grafia lusitana).

traduzido por Austin como o reconhecimento de que as palavras podem realizar coisas. Segundo Austin, o ato de pronunciar uma palavra, de proferir algo, era uma elocução ou um “proferimento performativo” (“*performative utterance*”), ou seja, um ato que, mais do que apenas dizer alguma coisa, configurava também a *performance* de uma ação. O ato de dizer alguma coisa, o “ato locucionário” (“*locutionary act*”), desempenha também um “ato ilocucionário” (“*illocutionary act*”), decorrente da função que se pretendeu realizar com o modo como as palavras foram usadas, do que se pretendeu fazer ao proferir as palavras.¹⁰⁴ Assim, a compreensão de um enunciado linguístico, por exemplo, um texto ou uma declaração política, não dependia apenas do “sentido (*meaning*)” ou do “significado (*sense*)” das palavras proferidas, do que é referido com as palavras proferidas, mas também do ato ilocucionário que se pretendeu realizar com o proferimento.¹⁰⁵

Os contextualistas de Cambridge acolheriam com entusiasmo a noção defendida por Wittgenstein nas *Philosophical Investigations* de que o significado de uma palavra dependia em grande medida do uso que dela se fazia em um determinado jogo de linguagem, visto que ela impugnava a crença fundamental dos historiadores tradicionais na suficiência da análise do texto para a compreensão da ideia política sustentada pelo seu autor. Para os contextualistas, ao contrário, as ideias formuladas por qualquer filósofo político só teriam significação quando apreendidas com referência às convenções linguísticas que, dentro das diversas possibilidades que se lhe ofereciam, ele adotou ao conferir às palavras do seu texto um determinado uso. Nesse ponto, a contribuição de Austin potencializava o conflito com a metódica tradicional, na medida em que ela permitia aos contextualistas defender que o sentido

¹⁰⁴ Cf. AUSTIN, John. *How To Do Things With Words*, pp. 94-98.

¹⁰⁵ Cf. AUSTIN, John. *How To Do Things With Words*, p. 99.

da ideia política sustentada pelo filósofo não poderia ser estabelecido apenas com base no que ele havia dito, mas deveria também considerar o que ele estava fazendo ao dizer aquelas ideias, deveria considerar, enfim, a prática política na qual ele estava envolvido.

Mais ou menos ao mesmo tempo em que estavam sendo produzidas essas fundamentais contribuições para a filosofia da linguagem, Peter Laslett, utilizando uma abordagem do tipo da “lógica da pergunta e resposta” proposta por Collingwood, desenvolvia estudos precursores apresentando uma análise contextualizada do *Patriarcha*, de Filmer, e dos *Two Treatises of Government*, de Locke. São esses estudos que Pocock tomou como referência para falar da origem da nova metódica contextualista como sendo um “*Laslettian moment*”.¹⁰⁶ Com base na análise dos distintos contextos históricos em que as obras de Filmer e Locke foram escritas e publicadas, Laslett, contra a visão tradicional que identificava Hobbes como o adversário de Locke nos tratados e que atribuía a redação do *Segundo Tratado* à pretensão de Locke de legitimar a Revolução Gloriosa, demonstrou que o *Primeiro Tratado* tinha sido escrito por Locke para refutar Filmer, principalmente, Brady e Atwood, e que o *Segundo Tratado*, embora publicado depois da revolução, fora escrito anteriormente a ela.¹⁰⁷ Com isso, Laslett impugnava a visão da história do pensamento político *à la* Strauss, como um debate entre dois grandes autores — Hobbes vs. Locke —, evidenciando que a compreensão dos textos políticos pressupõe a compreensão dos contextos históricos em que eles foram redigidos e, depois, publicizados e recepcionados.

¹⁰⁶ Cf. POCOCK, John. “Foundations and Moments”, pp. 37-38; e POCOCK, John. *Political Thought and History: Essays on Theory and Method*, pp. vii-viii.

¹⁰⁷ Os estudos de Laslett se consolidaram numa edição crítica do *Patriarcha*, publicada em 1949, num célebre artigo de 1956 (cf. LASLETT, Peter. “The English Revolution and John Locke’s *Two Treatises of Government*”) e na sua Introdução à edição crítica de Cambridge dos *Two Treatises of Government*, publicada em 1960.

Além de desenvolver esses estudos, Laslett liderava outro projeto que teria grande repercussão sobre a metódica histórica de Cambridge, já agora animado, pelo menos ao seu início, pelo propósito de examinar as implicações para a filosofia política das apreciações levadas a efeito no âmbito do positivismo lógico e, principalmente, da filosofia da linguagem: a série *Philosophy, Politics and Society*. No primeiro volume dessa série, publicado em 1956, claramente influenciado pelo *status* crítico que as apreciações positivistas e linguísticas atribuíam à compreensão teórica da política, “um altamente sofisticado jogo de linguagem” praticado com o propósito de “oferecer um endosso *a priori* dos princípios morais e políticos” que orientam a ação dos governantes,¹⁰⁸ Laslett apresentava um diagnóstico que se tornaria famoso: “Por esse momento, de qualquer modo, a filosofia política está morta”. Curiosamente, ele era pronunciado no exato momento em que Laslett, com os seus estudos sobre Filmer e Locke, estava desencadeando uma revolução não apenas no estudo da história das ideias políticas, mas também, em seguida, na própria filosofia política. Com efeito, o segundo volume da série, publicado em 1962, também editado por Peter Laslett e W. G. Runciman, trazia, entre outros trabalhos, a refutação de Isaiah Berlin à proclamação da morte da filosofia política (“Does Political Theory Still Exist?”), o artigo de Pocock sobre metodologia histórica (“The history of political thought: a methodological inquiry”), e a republicação de um texto de Rawls que antecipava as ideias centrais de *A Theory of Justice* (“Justice as Fairness”). O terceiro volume, publicado em 1967, novamente editado por Laslett e Runciman, já era a prova de que a filosofia política, se realmente havia morrido, ressuscitara: tinha outro trabalho de Rawls que depois seria

¹⁰⁸ Essa é a concepção da teoria política sustentada por Weldon num dos artigos publicados no primeiro volume de *Philosophy, Politics and Society* (citado em RICHTER, Melvin. “Reconstructing the History of Political Languages: Pocock, Skinner, and the Geschichtlich Grundbegriffe”, p. 51).

incorporado a *A Theory of Justice*, e, entre outros, trabalhos de Crawford Macpherson, Kenneth Arrow, Hannah Arendt, Richard Hare e Charles Taylor que teriam uma extraordinária repercussão e influência nas discussões de teoria política.¹⁰⁹

Pocock viu nesse “*Laslettian moment*” a emergência de uma compreensão radicalmente diferente da história do pensamento político, preocupada agora com a identificação, e as implicações dessa identificação, dos contextos políticos, econômicos, religiosos etc. nos quais os indivíduos formulavam as suas ideias políticas, é dizer, nos contextos nos quais eles enunciavam os seus atos expressivos políticos. A abordagem contextualista de Laslett refletiu-se de imediato na própria pesquisa que Pocock então desenvolvia em Cambridge, levando-o a tratar e a discutir como “linguagens” dois diferentes conjuntos de argumentos políticos sustentados nos debates que se travavam na Inglaterra no século XVII: a primeira, inserida na linha clássica da filosofia política, preocupada com a análise da origem e legitimação dos governos em geral; a segunda, associada ao que viria ser conhecido como *Ancient Constitution*, preocupada especificamente com a história política inglesa.¹¹⁰ De muito maior significação, entretanto, foi a motivação que a nova abordagem trouxe a Pocock para, na suas próprias palavras, “elaborar uma metodologia laslettiana para a história do pensamento político”:¹¹¹ um relato mais articulado dos pressupostos e das implicações de uma leitura contextualizada dos textos e discursos políticos, algo que o próprio Laslett nunca se preocupou em fazer. A primeira enunciação por Pocock dos

¹⁰⁹ São os seguintes os trabalhos incluídos no terceiro volume de *Philosophy, Politics and Society*: de Macpherson, “The Maximization of Democracy”; de Arrow, “Values and Collective Decision-Making”; de Arendt, “Truth and Politics”; de Hare, “The Lawful Government”; e de Taylor, “Neutrality in Political Science”. A série teria ainda três outros volumes publicados: o quarto, editado por Laslett, Runciman e Skinner, em 1972; o quinto, editado por Laslett e James Fishkin, em 1979; e o sexto, também editado por Laslett e James Fishkin, em 1992.

¹¹⁰ A pesquisa de Pocock deu origem ao importante livro *The Ancient Constitution and the Feudal Law: a Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, publicado em 1957.

¹¹¹ POCOCK, John. “Foundations and Moments”, p. 38.

pressupostos e das implicações dessa nova metodologia para o estudo da história intelectual da política deu-se com a publicação em 1962 do clássico “The history of political thought: a methodological inquiry”. Esse trabalho de Pocock e os trabalhos de Dunn, “The Identity of the History of Ideas”, de 1968, e o de Skinner, “Meaning and understanding in the history of ideas”, de 1969, o manifesto *par excellence* desse novo impulso metodológico, assinalam o momento de explicitação dos fundamentos teóricos dessa nova metódica histórica. É o que se apresenta no tópico que se segue.

2.3 Os fundamentos teóricos da metódica histórica de Cambridge

Certo que em diferentes medidas, as contribuições intelectuais que se vêm de discutir influenciaram os trabalhos de Pocock, Dunn e Skinner que enunciaram os pressupostos teóricos da nova metódica contextualista, conferindo uma convergência entre as principais ideias neles sustentadas num nível tal a nos permitir compreendê-los como integrando uma mesma “escola”. Tomando por referência principalmente, como eu já destaquei, a abordagem adotada nos estudos de Peter Laslett, Pocock, no seu precursor artigo de 1962, qualificou a historiografia do pensamento político orientada pelo paradigma da tradição como constituindo uma orientação intelectualizante, que convertia o estudo das ideias políticas em filosofia política, a partir da descoberta de um tema em torno do qual narrar a história (*v. g.*, as formas de governo, o conceito de liberdade, o contrato social etc.). Essa tendência à apreensão teórica da história intelectual da política faria com a avaliação pelo historiador do êxito da argumentação de um pensador político — digamos, a sua inclusão ou não no *Panthéon* dos autores épicos — dependesse essencialmente da

“coerência racional” das formulações desse pensador em algum âmbito “do discurso político, onde declarações de ampla generalidade teórica são assumidas como possíveis”.¹¹² Mas se estudar o pensamento político identifica-se essencialmente com a avaliação dessa elevada “coerência racional” dos argumentos do filósofo político, do maior nível possível de abstração, de construção *in mente*, de *ideias* políticas a partir da *experiência* política de uma sociedade, então, segundo Pocock, os intérpretes vinculados ao paradigma da tradição estariam desqualificando o seu próprio trabalho, visto que eles se recusavam a considerar a relação entre a realidade política, o contexto histórico, e o pensamento político.¹¹³

Para exorcizar essa contraditória compulsão dos historiadores tradicionais para converter a história do pensamento político em filosofia da política, Pocock invocou o programa de Laslett afirmativo da necessidade de identificação e reconstituição dos contextos históricos da política, dos momentos em que surgiram historicamente as ideias políticas. Todavia, ele traduziu a preocupação com a descoberta dos contextos em que haviam sido enunciados os atos expressivos (*speech acts*) que estruturam a prática histórica da política em uma muito mais específica preocupação com a descoberta das “funções dentro de uma sociedade política do que poderia ser chamado a sua linguagem (ou linguagens) da política”,¹¹⁴ ou seja, as diversas linguagens com base nas quais foram enunciados os discursos políticos em que aqueles atos políticos foram praticados. Pocock não sustentou que essa preocupação com a descoberta e interpretação das linguagens da política fosse a única forma de estudar com “efetividade” a história do pensamento político, todavia ele

¹¹² Cf. POCOCK, John. “The history of political thought: a methodological inquiry”, p. 18.

¹¹³ Cf. POCOCK, John. “The history of political thought: a methodological inquiry”, pp. 9-10.

¹¹⁴ Cf. POCOCK, John. “The history of political thought: a methodological inquiry”, pp. 3-7.

ênfatizava que deveria haver um interesse “nas relações entre atividades, instituições e tradições políticas de uma sociedade e nos termos com os quais esse complexo político é de tempo em tempo enunciado e comentado, e nos usos para os quais esses termos são estabelecidos”.¹¹⁵

Com isso, a noção corrente de que todo pensador político se insere em uma tradição foi por Pocock traduzida como significando que a política da sociedade a que se refere essa tradição é discutida com referência a uma diversidade de linguagens políticas, constituídas por uma pluralidade de atos linguísticos e com variados níveis de articulação. Isso, enfim, qualificaria o pensamento político mais apropriadamente como um conjunto de discursos políticos pronunciados em um dado contexto histórico a partir do uso dessa variedade de linguagens, e o estudo da sua história como o esforço para a descoberta e a interpretação desses vocabulários e idiomas políticos com base nos quais o pensamento político foi enunciado.¹¹⁶

Invocando expressamente a contribuição de Collingwood e Austin e “anos de discussão” do tema com Laslett e, principalmente, Skinner,¹¹⁷ Dunn se inseriu nesse novo impulso metódico reagindo à tendência da historiografia tradicional das ideias políticas de limitar o seu trabalho à identificação de “quais proposições em que grandes livros trazem à memória o autor de quais proposições em que outros grandes livros”. Com isso, estruturas complexas de ideias eram equiparadas a sistemas dedutivos e reconstrutivamente “reificadas”, de modo a serem examinadas e comparadas em sua “morfologia” ao longo de séculos. A história do pensamento político deixava de ser a “história dos homens se confrontando para produzir uma

¹¹⁵ Cf. POCOCK, John. “The history of political thought: a methodological inquiry”, p. 3.

¹¹⁶ Cf. POCOCK, John. “The history of political thought: a methodological inquiry”, p. 19.

¹¹⁷ Cf. DUNN, John. “The Identity of the History of Ideas”, pp. 100, 101 e 104.

ordenação coerente de suas experiências” para se converter em “uma história de ficções”, uma história “de construtos racionalistas extraídos de processos reflexivos de indivíduos (*thought processes of individuals*), e não das conexões existentes entre esses processos reflexivos”.¹¹⁸

Segundo Dunn, essa abordagem tão irrealista abria espaço para que os historiadores do pensamento político fossem criticados tanto por filósofos quanto pelos historiadores em geral: pelos historiadores eles eram acusados de fazer uma falsa história, escrevendo “uma saga em que todos os grandes feitos eram realizados por entidades que, como princípio, não poderiam fazer qualquer coisa”; pelos filósofos eles eram acusados de produzir uma filosofia incompetente, já que indiferente “aos traços distintivos das ideias, despreocupada, ou mais frequentemente ineficaz na suas preocupações, com a verdade e a falsidade”.¹¹⁹ Quando concordava com uma dessas críticas, o historiador das ideias políticas tendia a reagir radicalizando a sua análise em direção à disciplina com a qual tinha mais afinidade — história ou filosofia —, o que, a sua vez, radicalizava ainda mais a crítica dirigida a ele. Para Dunn, a questão não era escolher o “mal menor”, mas sim reconhecer que essas duas preocupações, especificidade histórica e sensibilidade filosófica, eram apenas preocupações preliminares necessária a uma compreensão mais abrangente que deveria reconhecer que há uma conexão estreita “entre um adequado relato filosófico das noções sustentadas por um indivíduo no passado e um acurado relato histórico dessas noções”.¹²⁰

¹¹⁸ Cf. DUNN. John. “The Identity of the History of Ideas”, pp. 86-87.

¹¹⁹ Cf. DUNN. John. “The Identity of the History of Ideas”, p. 85.

¹²⁰ Cf. DUNN. John. “The Identity of the History of Ideas”, p. 86.

Essa conexão mais abrangente só poderia ser alcançada, segundo Dunn, se “certas verdades banais” fossem reconhecidas. Em primeiro lugar, que o esforço humano para produzir um *pensamento político* não é uma “performance” unitária definitiva, livre de incoerência, lacunas e instabilidade, desempenhada dentro de uma biblioteca, mas sim um *continuum* de complexas e contestáveis tentativas para superar essas deficiências, realizadas ao longo da história por uma variedade de seres humanos. Produzir um *pensamento político* é envolver-se numa atividade que “gera conflitos” e que é dirigida à resolução desses conflitos e não à “construção de jogos [de linguagem] formais fechados”. Depois, o conjunto de problemas que dão origem a esses conflitos constitui um *contexto* fora do qual fica ininteligível o esforço dos homens para a sua resolução mediante o esforço de ordenar coerentemente as suas experiências históricas. Finalmente, esse esforço de atribuição de sentido a um contexto histórico conflituoso só pode ser conduzido mediante o uso da linguagem, com o que, na construção do pensamento político, o ato de falar deve ser reputado como uma atividade social tão relevante quanto o ato de pensar. Os debates políticos, as discussões de ideias políticas, só poderão ser compreendidos quando pensamento e discurso forem “vistos como expressões complexas dessas atividades sociais”.¹²¹

Assentados esses pressupostos, Dunn refutou a possibilidade de se conferir valor à prática a-histórica da abordagem tradicional do pensamento político, comprometida basicamente com a identificação de proposições e argumentos filosóficos enunciados no passado acerca da natureza da política e do que deveria orientar a sua prática legítima, e com a avaliação da existência de coerência lógica entre essas proposições. Essa abordagem faria com que a própria narrativa do

¹²¹ Cf. DUNN, John. “The Identity of the History of Ideas”, pp. 88-91.

historiador fosse constituída exclusivamente por argumentos acerca das conexões entre as proposições do filósofo político. Além disso, a conversão da história da política na história da coerência lógica das proposições e argumentos políticos eliminava do horizonte de compreensão o mundo real da política, onde os seres humanos não formulam argumentos lógicos, mas, sim, entram em conflito, apresentam demandas e veiculam aspirações políticas. Compreender o sentido dessas declarações políticas exige conhecer o contexto no qual elas foram articuladas, visto que — e aqui Dunn é puro Austin —, “não se pode saber o que um homem quis dizer a menos que se conheça o que ele está fazendo”, com o que a história do pensamento político passava a ser entendida como a história das “atividades nas quais os homens estavam engajados” quando fizeram as suas declarações políticas.¹²²

As formulações programáticas de Pocock e Dunn foram consolidadas e radicalizadas no artigo de Skinner de 1969, “Meaning and understanding in the history of ideas”. Numa crítica que punha abaixo o trabalho que respeitabilíssimos historiadores e filósofos políticos vinham produzindo há décadas, Skinner assim avaliava a prática tradicional da historiografia do pensamento político, para ele a “metodologia orientada pela reivindicação de que o *texto* mesmo deve constituir o objeto auto-suficiente da investigação e compreensão”:¹²³

“é essa pressuposição que continua a dominar a maior parte dos estudos, a suscitar as mais amplas questões filosóficas, e a originar a maior quantidade de problemas (*confusions*). Na história das ideias não menos do que em estudos mais especificamente literários, essa abordagem é em

¹²² DUNN, John. “The Identity of the History of Ideas”, p. 92.

¹²³ Skinner também definiu essa historiografia tradicional como a “ortodoxia” que “insiste na autonomia do *texto* em si como a única chave necessária para a sua compreensão e que descarta todo esforço pra reconstituir o ‘contexto total’ como gratuito e equivocado”, in SKINNER, Quentin. “Meaning and Understanding in the History of Ideas”, p. 3. Curiosamente, na mesma passagem, ele também qualificou como uma “ortodoxia” que “estava sendo crescentemente adotada pelos historiadores das idéias” a metódica por ele defendida, que afirma “que é o contexto ‘dos fatores econômicos, políticos e religiosos’ que determina o sentido de qualquer texto e que, assim, deve prover a ‘moldura fundamental’ para qualquer esforço para compreendê-lo”.

si mesma vinculada a uma forma particular de justificar a condução do próprio estudo. É típico dizer que o propósito principal para se estudar as obras filosóficas (ou literárias) do passado é que elas contêm (numa frase de aprovação) 'elementos atemporais', na forma de 'ideias universais', até mesmo uma 'sabedoria eterna' com 'aplicação universal'. De fato, o historiador que adota essa perspectiva já se comprometeu a respeito da questão de como melhor compreender tais 'textos clássicos'. Porque se o propósito fundamental para esse estudo é a redescoberta das "questões e respostas atemporais" apresentadas nos 'grandes livros', e, assim, a demonstração da sua contínua 'relevância', então não deve apenas ser possível, mas, antes, essencial, para o historiador concentrar-se simplesmente no que os escritores clássicos disseram acerca de cada um desses 'conceitos fundamentais' e 'questões permanentes'. O objetivo, em suma, deve ser a provisão de uma 'reconsideração dos escritos clássicos, com total independência do contexto do seu desenvolvimento histórico, como um esforço permanentemente relevante para estabelecer proposições universais sobre a realidade política'. É que se, em vez disso, fosse sugerido que o conhecimento do contexto social é uma condição necessária para uma compreensão dos textos clássicos, isso equivaleria a negar que eles de fato contêm algum elemento de interesse perene e atemporal, e, assim equivaleria a eliminar todo o propósito para estudar o que eles disseram".¹²⁴

Para Skinner essa pretensão de interpretar os escritos que veiculam ideias políticas como depositários de conceitos fundamentais para a resolução das questões permanentes da política perpetrava uma indevida equiparação da história à filosofia ou à literatura, de tal modo que, a partir de sua apreciação descontextualizada, esses textos ditos clássicos passavam a ser compreendidos como revelando o conjunto das ideias que deveriam necessariamente integrar uma legítima filosofia política. Essa substituição da história pela filosofia levava o historiador a frequentemente incorrer em tantos "absurdos históricos" que o produto do seu trabalho não deveria ser qualificado como uma narrativa histórica, mas sim como "mitologias". Segundo Skinner, a mais renitente dessas mitologias é aquela produzida quando o historiador assume que cada um dos autores clássicos formulará a sua contribuição para cada

¹²⁴ SKINNER, Quentin. "Meaning and Understanding in the History of Ideas", pp. 4-5.

tópico considerado constitutivo da filosofia política, levando-o a sucumbir à tentação de converter qualquer referência incidental no texto em uma doutrina acerca do assunto obrigatório.¹²⁵ Essa falácia histórica normalmente assume a forma de um “anacronismo” ou de uma “prolepsis”.

O anacronismo surge quando o historiador atribui a um autor uma ideia ou um conceito que jamais poderia ser conhecido ou disponível a ele no momento histórico em que ele escreveu. Skinner exemplifica esse tipo de falácia com os esforços para narrar uma história imemorial do conceito de separação de poderes. A noção que desde a Revolução Americana emergiu na teoria e na prática constitucional da separação entre o legislativo e a administração como um dos requisitos para o exercício da liberdade política suscita no historiador moderno a expectativa de que os grandes autores do passado forçosamente terão dito alguma coisa sobre a doutrina da separação dos poderes. Os filósofos gregos, Marcílio de Pádua, Tomas de Aquino e assim sucessivamente são todos vistos como discorrendo, ainda que como uma antecipação rudimentar, sobre a concepção afirmativa da existência de três funções de governo e da conveniência da divisão do seu exercício em corpos distintos, uma ideia política que apenas a partir do século XVII na Inglaterra pode ser claramente formulada. É curioso que Ville, um dos autores citados como perpetrando esse anacronismo na determinação da origem da doutrina da separação dos poderes, na sua réplica à apreciação de Skinner, insistiu na típica argumentação a-histórica tão acerbamente criticada por ele. Segundo Ville, Skinner “compreende mal a continuidade essencial do pensamento humano, a extensão em que um escritor constrói sobre a obra de outro”. Embora os “detalhes contextuais” sejam diferentes, os problemas e as

¹²⁵ Cf. SKINNER, Quentin. “Meaning and Understanding in the History of Ideas”, p. 7.

preocupações dos autores do passado “eram essencialmente os mesmos que nós enfrentamos hoje”.¹²⁶

2.4 A compreensão histórico-conceitual da política e o problema da política pré-linguística

O entendimento acerca dessa metódica histórica de Cambridge pode ser aprofundado quando a comparamos com outra importante abordagem da história das ideias políticas, como é o caso da chamada compreensão histórico-conceitual desenvolvida por Reinhart Koselleck. Nos seus traços gerais, essa concepção da política histórico-conceitualmente orientada acolhe a crença no caráter estruturante da linguagem para a história e a política, do mesmo modo que o faz a metódica contextualista de Cambridge. E, de modo similar ao que se verifica no âmbito daquela Escola, aqui a relação entre a história da política e a linguagem é, por igual, concebida em termos de uma recíproca interação:

“Toda linguagem é historicamente condicionada, e toda história é linguisticamente condicionada. Quem poderia negar que todas as concretas experiências que vivemos tornaram-se experiências apenas por efeito da mediação da linguagem? É precisamente essa mediação que torna a história possível”.¹²⁷

¹²⁶ VILE, M. *Constitutionalism and the Separation of Powers*, p. 387. Para uma análise que distingue a concepção pré-moderna do governo misto da doutrina liberal da separação dos poderes a partir das crenças presentes nos distintos contextos históricos em que elas se inseriram (a ética política e a “psicologia do medo”, no primeiro caso; e a ética individualista e a confiança popular, no segundo), cf. CASTRO, Marcus Faro. “Violência, Medo e Confiança: Do Governo Misto à Separação dos Poderes”.

¹²⁷ KOSELLECK, Reinhart. ““Linguistic change and the history of events”, p. 649. Apenas para ilustrar, registre-se aqui um reconhecimento expresso por parte de autores vinculados à Escola de Cambridge quanto à sua afinidade, nesse aspecto, com a compreensão de Koselleck: “O que nós compartilhamos com eles [Bruner, Conze e Koselleck], entretanto, é a convicção comum de que falar uma linguagem implica criar um mundo, e alterar os conceitos constitutivos dessa linguagem implica nada menos do que refazer o mundo. Do mesmo modo que o mundo da política é linguisticamente e comunicativamente constituído, a mudança conceitual deve ser compreendida politicamente, e a mudança política deve ser compreendida conceitualmente”, in BALL, Terence; FARR, James; e HANSON, Russel L. *Political innovation and conceptual change*, s. p.

Todavia, a despeito dessa crença comum, a abordagem de Koselleck distingue-se significativamente da metódica contextualista de Cambridge num ponto fundamental: a enfática reivindicação da necessidade de se manter uma diferenciação analítica entre história e linguagem, em face da impossibilidade de se reduzir uma à outra: “Entre a linguagem e a ação — e, também se poderia dizer, entre a linguagem e a paixão — subsiste uma diferença, mesmo que a linguagem seja um ato de fala, e mesmo que a ação e a paixão sejam mediadas pela linguagem”. Koselleck considera que o debate metodológico contemporâneo perdeu essa necessária diferenciação entre a história e a linguagem, ou, em outros termos, entre a realidade e o pensamento. Nessas metodologias privilegiam-se formulações mais brandas, que permitam mais facilmente relacionar os dois polos em contraste, como por exemplo, “sentido e experiência” ou “texto e contexto”, na qual desaparece por completo a diferença entre condicionantes linguísticas e não linguísticas da compreensão da história.¹²⁸ A explícita referência ao moto da Escola de Cambridge é uma crítica de Koselleck ao que ele considera ser uma negligência dos autores vinculados a essa metódica na percepção da diferença entre elementos linguísticos e não linguísticos da história da política.

E, em função dessa diferença, Koselleck sustenta a necessidade de que uma compreensão histórico-conceitualmente orientada da política, que ele designa pelo neologismo *Histórica (Historik)*, reconheça a possibilidade de uma história que não se articula em termos da linguagem. Essa Histórica, distinta tanto da *Geschichte*, a história propriamente, quanto da *Historie*, a historiografia, a narração, a crônica dos eventos ocorridos historicamente, diria respeito à “doutrina acerca das condições de

¹²⁸ KOSELLECK, Reinhart. “Linguistic change and the history of events”, pp. 649-650.

possibilidade das histórias (*Geschichten*), a “uma teoria da história (*Theorie der Geschichte*) que não estuda os achados de histórias passadas determináveis empiricamente, mas sim as condições de possibilidade de uma história”.¹²⁹

A possibilidade de que um determinado fenômeno histórico não alcance uma enunciação linguística já havia sido reconhecida por Charles Taylor no âmbito da sua discussão das “práticas sociais”.¹³⁰ Para Taylor, apenas as práticas qualificadas como sociais são *language-dependent*, ou seja, precisam de um vocabulário particular para que sejam reconhecidas. Outras realidades existiriam na sociedade que não careceriam de uma linguagem específica para descrevê-las. Koselleck, no âmbito do seu debate com Gadamer acerca da hermenêutica da história, chegará a resultados similares, embora a partir de pressupostos bem diferenciados.

Embora se inscrevendo na tradição da hermenêutica da compreensão (*Verstehen*) de Schleiermacher e Dilthey, o sentido da hermenêutica gadameriana identifica-se mais claramente com a noção de compreensão que Heidegger havia formulado em *Ser e Tempo*. Para Heidegger, a compreensão, em primeiro lugar, mais do que um empreendimento cognitivo (*episteme*), é algo prático (*phronesis*); é uma capacidade, uma possibilidade existencial. Em segundo lugar, a compreensão é sempre auto-compreensão. Compreender envolve necessariamente o indivíduo implicado no processo de compreensão, e isso no sentido de que toda compreensão é uma interpretação (*Auslegung*) do próprio ser que está aí no mundo compreendendo e das suas possibilidades de compreensão.¹³¹ A partir desse referencial, Gadamer assenta a

¹²⁹ KOSELLECK, Reinhart. “Histórica y Hermenéutica”, pp. 69-70. Para o relato do próprio Koselleck acerca da história da distinção terminológica entre *Geschichte* e *Historie*, cf. KOSELLECK, Reinhart. “Historia Magistra Vitae. Sobre a dissolução do *topos* na história moderna em movimento”, pp. 48-51.

¹³⁰ Cf. TAYLOR, Charles. *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers*, pp. 32-34.

¹³¹ Se hoje é corrente a idéia de que a compreensão histórica pressupõe a historicidade do indivíduo no mundo (do *Dasein*, no vocabulário heideggeriano), isso, inegavelmente, deve-se muito a Heidegger: “a escolha

sua própria ideia da compreensão por introduzir um elemento que não se revelara tão essencial à concepção de Heidegger: a linguagem. A dimensão linguística (*Sprachlichkeit*) é decisiva para a compreensão porque ela fundamenta a universalidade da experiência hermenêutica. No sentido gadameriano, compreender é sempre articular em palavras — ou, ao menos, é a possibilidade de fazê-lo — um fato, um significado. Mas o que dizer das experiências de compreensão que não podem ser enunciadas linguisticamente, como, por exemplo, a experiência musical? Gadamer sustenta que o ouvinte só terá compreendido a música quando ele, interpretando-a, busca palavras para articular a sua compreensão. Portanto, mesmo essas experiências que parecem não se reconduzir a palavras, ao serem compreendidas, ao serem objeto de atribuição de um sentido, estarão aptas a uma eventual "linguistificação".

Especificamente no tocante à compreensão da experiência histórica, Gadamer é enfático no condicionar-lhe à mediação linguística: a linguagem “é a primeira interpretação global do mundo, e, por isso, não pode ser substituída por nada. Para todo pensamento crítico de nível filosófico, o mundo é sempre um mundo interpretado linguisticamente”.¹³² Todavia, ele não deduz desse reconhecimento uma mera equiparação da nossa experiência no mundo aos processos linguísticos que a articulam.¹³³ Ao contrário, no esforço de distinguir o fenômeno enunciado linguisticamente da dinâmica que o enuncia com a linguagem, Gadamer avança até ao ponto de admitir que a história supera a hermenêutica, que a história impõe limites à pretensão de atribuição de sentido inerente ao intento interpretativo. Esse aspecto é,

do que deve se tornar objeto da *História* já está presente na escolha da facticidade existencial do *Dasein*, em quem encontra a sua origem e apenas onde ela pode existir”, in HEIDEGGER, Martin. *Être et Temps*, p. 392.

¹³² GADAMER, Hans-Georg. “La historia del concepto como filosofía”, p. 83.

¹³³ Os argumentos de Gadamer recolhem-se no texto em que ele responde as críticas que, entre outros, Habermas e Apel fizeram a *Verdade e Método* (cf. GADAMER, Hans-Georg. “Réplica a *Hermenêutica y crítica de la ideología*”, pp. 302-305).

segundo Gadamer, potencializado pela maior liberdade do historiador frente aos elementos textuais, comparativamente àquele que pratica a exegese bíblica e a filologia, principalmente, e a hermenêutica jurídica. Nesses âmbitos, afigura-se mais defensável a intenção de se atribuir aos textos um sentido autêntico. Todavia, o historiador quer compreender uma realidade que apenas parcialmente está nos textos, uma realidade presente na história que se pretende conhecer e que, ainda quando meta-textual, será sempre linguística.

Avaliando essas sugestões, Koselleck qualifica como quase uma “ironia” que “o sem sentido (*Unsinn*) linguístico possa ser elucidado linguisticamente”, que os limites que, segundo Gadamer, a história impõe à pretensão hermenêutica tenham que ser contornados com referência aos elementos inarredavelmente linguísticos da experiência. A partir dessa crítica, Koselleck avança significativamente em relação às posições de Gadamer, para sustentar a tese de que a existência de possibilidades históricas extralinguísticas conferiria à História um *status* epistemológico mais qualificado do que o de um mero caso particular da hermenêutica. Essa “História pré-linguística” estaria preocupada com o sentido histórico de fenômenos que não podem ser reconduzidos, para usar a terminologia da metódica de Cambridge, a *speech-acts* enunciados por atores políticos num determinado contexto histórico.¹³⁴ E, segundo Koselleck, esses elementos pré e extralinguísticos, que o ser humano compartilha com os animais por força de fatores geográficos e biológicos, estabelecem determinadas condicionantes meta-históricas para as possibilidades da história.

Num texto publicado em 1989, Koselleck discutiu três dessas condições pré-linguísticas meta-históricas: i) a temporalidade histórica, delimitada pelos eventos

¹³⁴ KOSELLECK, Reinhart. “Histórica y Hermenéutica”, pp. 69-70.

do nascimento e da morte; ii) a espacialidade histórica, definida em termos da antítese interior e exterior; e iii) a oposição entre o superior e o inferior, evidenciada tradicionalmente pela relação de hierarquia entre o senhor e o escravo. Segundo Koselleck, a existência dessas condições é independente das particulares formas que elas assumem em âmbitos específicos, como o político, o econômico, o social ou o religioso.¹³⁵ Anteriormente, no texto “Histórica y Hermenéutica”, Koselleck havia desenvolvido algumas dessas condições meta-históricas em âmbitos específicos, produzindo cinco pares antitéticos que descreveriam o que ele denominou de “algo assim como a estrutura fundamental temporal das histórias possíveis”: i) a oposição “antecipar à morte (*Vorlaufen zum Tode*)” e “poder matar” — “sem a capacidade de poder matar seus semelhantes, sem a capacidade de poder abreviar violentamente o lapso de vida dos outros, não existiriam as histórias que todos conhecemos”; ii) a oposição “amigo”/ “inimigo”; iii) a oposição “interior”/“exterior”; iv) uma categoria indicada pelo neologismo “generatividade”, que se “refere à coação para aceitar o próprio *Dasein* e, falando empiricamente, ao nascimento com que se inicia a vida e, portanto, também à morte”; e v) o par “senhor”/“escravo”.¹³⁶

Portanto, essas categorias antitéticas são “constitutivas da formação, do desenvolvimento e da eficácia das histórias”; elas ilustram “as estruturas da finitude que, por excluïrem-se mutuamente, evocam tensões temporais necessárias entre e dentro das unidades de ação”. Elas, enfim, expressam a “finitude temporal em cujo horizonte surgem tensões, conflitos, fraturas, inconsistências que, no estado em que se encontram, sempre parecem insolúveis, porém em cuja solução diacrônica devem

¹³⁵ Cf. KOSELLECK, Reinhart. “Linguistic change and the history of events”, pp. 650-1. Aqui como no texto “Histórica y Hermenéutica” não resta esclarecido se essa tipologia básica exaure ou meramente ilustra as condições meta-históricas extralingüísticas.

¹³⁶ Cf. KOSELLECK, Reinhart. “Histórica y Hermenéutica”, pp. 73-85.

participar e ativar-se todas as unidades de ação, seja para continuar vivendo, seja para ir a pique”.¹³⁷

3. *Intermezzo* – Um *excursus* sobre anacronismo: história e meta-história do conceito de Estado de Direito

Difícilmente se encontraria conceito mais apropriado do que o do *Estado de Direito* para ilustrar o anacronismo que domina certas apreciações acerca da formação das categorias jurídicas e políticas típicas da modernidade. Meta-historicamente concebido, o *Estado de Direito* é reificado como um super-conceito capaz de abarcar todas as experiências históricas de organização da política nas quais se entende acolhido o requisito fundamental do império do direito. Opera-se aqui aquela estratégia intelectual e política mediante a qual, como percebeu Koselleck, um “conceito adquire um sentido transcendental, tornando-se um princípio regulador tanto para o conhecimento quanto para a ação”.¹³⁸ Com isso, a fórmula *Estado de Direito* passou a conhecer, ao lado da sua *história* de origem e desenvolvimento recente e preciso, uma *meta-história* que a projeta, no passado, como um ator fundamental na tradição política e jurídica ocidental, e, no presente e no futuro, como uma referência ideológica inafastável na luta para a institucionalização de qualquer experiência política que aspire à legitimidade.

A fórmula *Estado de Direito*, introduzida nos discursos políticos e jurídicos ocidentais ao início do século XIX,¹³⁹ é hoje consensualmente interpretada no

¹³⁷ Cf. KOSELLECK, Reinhart. “Histórica y Hermenéutica”, p. 85.

¹³⁸ KOSELLECK, Reinhart. “Critérios históricos do conceito moderno de revolução”, p. 69.

¹³⁹ O primeiro autor a utilizar a expressão Estado de Direito foi Carl Welcker, em 1813, sendo seguido por Christoph von Aretin, em 1824, e por Robert von Mohl, em 1829, que com a sua *Staatsrecht des Königsreichs Württemberg* logra introduzi-la definitivamente nos debates jurídico-políticos (cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-

sentido de abarcar as distintas fases do processo de institucionalização do poder político nas sociedades ocidentais no seu esforço de superação do *Ancien Régime*. Na apreciação dominante, esse processo é compreendido como uma progressiva superação dos ideais do liberalismo em linha kantiana, tributário da concepção do direito como “a limitação da liberdade de cada um à condição da sua concordância com a liberdade de todos; tanto quanto isso é possível segundo uma lei universal”,¹⁴⁰ por concepções que, tomando já por referência os apelos éticos-estatalistas em linha hegeliana,¹⁴¹ seriam depois recepcionadas e desenvolvidas no positivismo teórico-dogmático de Gierke, Gerber, Laband, Jellinek, Thoma e Anschütz. Nesse cenário, a noção de Estado de Direito aparta-se da concepção kantiana de um Estado da razão (*Vernunftsrechtsstaat*), passando então progressivamente a caracterizar simplesmente uma razão para o Estado se submeter ao direito por ele mesmo positivado, assumindo, ao final, a forma institucional característica do Estado liberal-conservador europeu do século XIX.¹⁴²

Wolfgang. “Origens y Cambio del Concepto de Estado de Derecho”, pp. 18-19; e GOZZI. Gustavo “Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca”, pp. 276-277). Em sentido contrário, identifica-se o primeiro uso do termo nos trabalhos de J. W. Placidus, ainda em 1789, ou, conforme outras opiniões, de Adam Müller em 1809 (cf. COSTA, Pietro. “Lo Stato di diritto: un’introduzione storica”, p. 104; e NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*, pp. 39-40).

¹⁴⁰ KANT, Immanuel. *On the common saying: That may be correct in theory, but it is of no use in practice* Kant, p. 290). Influenciadas por essa concepção, no início do século XIX o Estado de Direito era qualificado como um “Estado da razão” (Welcker), um “Estado da racionalidade” (Mohl), um Estado governado “segundo a vontade geral racional” (Aretin), enfim, um Estado dirigido a concretizar os princípios da razão pura no domínio social.

¹⁴¹ Na concepção hegeliana do Estado ético, o Estado é tomado como um fim em si, superior a qualquer interesse privado: “Ora, o Estado, de um modo geral, não é um contrato (...), e a sua essência substancial não é exclusivamente a proteção e a segurança da vida e da propriedade dos indivíduos isolados. É antes a realidade superior e reivindica até tal vida e tal propriedade, exige que elas lhe sejam sacrificadas”, in HEGEL, Georg. *Princípios da Filosofia do Direito*, pp. 216-217.

¹⁴² Tomando por referência a posição de Mohl, Welcker e outros, Habermas considera que, por acolher uma noção material da lei como “uma regra geral e abstrata criada mediante a aprovação da representação popular em um procedimento caracterizado por discussão e publicidade” (HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, p. 135), as primeiras concepções do Estado de Direito ofereciam maior abertura para a noção de um Estado democrático do que a concepção dogmática do Estado de Direito que se afirmaria posteriormente no *Jus Publicum Europeum*.

Como uma expressão desse Estado europeu do século XIX, o Estado de Direito se singulariza, obviamente, por determinados pressupostos políticos e jurídicos subjacentes a esse ambiente cultural, decorrentes da particular dinâmica histórica que, a partir do início da modernidade, moldou o exercício do poder político no Ocidente.¹⁴³ Essa dinâmica que se consolidou no Estado de Direito liberal-conservador do século XIX é caracterizada — para dizê-lo em linguagem luhmanniana — pela contínua diferenciação dos sistemas político e jurídico em relação aos outros domínios sociais, notadamente em relação às esferas moral e religiosa, e, ao nível institucional, pela diferenciação de funções estatais particulares (legislação, administração e jurisdição), levando a uma crescente delimitação da esfera de liberdade dos cidadãos no domínio privado, ao final, no mercado, em face do poder estatal. Enfim, o Estado de Direito é o Estado historicamente pensado e calculado para limitar juridicamente o poder político com vistas à tutela dos direitos subjetivos necessários ao exercício da liberdade na esfera privada do mercado.

Essa precisa contextualização histórica da noção de Estado de Direito não tem impedido, todavia, que importantes autores se esmerem, anacronicamente, em identificar e caracterizar o “Estado de Direito” presente na filosofia e experiência política ocidental anterior. Embora a Antiguidade seja a referência comparativa mais

¹⁴³ Os propósitos perseguidos neste *excursus* não comportam a discussão dos problemas históricos e lingüísticos associados à experiência anglo-saxã do *rule of law*, nem a problemática decorrente da recepção do conceito de Estado de Direito em outros contextos políticos e geográficos ao longo do século XX, por exemplo, na China (cf. ZHENGHUI, Li; e ZHENIN, Wang. “Diritti dell’uomo e Stato di Diritto nela teoria e nella pratica della Cina contemporânea”). Apenas à guisa de registro, note-se que, como ideal político, o precedente anglo-saxão data pelo menos da Conquista da Normandia, quando, ao lado da supremacia do governo central, o “rule, supremacy or predominance of law”, o princípio que repele “todo sistema de governo baseado no exercício pelas pessoas investidas de autoridade de poderes de coerção amplos, arbitrários ou discricionários” (in DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of Constitution*, p. 110), passou a ser um dos elementos característicos dos discursos constitucionais ingleses. Nada obstante, analogamente ao que se verifica com a fórmula *Estado de Direito*, a expressão *rule of law* também tem uma origem moderna: embora popularizada por Dicey, a partir da publicação do seu tratado em 1885, ela foi usada na doutrina pela primeira vez por William Hearn, no seu *The Government of England. Its Structure and its Development*, de 1867.

relevante, até mesmo na Idade Média tem-se cogitado da presença de um Estado de Direito, a partir do argumento de que, se esse ideal se identifica com a “exigência de estabelecer limites à força desbordante e tendencialmente incontrolável do poder”, então “o seu horizonte de sentido se coloca em um cenário temporal extremamente amplo, que inclui tanto o mundo antigo quanto a cultura medieval”.¹⁴⁴ A inserção do Medievo nessa apreciação continuísta da experiência política ocidental suscita ainda maior perplexidade, porquanto no paradigma interpretativo dominante, que vislumbra uma progressiva submissão do poder no Ocidente ao império da lei, o lugar tradicionalmente reservado à cultura medieval é o do momento histórico obscurantista e opressivo contra o qual se desencadeou a dinâmica libertadora que culminaria na epifania do Estado liberal de Direito.

A qualificação dessas leituras como anacrônicas não pretende questionar a influência das experiências anteriores de concepção e institucionalização da política na determinação da forma específica que o Estado de Direito viria a assumir — o que só poderia conduzir à óbvia conclusão de que o Estado de Direito assumiu a forma que assumiu apenas em razão de ter sido antecedido pelo Estado da Antiguidade, pelo Estado do Medievo etc. —, mas sim a apontar a inviabilidade de se identificar maiores afinidades entre as experiências e discursos da época clássica da política e o Estado de Direito consolidado no Ocidente a partir do início do século XIX. É certo que para uma parte da doutrina não faz o menor sentido usar o termo Estado de Direito para se referir à experiência política e constitucional da Antiguidade. Em trabalhos clássicos, Elías Díaz demonstrou que os elementos que tipicamente distinguem os esforços desenvolvidos na Antiguidade e, também, no Medievo para disciplinar o exercício do

¹⁴⁴ COSTA, Pietro. “Lo Stato di diritto: un’introduzione storica”, pp. 91-92.

poder político — é dizer, aqueles fundados em formulações religiosas, éticas ou jusnaturalistas — são insuficientes para conformar o Estado de Direito, já que esse depende sempre de controles especificamente jurídicos, possíveis de serem institucionalizados apenas por meio do direito positivo.¹⁴⁵ Nessa orientação, realça-se o caráter transformativo da noção de Estado de Direito, que só teria logrado surgir e afirmar-se historicamente a partir da Revolução Francesa e do Estado liberal do século XIX.

Todavia, para outros, ao contrário, sempre que ao longo da história ideias como a soberania das leis e a racionalidade política foram opostas à concepção de que a vontade caprichosa do príncipe é soberana estava-se a advogar um Estado de Direito. Padecem desse anacronismo alguns dos mais populares e influentes tratados de teoria geral do *Jus Publicum Europeum* utilizados no século XX. Jellinek, por exemplo, considera que as concepções modernas do Estado de Direito “não agregaram nenhuma nova nota às doutrinas do Estado legal de Platão e Aristóteles”.¹⁴⁶ Loewenstein, numa formulação paradigmática dessa ideia, assenta que “as instituições políticas dos gregos refletem a sua profunda aversão a todo tipo de poder concentrado e arbitrário, e a sua devoção quase fanática aos princípios do Estado de Direito (sic) de uma ordem (*eunomia*) regulada democrática e constitucionalmente”.¹⁴⁷ Já Zippelius, tomando por assente que a ideia platônica do governo das leis não era apenas filosofia, mas expressão da política real entre os gregos, diz precisamente que o Estado

¹⁴⁵ DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, pp. 30-31. No mesmo sentido, cf. DÍAZ, Elías. “Estado de Derecho”.

¹⁴⁶ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*, p. 464. Para visões similares por parte de doutrinadores importantes já do século XXI, cf. Pietro Costa: “Não é preciso esperar a Idade Moderna para encontrar a precisa tematização de uma ‘grande dicotomia’ que opõe um tipo de regime a outro, assumindo como critério distintivo precisamente a relação entre ‘governo’ e ‘lei’. Tanto em Platão quanto em Aristóteles (embora na diversidade metódica e substantiva das respectivas filosofias político-jurídicas) o problema das formas de governo — também esse um tópico obrigatório da reflexão política ‘ocidental’ — é discutido pondo em evidência o papel central da lei”, in COSTA, Pietro. “Lo Stato di diritto: un’introduzione storica”, p. 92.

¹⁴⁷ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, p. 155.

de Direito é “a versão moderna da antiga ideia platônica do governo das leis”.¹⁴⁸ Central para essa ordem de entendimento é resposta de Aristóteles à questão que ele propusera na *Política* acerca de qual deveria ser o fundamento do poder supremo do Estado: “Daquilo que observamos sobre supremacia nada emerge tão claramente como o fato de que as leis corretamente instituídas devem ser supremas”.¹⁴⁹

Uma palavra deve ser dita sobre a compreensão singular, como sempre, de Carl Schmitt. Schmitt reconhece que a aspiração pelo governo impessoal do direito como oposto ao governo de um soberano é “uma das mais belas e antigas criações do pensamento jurídico da humanidade”,¹⁵⁰ remontando ao *nomos basileus*, à *Lex* como único *Rex*, aspirações em relação aos quais o *rule of law and not of men* é tão somente uma reconstrução anglo-saxã. Todavia, a atemporalidade e universalidade do Estado de Direito é por ele defendida não por vislumbrar uma antecipação na Antiguidade dos conteúdos a ele modernamente associados, mas, ao contrário, por atribuir a esse conceito um sentido absolutamente formal, despido de qualquer substancialidade.¹⁵¹

¹⁴⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, p. 281. A questão da realidade na política grega das formulações de Platão e Aristóteles tem suscitado variadas respostas. Para Jellinek “o tipo de Estado antigo, criado a partir da doutrina platônico-aristotélica, é um tipo ideal, e não um tipo empírico” (JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*, p. 220); já Hegel, tomando os textos de Platão e Aristóteles como uma crônica da realidade de Atenas, identifica ali “uma liberdade viva e uma viva igualdade de costumes e de formação espiritual, e mesmo que houvesse uma desigualdade de bens, a mesma não atingia extremos” (HEGEL, Georg W. F. *Filosofia da História*, p. 218). Para uma recente discussão dessa temática, cf. o debate entre Jeremy Waldron e Martha Nussbaum, recolhido em *Theory and Practice*, Nomos XXXVII, New York University Press, 1995.

¹⁴⁹ Como se sabe, a resposta de Aristóteles é enunciada após ele analisar e refutar diversas alternativas para a autoridade suprema do Estado: o povo, os proprietários, o tirano, o homem virtuoso (bom), e o melhor homem de todos. O povo é descartado como um fundamento legítimo em razão de que a utilização da “superioridade numérica” para “fazer a distribuição dos bens dos ricos” seria injusta (apreciação que não seria afastada nem mesmo em face “de tal distribuição advir de uma decisão válida do poder supremo”), destruindo o Estado; os proprietários, em razão de que, a ser justo que “a minoria e os mais ricos governem”, roubando e saqueando os bens da maioria, seria também justa a hipótese anterior; pela mesma razão, os atos do tirano só seriam justos se também o fosse o fundamento da validade do poder do povo (a sua condição majoritária); o homem virtuoso, em razão de que todos os outros homens estariam proibidos pela constituição de ocupar cargos públicos, perdendo assim a sua dignidade (*timé*); o melhor homem de todos, também em razão de que a diminuição do número de governantes deixaria “a maior parte dos cidadãos sem posição de honra”, ARISTÓTELES. *Política*, pp. 229-234 (Livro III, 10 e 11).

¹⁵⁰ SCHMITT, Carl. *Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencia jurídica*, p. 9.

¹⁵¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, p. 141.

Para Schmitt o Estado de Direito é simplesmente o “Estado que respeita sem condições o direito objetivo vigente e os direitos subjetivos que existam”,¹⁵² pelo que não teve dificuldades para predicar o Estado de Direito até mesmo da expressão institucional que, da perspectiva histórica, foi a sua dissolução.¹⁵³

A compreensão meta-histórica do Estado de Direito identifica igualmente em Roma alguns traços característicos daquela categoria moderna. Considera-se que, embora não negligenciada a significativa diferença entre Roma e a Grécia no tocante à disciplina do poder, também o Estado romano teria conhecido esse elemento da submissão à lei que sustenta a reivindicada afinidade da *polis* grega com a noção de Estado de Direito. Sustenta-se que mesmo a moderna noção de uma cidadania passiva não fora estranha à República romana, sendo, ao contrário, ao indivíduo reconhecida a titularidade “de exigências a prestações do Estado e de direitos a participar na vida do mesmo”, e que a centralização do poder no *princeps* (o seu *imperium*) decorreria de um ato de transmissão pelo *populus* “dos direitos que originalmente pertenciam a esse”. Também o lockeano “individualismo possessivo” reputou-se presente na experiência romana, tendo em conta que já Cícero aludia à propriedade como a ordem principal da “totalidade da vida política do Estado”.¹⁵⁴

Não pode ir essa aproximação dos arranjos políticos da Antiguidade com a moderna noção do Estado de Direito a ponto de se descurar do fato de que aos primeiros faltava um elemento tão basilar na afirmação do segundo quanto é a

¹⁵² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, p. 141. Após atribuir o caráter polissêmico da expressão Estado de Direito à própria diversidade de significados dos dois elementos que a constituem, Schmitt assenta que “há um Estado de Direito feudal, um estamental, um burguês, um social, além de outros em conformidade ao Direito Nacional, ao Direito racional e ao Direito histórico” (SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*, p. 23).

¹⁵³ Inicialmente Schmitt sustentara a impossibilidade de se aplicar ao regime nazista o conceito de *Rechtsstaat*, tendo em vista o caráter substancialmente liberal a ele associado; posteriormente, ele assumiria a defesa da tese contrária, suprimindo “do conceito de *Rechtsstaat* qualquer conotação (ou incrustação) substancial mediante a sua total formalização e tecnificação” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mitte*, pp. 41-42).

¹⁵⁴ Cf. JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*, pp. 230-231.

concepção de uma ordenação jurídica da esfera de liberdade atribuída aos indivíduos nas suas relações com os poderes estatais. Certo que tanto Roma quanto a Grécia conheceram a ideia de que “só à lei, e, de conseguinte, a uma autoridade limitada, é que se está submetido”,¹⁵⁵ de modo algum alcançou-se lá o reconhecimento de que o poder do Estado poderia, e deveria, ser juridicamente restringido em benefício do indivíduo. Como assentou Weber, não há como falar-se na Antiguidade “de uma liberdade pessoal na condução da vida”, afirmação que se subtrai a qualquer dúvida ao se considerar como lá se tratava um elemento tão essencial à liberdade dos modernos como é a propriedade privada: a “*polis* da Antiguidade colocava suas mãos em todos os patrimônios importantes dos cidadãos”.¹⁵⁶

4. As linguagens da política ocidental entre o final do Medievo e a consolidação da sociedade comercial

4.1 A redescoberta do *politikos*: as linguagens da política na transição do Medievo à Modernidade

Na cidade ocidental, por um largo período de tempo, ficaram esquecidas, em meio às preces e aos anátemas eclesiásticos, às *chartas* de franquias, aos contratos de *feudum*, as linguagens que haviam demarcado o surgimento de uma determinada forma de política — a política *par excellence* de Strauss? — na Grécia e em Roma. Nesse ambiente, “as palavras e idiomas da linguagem clássica da política eram quase irreconhecíveis, tal como fragmentos de um templo grego ou romano em meio às

¹⁵⁵ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*, p. 236.

¹⁵⁶ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. 2, pp. 510-11. Frise-se que no seu conceito de *polis* Weber abarca as quatro grandes criações do poder que ele considera terem sido empreendidas na Antigüidade: a federação ática, o romano-itálico, o reino siciliano de Dionísio e o reino cartaginês; cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. 2, pp. 512 ss.

pedras de um palácio gótico”.¹⁵⁷ Foi somente no século XIII, com a tradução da *Ética a Nicômacos* e da *Política*, que o *politikos* voltou a ser pronunciado na cidade ocidental. Como consignou Rubinstein, “foi a tradução da *Política* de Aristóteles, realizada por Guilherme de Moerbeke, usada, primeiro, por São Tomás de Aquino e, depois, por todos os filósofos políticos aristotélicos até o século XV, que introduziu *politicus*, e seu equivalente latino *civilis*, na linguagem do pensamento político ocidental”.¹⁵⁸

É certo que àquela altura a política não era predicada de qualquer exercício do poder, de qualquer forma de governar a cidade, da elaboração de qualquer lei para a cidade, de qualquer exercício da *jurisdictio* na cidade. Ali político só poderia dizer respeito — para lembrar a célebre formulação de Brunneto Latini de 1260 — à arte de governar, legislar e julgar na cidade segundo a razão e a justiça. Falando aristotelicamente das “*sciences*” práticas da filosofia — “*ethique*”, “*icononomique*” e “*politique*” —, Latini definiu a política como “*la plus haute science et li plus nobles mestiers, qui soit entre les homes; qar ele nos enseigne à gouverner les estranges gens d’un regne et d’une vile, et um pueple et une commune en tens de pais et de guerre, selonc raison et selonc justice*”.¹⁵⁹

Muitos embates políticos teriam ainda que ser travados, muitos discursos ainda pronunciados, para que a linguagem da política pudesse falar do *politicus*, e isso somente no final do século XVI, como dizendo respeito simplesmente à arte de preservar um qualquer *Stato*. Somente quando em 1589 Giovanni Botero pôde falar, já sem causar qualquer perplexidade, de uma *Ragione di Stato*, de uma ciência dos meios necessários para fundar, conservar e ampliar qualquer Estado, é que se

¹⁵⁷ VIROLI, Maurizio. *From Politics to Reason of State: the acquisition and transformation of the language of politics, 1250-1600*, p. 11.

¹⁵⁸ RUBINSTEIN, Nicolai. “The history of the word *politicus* in early-modern Europe”, p. 42. A tradução latina da *Ética a Nicômaco* foi concluída em 1240 por Robert Grosseteste.

¹⁵⁹ LATINI, Brunetto. *Li Livres Dou Tresor*, pp. 7-8 (Livro I, IV).

pôde reconhecer a linguagem como habilitada a dar conta desse antagônico sentido do *politicus*.¹⁶⁰ Viroli bem percebeu que a referência à “razão” nessas duas formulações não trazia qualquer ilusão quanto à existência de alguma afinidade entre as concepções do *politicus* que lhe estão subjacentes:

“As duas definições — da política como a arte de governar uma república de acordo com a justiça e a razão, e da razão de estado como o conhecimento dos meios para preservar e ampliar um estado — revelam de plano as diferenças entre as duas artes; uma diferença que diz respeito tanto aos fins quanto aos meios. No caso da política, o objetivo é a república; no caso da razão de estado, o objetivo é o estado, a despeito da sua origem e da sua legitimidade. O fim da política tem que ser preservado por meio da justiça e razão; o fim da razão de estado pode ser perseguido por quaisquer meios”.¹⁶¹

Nesses trezentos e tantos anos que separam os tempos e os mundos de Latini e Botero muitas linguagens políticas foram criadas, transformadas e extintas. Todavia, três dentre elas revelaram-se as mais importantes na estruturação das expressões primeiras que a política assumiu na cidade ocidental a partir do século XIII: o direito romano, o aristotelismo político, e a tradição das virtudes cívicas.

Não é trivial sumariar as complexas relações e implicações ocorridas entre essas linguagens determinantes da orientação que a política ocidental tomou daí até o nosso tempo. Todavia, já que assumimos essa empreitada como importante para o propósito que anima esta investigação, um caminho que parece defensável percorrer é aquele que parte precisamente do reconhecimento do significativo fato de que até a época de Brunneto Latini os discursos acerca do governo e da *fortuna* das cidades não eram enunciados em termos de uma ciência ou, mais apropriadamente, *ars da política*.

¹⁶⁰ Segundo Botero, “*Stato è domínio fermo sopra popoli, e ragione di stato si è notitia di mezi atti a fondare, conservare e ampliare um dominio così fatto*”, in BOTERO, Giovanni. *Della Ragion di Stato, Libro Primo*, “Che cosa sia ragione di Stato”.

¹⁶¹ VIROLI, Maurizio. *From Politics to Reason of State: the acquisition and transformation of the language of politics, 1250-1600*, p. 3.

De fato, entre os séculos XII e XIII era ao vocabulário do direito romano, da *civilis sapientia* — para Ulpiano, “*res sanctissima*”—,¹⁶² que se recorria para discorrer sobre a arte do governo da cidade, pensada principalmente em termos da elaboração das suas leis e da administração da justiça. Também se recorria ao vocabulário que Cícero, prodigalizando variantes da *civilis sapientia* (*civilis scientia*, *civilis philosophia*, *civilis ratio*), tornara famoso. Aqui, reconheça-se, o foco já deslocava-se expressivamente do mero conhecimento técnico da *jurisprudencia* para uma preocupação mais politizada com a arte de governar a cidade. Mas de um certo momento em diante nem mesmo esse uso mais politizado da linguagem da *civilis sapientia* passou a atender aos interesses daqueles preocupados em examinar e resolver os assuntos do governo da cidade. Viroli dá conta dessa insatisfação com a linguagem disponível àquele momento nos discursos políticos mencionando a expressiva crítica de um escritor anônimo, em 1240, à inexistência de qualquer conhecimento apropriado para o exame das questões políticas e econômicas (“*De bono yconomico et politico non habemus aliquam scientiam*”).¹⁶³

A política precisava transformar os termos com os quais era falada. Isso se deu com a consolidação de uma nova linguagem política, que viria a ser conhecida como o aristotelismo político. A linguagem do aristotelismo político foi principalmente um produto da obra de São Tomás de Aquino, engendrada a partir da noção encontrada na *Política* do homem como um vivente cujo *telos* é a vida na cidade, a comunidade *perfeita*. E é assim não por razões práticas, mas sim porque, como havia ensinado Aristóteles, o homem é dotado pela natureza não apenas da voz (*phonè*), mas

¹⁶² *Digesto*, 50.13.1.5 (<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest50.shtml>).

¹⁶³ VIROLI, Maurizio. *From Politics to Reason of State: the acquisition and transformation of the language of politics, 1250-1600*, p. 54.

também da linguagem (*logos*), que o capacitaria tanto para a prática da cidadania quanto para a vida doméstica. É certo que no tomismo a política era considerada muita coisa. Todavia, ela não era a coisa mais valiosa. Sem dúvida, ela é a mais importante entre as artes práticas, as *ars* que dizem respeito aos fins humanos. Mas existem outros fins superiores aos fins humanos, e esses só podem ser perscrutados pela *divina scientia*, a teologia, mediante um conhecimento contemplativo. De qualquer maneira, ainda que não propiciasse o gozo dessa forma superior de vida contemplativa, a política, como uma *scientia*, era qualificada como idônea para o conhecimento (*episteme*) do *ius naturae*, aquele conjunto de princípios racionais considerados suficientes para estruturar uma concepção da política com validade universal.

A recusa em encarar a política como essa forma de conhecimento especulativo (*episteme*), e a conseqüente ênfase em um conhecimento orientado pela prática da política na cidade (*phronesis*), é que vai estar na base da consolidação da terceira linguagem que afetaria a *fortuna* da política ocidental na passagem do Medievo para a Modernidade: a linguagem das virtudes cívicas ou, em vocabulário contemporâneo, a linguagem do humanismo cívico. A compreensão dos ideais políticos da Antiguidade recepcionados no Renascimento como um humanismo *cívico* foi uma inovação terminológica disseminada pela publicação, em 1955, do trabalho fundamental de Hans Baron sobre aquele período histórico. Conquanto partindo da noção que, principalmente por influência de Jacob Burckhardt,¹⁶⁴ consolidou-se no Ocidente do humanismo como a preeminência do individualismo na política, na

¹⁶⁴ Essa interpretação do Renascimento como uma ruptura com o Medievo em direção à Modernidade é desenvolvida nos capítulos II (“O Desenvolvimento do Indivíduo”) e III (“O Redespertar da Antiguidade”) da obra de Burckhardt; cf. BURCKHARDT, Jacob. *A Cultura do Renascimento na Itália*, pp. 145-176 e 177-263. A repercussão e a crítica dessa interpretação histórica, a influente argumentação de Baron sobre a origem do humanismo cívico e as suas implicações sobre as concepções republicanas que interessam a esta tese são discutidas na Parte III, tópico 1.2.

religião e nas artes, Baron criticava a ausência nessa interpretação de uma diferenciação nítida entre o primeiro humanismo do *trecento* e o humanismo do *quattrocento*. Segundo Baron, as primeiras manifestações humanistas eram mais individualistas, vinculadas a um uso da tradição clássica ainda para propósitos retóricos ou acadêmicos, e, assim, alienadas das questões mais propriamente políticas. Apenas por volta do início do *quattrocento*, sob a contingência da crise política enfrentada por Florença, é que teria se irrompido revolucionariamente uma consciência cívica diferenciada, a qual disponibilizou aos florentinos um novo vocabulário para dar conta dos assuntos da política, baseado agora na ideia do *vivere civile*, de uma ativa participação nos assuntos da cidade, que caracterizara a *polis* antiga.¹⁶⁵

Decisiva para a afirmação dessa linguagem do *vivere civile* foi a equiparação de *politeia* a regime republicano na tradução de Guilherme de Moerbeke da *Política*.¹⁶⁶ Com isso, o debate político ocidental incorporou o ponderável argumento que desde então tem singularizado os discursos republicanos: a noção segundo a qual “só é possível ser livre num Estado livre”,¹⁶⁷ ou seja, numa república. Assim, progressivamente, o termo *politicus* e os seus equivalentes *civilis* e *civile* passaram a significar, sem mais, governo republicano, indicando, “como um termo constitucional”, um regime cujos traços diferenciadores eram “as restrições institucionais às quais o governo estava sujeito, e a origem popular da sua autoridade”.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Cf. BARON, Hans. *The Crisis of the Early Italian Renaissance*, pp. 49-58.

¹⁶⁶ Na formulação do próprio Aristóteles, *politeia* é o “governo exercido pela maioria dos cidadãos, para o bem de toda a comunidade”, in ARISTÓTELES. *Política*, p. 224 (Livro III, 2, n. 30).

¹⁶⁷ SKINNER, Quentin. *Liberdade antes do liberalismo*, p. 56.

¹⁶⁸ RUBINSTEIN, Nicolai. “The history of the word *politicus* in early-modern Europe”, p. 45.

Dizer que a linguagem republicana orientava-se pela dimensão prática da política, em oposição ao seu conhecimento especulativo, é dizer que ao ideal tomista da vida contemplativa (*theoretikôs bios*), do *otium*, os humanistas cívicos opunham o ideal do *negotium*. O *otium* era valorizado entre os tomistas por permitir ao indivíduo perseguir livremente os seus próprios interesses e felicidade pessoal, desonerado de qualquer preocupação com os assuntos da cidade. Já a vida de *negotium*, ao contrário, demandando aos cidadãos não sucumbir à *philopsychia* e praticar uma *vita activa*, envolvida com a política da cidade, era reputada como a única forma de assegurar, nas palavras de Skinner, “um sistema plenamente participativo de governo republicano”.¹⁶⁹

A confrontação entre o *otium*, o ideal tomista da vida contemplativa, e o *negotium*, a *vita activa* da política, adquiriu uma nova ênfase no debate medieval sobre o *optimus status reipublicae*, a melhor constituição política para uma república.¹⁷⁰ Do ponto de vista teórico, havia um consenso no sentido de que a melhor república era aquela em que existiam leis justas, preocupadas com o *publico commodo*, e na qual, por via de consequência, cada cidadão poderia dedicar-se ao *otium*, cuidando do que seria o seu *privato commodo*, particularmente, da sua felicidade pessoal. Todavia, na prática evidenciavam-se significativas divergências quanto à caracterização das instituições que levariam ao *optimus status reipublicae*, notadamente no que dizia respeito à forma de governo do estado. De um lado, havia a visão política que afirmava que o melhor para a república era, platonicamente, confiar os assuntos de interesse geral a um governante sábio, que tomaria sobre si o *negotium* da vida pública, liberando os

¹⁶⁹ Cf. SKINNER, Quentin. “Sir Thomas More’s *Utopia* and the language of Renaissance humanism”, pp. 125-130.

¹⁷⁰ Para esse debate, cf. BARON, Hans. *The Crisis of the Early Italian Renaissance*, pp. 121-129; e SKINNER, Quentin. *Foundations of Modern Political Thought: The Renaissance, Vol. 1*, pp. 108-116.

cidadãos para a vida de *otium*, de reflexão e contemplação, onde poderiam perseguir os fins superiores inerentes à natureza humana. Como notou Skinner, essa visão era particularmente prestigiada entre os humanistas, que, assumindo que as questões políticas são invariavelmente dominadas por compromissos, hipocrisia e mentiras, diziam, ironicamente, “que nenhum homem virtuoso e sábio abandonaria a vida de estudo e erudição para se dedicar aos assuntos do Estado”.¹⁷¹

Essa visão era refutada pelos humanistas cívicos, que, renovando argumentos que haviam sido articulados para a defesa da república romana, acreditavam que o *optimus status reipublicae* só seria alcançado quando todos os cidadãos assumissem por si mesmos o *negotium* da *victa ativa*, é dizer, uma dinâmica participação na vida política da república. Para os humanistas cívicos era particularmente importante o argumento, formulado no *De officiis* para refutar a doutrina platônica do rei-filósofo, que contestava a ideia de que um homem sábio não deveria perder o seu tempo e inteligência com os assuntos da república. Na argumentação de Cícero, no palco que é a vida, os homens, como atores, devem selecionar para si “não os melhores papéis, mas sim aqueles em que eles são mais capacitados para utilizar os seus talentos”. Assim, um verdadeiro sábio deveria orientar-se por esse princípio “em todo o seu modo de vida”, incluindo os assuntos públicos.¹⁷² Valendo-se *ad nauseam* desse argumento, os humanistas cívicos iriam defender que o *negotium*, ao também demandar grandes habilidades e competências — afinal, tratava-se de cuidar dos assuntos da vida —, não era de dignidade inferior ao

¹⁷¹ SKINNER, Quentin. *Foundations of Modern Political Thought: The Renaissance, Vol. 1*, pp. 107-108 e 217.

¹⁷² Cf. *De officiis*, I.31.114 - passagens recolhidas no sítio eletrônico da *The Latin Library* (<http://www.thelatinlibrary.com/cicero/off.shtml>).

otium, nem negava ao homem a possibilidade de realizar os seus fins superiores ou, mesmo, alcançar a sua felicidade.

A partir da segunda metade do século XVI, as guerras civis, religiosas e imperialistas que começaram a se disseminar pela Europa fizeram esse discurso cívico ser confrontado e, ao final, superado por uma nova linguagem e uma nova *ars* da política: a *ragione di stato*. Em oposição às conexões que o humanismo cívico estabelecia entre o bom governo e as virtudes políticas dos cidadãos, a nova *ars* da política apregoava que bom governo era o que preservava a segurança e a riqueza do estado. A antiga linguagem política que tinha por referência argumentos aristotélicos e ciceronianos passava a ser reputada como impotente para apreender a realidade de uma política caracterizada pela vilania do príncipe e pelas estratégias de preservação dos seus partidários e oponentes. Fazia-se necessária uma visão da política que dissesse respeito ao príncipe, a quem verdadeiramente pertencia o estado, e não aos cidadãos, que apenas habitavam nele. A pretensão dos cidadãos de se autogovernar, decorrente dos seus “maus hábitos de liberdade”,¹⁷³ deveria ser eliminada, pois ela punha em risco o estado. A referência da nova política é Tácito, o “representante do puro político, que é por natureza compelido a procurar poder absoluto e que mede todas as coisas pelos padrões da razão do estado”.¹⁷⁴ Enfim, em detrimento da noção de que a política é o modo de se produzir justiça na comunidade, consolida-se a crença de que político é o que diz respeito às razões necessárias para preservar o estado contra qualquer ameaça, externa ou interna.

¹⁷³ IVISON, Duncan. *The Self in Liberty: Political Arguments and the Art of Government*, p. 54.

¹⁷⁴ VIROLI, Maurizio. *From Politics to Reason of State: the acquisition and transformation of the language of politics, 1250-1600*, pp. 258-259. Para uma inspirada análise do debate entre legítimas e ilegítimas razões de estado, cf. TUCK, Richard. *Philosophy and Government, 1572-1651*, pp. 45-64.

O modo e a extensão em que essas diversas linguagens influenciaram os discursos políticos no limiar da modernidade ocidental é uma questão que não comporta exame nos limites desta tese. Agora importa apenas explicitar o peculiar destino dessas linguagens, bem como dar notícia de outras linguagens que vão fazer a sua aparição a partir do início da modernidade, influenciando o momento em que o constitucionalismo despontaria no horizonte das possibilidades da política e do direito ocidental. É o que se intenta fazer no tópico seguinte.

4.2 As linguagens da política e a consolidação da sociedade comercial

Para os propósitos desta tese, deve-se referir ao menos a quatro linguagens reconhecíveis nos discursos políticos enunciados ao início da modernidade europeia: a linguagem do *ius naturae*; a linguagem da *raison d'état*, articulada já desembaraçadamente ao tempo de Giovanni Botero; a linguagem republicana; e a nova linguagem da economia política. Observando-se esse quadro, nota-se que remanesce ainda reconhecível a linguagem republicana, mas não a linguagem do direito romano e o aristotelismo político, como tais. O que aconteceu com essas duas linguagens no período transcorrido entre o século XIII e o século XVI? A *civilis scientia* e o aristotelismo político foram as linguagens que, recepcionadas e transformadas, propiciaram a consolidação da linguagem (ou linguagens) do *ius naturae*. A percepção do nexó entre o aristotelismo político e as teorias do direito natural não parece problemática, vez que, por assim dizer, os modernos jusnaturalistas assumiram a causa tomista de formular uma compreensão da política baseada em princípios racionais e, portanto, universalmente acolhidos. A sua vez, a *civilis scientia* fornecera

aos jusnaturalistas não apenas o seu vocabulário, mas também a *ars hermeneutica*, antes aplicada à interpretação do direito positivo, para a interpretação das normas que Deus e a razão haviam estabelecido para governar a vida das cidades. Nas palavras certas de Donald Kelley, “a linguagem e as ideias do *ius naturale* estavam dominadas pela ciência civil”.¹⁷⁵ E foi a combinação dessa enriquecida linguagem do *ius naturae* (a *jurisprudencia* natural) com a linguagem da economia política da sociedade comercial, que então principiava a ser ouvida, que embasaria “os estilos de argumentação política mais individualista e, especialmente, contratualista”¹⁷⁶ que confrontariam e, ao final, superariam no horizonte político europeu as pretensões absolutistas fundadas na *raison d'état*, num *front*, e as pretensões republicanas de liberdade a partir da *victa activa*, noutra *front*.

Para o triunfo dessa visão individualista e contratualista, enfim, desse discurso constitucionalista que associava eficientemente as aspirações de limitação jurídica do poder às aspirações econômicas da emergente sociedade comercial, não foi suficiente, como argumentado por Albert Hirschman, a conversão das paixões em interesses. Foi também necessário que desses interesses econômicos se pudesse falar propriamente em termos de direitos (*rights*) inalienáveis a merecer uma proteção jurídica em face da própria política.¹⁷⁷ Um dos argumentos principais desta tese, construído criticamente com referência à importante análise de Hirschman, é que a institucionalização dessa visão da política orientada pela realização dos interesses

¹⁷⁵ KELLEY, Donald. “Civil science in the Renaissance: the problem of interpretation”, p. 74.

¹⁷⁶ SKINNER, Quentin. “The idea of negative liberty: philosophical and historical perspectives”, p. 203.

¹⁷⁷ Cf. HIRSCHMAN, Albert. *As paixões e os interesses. Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo*. A importância dessas formulações para esta pesquisa foi a mim indicada pelo Prof. Marcus Faro. Como eu tento demonstrar adiante, a história intelectual narrada por Hirschman adquire mais consistência quando se considera a presença no pensamento social dos séculos XVII e XVIII de argumentos que evidenciam a relevância da dimensão especificamente jurídica da transição das paixões para os interesses, ou seja, a juridificação de interesses econômicos em direitos individuais.

aquisitivos dos indivíduos foi grandemente determinada pela recepção da linguagem dos direitos da jurisprudência natural (*ius naturae*) no âmbito da linguagem da economia política, conformando um constitucionalismo *cum* capitalismo.

Na segunda parte desta tese intenta-se contar os momentos e movimentos principais da história intelectual dos direitos, desde a sua introdução nos discursos e na prática política ocidental, e até a sua consolidação como o elemento principal em torno do qual passariam a ser articulados os argumentos tidos por legítimos na discussão das questões de moralidade política. Por ora, a tarefa que se impõe é situar, num plano mais genérico, como essas duas linguagens, a do *ius naturae* e a da economia política, se colocaram no espaço e tempo da Modernidade europeia e como elas se relacionaram e se transformaram para dar causa à revolução que se testemunharia nos modos de se compreender e viver a política ocidental.

Do surgimento do *ius naturae* já se deu notícia, ao situar-se a sua gênese na dinâmica da aproximação entre as linguagens da *civilis scientia* e do aristotelismo político. Importa agora precisar como despontou nos discursos políticos ocidentais a linguagem da economia política, esse vocabulário político que, tomando por referência uma radicalmente inovadora compreensão da *economia*, possibilitou o surgimento de uma moralidade, e, em seguida, a sua institucionalização jurídica, baseada na confiança no mercado como o motor de um aperfeiçoamento da ordem social em condições de, finalmente, permitir aos homens alcançar já neste *seculum* uma felicidade que então quase todos acreditavam possível.¹⁷⁸

A economia política, como afirmou ironicamente Schumpeter, já “significou diferentes coisas para diferentes escritores”, inclusive “o que agora é

¹⁷⁸ Para uma percepção também abrangente da economia política, cf. POCKOCK, John. “The political economy of Burke’s analysis of the French Revolution”, p. 194.

conhecido como uma teoria econômica da ‘pura’ economia”.¹⁷⁹ No sentido que agora nos interessa, o surgimento de uma linguagem da economia política explica-se historicamente pela extrapolação ao nível da esfera pública daquelas tarefas socialmente estimadas que determinavam a interação social com vistas à realização de atividades fundamentais à vida doméstica.¹⁸⁰ Quando pronunciada pela primeira vez, na França de Richelieu,¹⁸¹ *économie politique* tinha o sentido de *administration publique*, a administração dos assuntos do Estado, um sentido ainda compreendido no campo semântico que o termo economia (*oeconomia, économie, economics*) encerrava desde que Aristóteles, na *Política*, qualificou como *oikonomike* o âmbito das normas que regulavam as relações que se estabeleciam entre o proprietário e o escravo, o marido e a esposa, e o pai e os filhos. Decorria também dessa conexão com o âmbito doméstico, onde as coisas eram mais modestas que as coisas atinentes aos assuntos públicos, a disseminação do uso do termo *economia* com o sentido de parcimônia, frugalidade. Esse sentido da economia como a administração dos assuntos domésticos foi ainda preservado no vocabulário político até pelo menos a segunda metade do século XVIII, como o evidencia a literal recepção da ideia aristotélica por Adam Smith nas *Lectures on Jurisprudence*,¹⁸² em 1763, quando *economia política*, no sentido de linguagem política da sociedade comercial, principiava a ser pronunciado.

Foi a crescente relevância da dimensão financeira dos assuntos públicos, determinando uma maior preocupação com a *economia* no âmbito da *administration publique*, que permitiu aos fisiocratas falar da *économie politique* em termos de uma

¹⁷⁹ SCHUMPETER, Joseph A. *History of Economic Analysis*, p. 42.

¹⁸⁰ Cf. LARRÈRE, Catherine. “Women, Republicanism and the Growth of Commerce”, pp. 153-154.

¹⁸¹ King data o primeiro uso do termo em Mayerne-Turquet, em 1611; cf. KING, James. “The origin of the Term ‘Political Economy’”, p. 230.

¹⁸² “Existem três diferentes relações em que os membros de uma família se envolvem mutuamente. Elas podem ser na relação entre Marido e Esposa, ou entre Pai e Filho, ou entre Senhor e Servo”, in SMITH, Adam. *Lectures on Jurisprudence*, p. 141.

ciência da organização econômica, uma decisiva inovação linguística que levou Quesnay, de seguida, a usar a expressão, sempre no horizonte das preocupações com a gestão dos recursos nacionais, no sentido a nós mais reconhecível de ciência da produção e distribuição da riqueza. É já nesse novo campo semântico que, na sua *An Inquiry into the Principles of Political Economy*, de 1767, James Steuart fala da *political economy* como a ciência preocupada em “assegurar uma provisão de recursos para a subsistência de todos os habitantes, prevenir circunstâncias que podem torná-la precária, e empregar os habitantes da nação”.¹⁸³ E é esse sentido que está na base da obra que encerra o *canon* da linguagem política da sociedade comercial, na qual a economia política é definida, precisamente, como um “*branch of the science of the statesman or legislator*” que pretende alcançar dois objetivos:

“primeiro, prover uma abundante renda ou subsistência para as pessoas, ou, mais apropriadamente, permitir a elas prover tal renda ou subsistência por si próprias; e, em segundo lugar, suprir o estado ou a comunidade política (*commomwealth*) com uma receita suficiente para manter os serviços públicos. Ela objetiva enriquecer tanto as pessoas quanto o soberano”.¹⁸⁴

A imbricação entre a linguagem que instrumentalizou essa política que pretendia erigir uma economia que enriquecesse “tanto as pessoas quanto o soberano” e a linguagem do *ius naturae* pode ser mais bem apreendida por referência às transformações nas práticas linguísticas que fizeram com que nos discursos políticos a oposição *otium/negotium* característica do período medieval fosse, por efeito da lógica de mercado, progressivamente convertida nos pares antitéticos *ozio/negozio* e *idleness/business*. Como sempre ocorre no âmbito da história dos conceitos, as transformações verificadas na *langue* são sempre menores que as transformações ou,

¹⁸³ STEUART, James. *An Inquiry into the Principles of Political Economy*, p. 15.

¹⁸⁴ SMITH, Adam. *An Inquiry into the nature and Causes of the Wealth of Nations*, p. 182.

por vezes, como neste caso, as revoluções em curso no mundo da *parole*, das ideias, valores e pretensões que as palavras veiculam nos discursos. Quem lê descontextualizadamente *otium* e *ozio*, ou *negotium* e *negozio*, não pode mesmo ter noção dos mundos tão distantes e dos conflitos tão diferentes a que essas oposições conceituais estão a referir.

Para a história que viria a seguir, decisivo é notar que os discursos políticos nos quais *otium e negotium* eram utilizados como termos de combate erigiam uma moldura intelectual com base na qual, em rigor, o que se estabelecia era uma confrontação estruturada em termos do valor que se deveria atribuir a uma vida dedicada ou à *theoria* ou à *práxis*:¹⁸⁵ a vida contemplativa, de um lado; a vida ativa, do outro lado. Bastou, pois, a modificação progressiva, determinada pelos interesses que então se afirmavam, do domínio que deveria ou não merecer o envolvimento prático dos cidadãos — o *commerce*, não mais a *reipublicae*—, para que se desencadeasse a dinâmica histórica ao cabo da qual já não mais se reconheceriam os sentidos iniciais de *otium e negotium*, revolucionados que estavam agora nos sentidos expressos em uma nova linguagem política, utilizada em discursos políticos que, no seu momento final, já agora confrontavam o *ozio* (*idleness*) ao *negozio* (*business*).

Foi a dinâmica histórica suscitada pela novel linguagem da economia política que permitiu a articulação de discursos políticos nos quais se passou a defender uma nova forma de organização social na qual “a esfera econômica tinha se transformado num espaço público governado pelo direito (*by the rule of law*) e por

¹⁸⁵ Para usar os termos do ambiente cultural em que emergiu esse debate, na formulação célebre da *Política*: “É necessário examinar essas constituições mais detalhadamente. Certas questões estão envolvidas; os que têm objetivo estritamente prático podem até ignorá-las, mas nós, que observamos o assunto de um ponto de vista filosófico, não podemos negligenciá-las”, ARISTÓTELES. *Política*, p. 224 (Livro III, n. 32).

relações jurídicas entre indivíduos autônomos”.¹⁸⁶ Nessa *sociedade comercial*,¹⁸⁷ as atividades que se reputavam mais benéficas à comunidade não eram aquelas praticadas pelo homem virtuoso envolvido com o *negotium* dos assuntos públicos comuns a todos, mas sim aquelas praticadas pelo homem egoísta no *otium* dos seus assuntos privados.¹⁸⁸ Com isso, instaurava-se um ambiente intelectual propício para se acreditar que a perseguição pelos cidadãos dos seus interesses privados imediatos levaria, por efeito da ação misteriosa de uma mão invisível, à satisfação dos interesses gerais de longo prazo; que, por efeito da “hábil administração de um político competente”, *vícios privados* seriam transformados em *benefícios públicos*. Na passagem célebre de *The Fable of the Bees*:

“Após isso, eu me deleito por ter demonstrado que o fundamento da sociedade não são as qualidades amigáveis e as afeições gentis que são naturais ao homem, nem as virtudes que ele é capaz de adquirir pela razão ou pela auto-resignação; mas o que nós chamamos o pecaminoso, mal (*Evil*), neste mundo, tanto moral quanto natural, é o grande princípio que nos torna criaturas sociáveis; é a base sólida, a vida e o suporte de todas as atividades (*Trades*) e ocupações (*Employments*), sem exceção: (...) no momento em quem o mal cessa, a sociedade será arruinada, se não totalmente dissolvida. (...) eu concludo repetindo o aparente paradoxo, cuja substância é antecipada no título da minha obra: que os vícios privados, pela hábil administração de um político competente, podem ser transformados em benefícios públicos”.¹⁸⁹

Essa avaliação radicalmente otimista das consequências da ação não intencional dos indivíduos vai se conectar, na argumentação de Adam Smith, com uma

¹⁸⁶ LARRÈRE, Catherine. “Women, Republicanism and the Growth of Commerce”, p. 154.

¹⁸⁷ Não diz respeito aos objetivos desta tese discutir a importância do comércio para as sociedades anteriores ou mesmo se já havia *sociedade comercial* antes da modernidade. Não é esse o ponto que singulariza os discursos enunciados com base na linguagem da economia política. O ponto decisivo é que a defesa do lucro ou do comércio, ainda quando presentes em sociedade anteriores, se colocava *sempre* em posição hierarquicamente inferior a diversos outros valores ou objetivos humanos. Apenas na sociedade comercial desenvolvida no Ocidente a partir dos séculos XVII-XVIII é que esses fins “egoísticos” adquiriram primazia e o *status* de princípio estruturante de uma nova forma de organização social havida mais legítima.

¹⁸⁸ Segundo Pagden, “os cidadãos, como os economistas políticos nunca cansavam de dizer, tinham agora um *dever* de perseguir os seus interesses privados. Assim, a linguagem da economia política tornou redundante a velha distinção entre *otium e negotium*, ao fundir um termo no outro”, in PAGDEN, Anthony. *The Languages of Political Theory in Early-Modern Europe*, p. 12.

¹⁸⁹ MANDEVILLE, Bernard. *The Fable of the Bees: or Private Vices, Publick Benefits*, p. 369.

questão central e de abrangentes implicações para a sua visão da economia política: a ideia que o crescimento econômico é a melhor resposta para o atendimento às necessidades dos pobres. Esse argumento decisivo será discutido posteriormente, ao ensejo da análise da recepção por Adam Smith da *jurisprudencia* natural na sua defesa da sociedade comercial.¹⁹⁰ Por ora, o que importa ressaltar é que essa percepção de Adam Smith quanto ao valor positivo das consequências não intencionadas pelos indivíduos não era compartilhada em todos os discursos enunciados com base na linguagem da economia política. Com efeito, na economia política *católica* de Antonio Genovesi, o fundamento para a defesa da sociedade comercial não é a vislumbrada vantagem de se permitir o livre curso das paixões na forma dos interesses econômicos, mas sim a estratégia da paixão compensatória,¹⁹¹ de modo a que as paixões desejadas, o interesse comercial, o *negozio*, prevalecessem sobre as paixões menores inerentes à vida de *ozio*.¹⁹² Na visão de Genovesi, esse predomínio das paixões desejadas sobre as indesejadas só teria o efeito de permitir uma sociedade comercial simpática às necessidades dos pobres, se o homem de *negozio* se orientasse pelo princípio da caridade. Todavia, com esse tipo de argumento, Genovesi acabava por reintroduzir na economia política a velha noção de virtude pessoal que os economistas escoceses haviam tanto se esforçado para destronar.

A despeito dessa distinção, essas duas expressões da economia política coincidiam no prestigiar um vocabulário político no qual a vida do *negozio*, do *business*, se consolidava como o paradigma da boa conduta a ser perseguida pelos cidadãos,

¹⁹⁰ Cf. o tópico 3.3 na Parte II.

¹⁹¹ A genealogia da estratégia da paixão compensatória é narrada por Hirschman, cf. HIRSCHMAN, Albert. *As paixões e os interesses. Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo*, pp. 42-52.

¹⁹² Cf. a excelente análise de Bellamy acerca da economia política de Genovesi, in BELLAMY, Richard. “Da metafísico a mercatante’ – Antonio Genovesi and the development of a new language of commerce in eighteenth-century Naples”, pp. 277-299.

criando, assim, as condições históricas para a formulação e o posterior predomínio de discursos políticos em que se propugnava por uma sociedade orientada primordialmente pela persecução dos interesses econômicos individuais, com vistas à maximização da riqueza social. Para a institucionalização desse projeto político, faltava apenas a sua articulação jurídica; e essa foi alcançada mediante a incorporação a essa nova moralidade econômica da linguagem do *ius naturae*, já amplamente disseminada na Europa. Como destacaram Hont e Ignatieff, o *ius naturae* “proveu Smith com a linguagem com base na qual ganhou forma a sua teoria das funções do governo em uma sociedade de mercado”.¹⁹³

Essa façanha intelectual de implicações transcendentais foi, pois, obra de “psicólogos” escoceses. Foram eles que, partindo do reconhecimento da inevitabilidade da “*partie honteuse* do nosso mundo interior”¹⁹⁴ e conferindo aos virtuosos interesses econômicos em que se traduziram as paixões individuais o *status* de direitos inalienáveis, criaram esse mundo perfeito e perene de uma sociedade comercial já agora com pretensões universais.

¹⁹³ HONT, Istvan; e IGNATIEFF, Michael. “Needs and justice in the ‘Wealth of Nations’”, p. 43.

¹⁹⁴ Nietzsche fala de “psicólogos ingleses”, mas os principais desses “psicólogos” (Hume e Smith) eram escoceses: “Esses psicólogos ingleses, aos quais até agora devemos as únicas tentativas de reconstituir a gênese da moral — em si mesmos eles representam um enigma nada pequeno (...) Esses psicólogos ingleses — que querem eles afinal? Voluntariamente ou não; estão sempre aplicados à mesma tarefa, ou seja, colocar em evidência a *partie honteuse* do nosso mundo interior, e procurar o elemento operante, normativo, decisivo para o desenvolvimento, justamente ali onde o nosso orgulho menos *desejaria* encontrá-lo”; in NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*, p. 17 (“Primeira Dissertação”, 1).

PARTE II
A POLÍTICA DOS DIREITOS COMO HISTÓRIA

1. O direito e as linguagens dos direitos: cultura e monocultura dos direitos

É um *fait accompli* na nossa cultura que o direito, como ordem normativa objetiva, é sempre estruturante na institucionalização de qualquer sociedade política. Muitos vão além desse ponto, acreditando ainda que essa ordem jurídica objetiva (*law*) necessária à institucionalização da política tem sempre que ser articulada em termos de um vocabulário de direitos subjetivos (*rights*). De fato, é dominante na sociedade ocidental moderna a noção segundo a qual falar da linguagem do direito é falar em termos de uma “*linguagem ou vocabulário jurídico dos ‘direitos’*”,¹⁹⁵ é falar que A (um indivíduo, uma pessoa jurídica privada ou pública, ou mesmo o Estado) tem, por força e com a garantia do direito (*law*), direito (*right*) de exigir que B (*idem*) se comporte (fazendo/abstendo-se de fazer alguma coisa) de determinado modo com respeito a ele; ou, reversamente, é falar que B tem em face de A, por força e com a garantia do direito, o dever de se comportar (fazendo/abstendo-se de fazer alguma coisa). E isso a ponto de quase nenhum autor se sentir obrigado a justificar essa intrínseca conexão do direito à linguagem dos direitos subjetivos.¹⁹⁶

Mas, paradoxalmente, o imperialismo dessa visão não implica que haja algum consenso ou pelo menos um relato coerente acerca dos fundamentos morais e políticos que aqueles que utilizam e louvam a linguagem dos direitos assumem como subjacentes a uma cultura dos direitos. De fato, como Thomas Haskell consignou, a própria cultura dos direitos pressupõe que, quando alguém diz que tem um direito,

¹⁹⁵ PERRY, Michael J. *The Idea of Human Rights: Four Inquiries*, p. 45.

¹⁹⁶ Essa, precisamente, é a crítica de John Finnis, ao ressaltar que “a gramática dos direitos” é tão abrangente que “a sua estrutura é em geral precariamente compreendida”, in FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*, p. 198. No mesmo sentido, afirma-se que, “embora o discurso sobre os direitos seja generalizado, os seus significados são normalmente ambíguos e indefinidos, usados por indivíduos e grupos profundamente divididos em suas apreciações básicas acerca dos fatos”, in LACEY, Michael; e HAAKONSSSEN, Knud. “History, historicism, and the culture of rights”, p. 2.

essa pessoa está, implicitamente, apelando a “uma ordem moral objetiva acessível a razão”, algo absolutamente controverso num ambiente intelectual tão descrente em *rationale* como é o nosso:

“Quando eu digo que eu tenho um *direito* a fazer algo (...) eu não estou apenas dizendo que eu quero fazê-lo e espero que os outros me permitirão fazê-lo; eu estou dizendo que eles *têm que* me permitir, que eles têm um *dever* de me permitir, e serão culpados de uma injustiça, uma transgressão aos padrões morais compartilhados, se eles se recusarem a fazê-lo”.¹⁹⁷

Contra essa *opinio communi* insurgem-se apenas aqueles que, atentos ao registro e ao sentido da história, observam que não é da natureza das coisas que os apelos acerca do que alguém (um indivíduo, uma pessoa jurídica privada ou pública, ou mesmo o Estado) deve ou não deve fazer a outrem (*idem*), os apelos, enfim, acerca das demandas práticas da vida social,¹⁹⁸ tenham que ser necessariamente articulados e enfrentados em termos de direitos, nesse sentido de âmbitos da vida configurados como pretensões individuais tuteladas pela ordem jurídica. Theodore Benditt, por exemplo, tem argumentado que nenhuma sociedade precedente sucumbiu pelo fato de tratar as suas demandas práticas “em termos do que é certo e errado, do que é conforme ao ou requerido pelo direito (*law*) natural, do que as pessoas devem fazer ou são obrigadas a fazer, mas não em termos de que alguém tem um direito (*right*) a algo, ou tem um direito (*right*) a fazer algo”.¹⁹⁹

Mais do que por razões lógicas ou conceituais, a prevalência do vocabulário dos direitos tem sido determinada pela sua extraordinária capacidade para veicular e efetivar os interesses dos projetos, grupos e interesses políticos e

¹⁹⁷ Cf. HASKELL, Thomas. “The Curious Persistence of Rights Talk in the ‘Age of Interpretation’”, p. 984.

¹⁹⁸ Cf. FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*, pp. 198-210.

¹⁹⁹ BENDITT, Theodore. *Rights*, p. 3.

econômicos que têm exercido o domínio político na sociedade ocidental.²⁰⁰ Isso é particularmente relevante quando se atenta para as condicionantes ideológicas que estão implícitas no modo como, a partir da noção de direitos subjetivos, foram ordenadas as complexas relações sociais que caracterizam as sociedades modernas. Com base em que critérios a política do Ocidente a partir das revoluções selecionou os valores e interesses que deveriam ser protegidos juridicamente, é dizer, valer como direitos subjetivos? Como indicam os registros históricos, na seleção dos interesses que seriam juridificados como direitos subjetivos, a política ocidental, em manifesta contradição com as pretensões universalistas que informavam o discurso político liberal — que, de uma perspectiva meramente *racional*, conduziria a adoção de critérios baseados em princípios de justiça distributiva —, orientou-se enfaticamente por princípios de justiça comutativa típicos da dinâmica da sociedade comercial.²⁰¹ De conseguinte, na política praticada no Ocidente a partir da modernidade, tiveram prioridade para ser cultivados e, ao final, reconhecidos e protegidos como direitos apenas os interesses que, atendendo aos objetivos de atribuição do mercado, tutelavam as transações no mercado da interferência desarmonizadora da política. Enfim, a monocultura dos direitos, o cultivo de uma linguagem apropriada à articulação do discurso político que viria a ser conhecido por liberalismo, é, como destacou Pocock, a história do “relato de como os direitos se tornaram a pré-condição,

²⁰⁰ Para a formulação clássica dessa tese com respeito à sociedade comercial moderna, cf. MACPHERSON, Crawford. *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*. Para a crítica à tese de Macpherson, com base no argumento de que o caráter “possessivo” é inerente a uma concepção individualista dos direitos desde as primeiras expressões medievais das teorias dos direitos, cf. TUCK, Richard. *Natural Rights Theory. Their origin and development*, p. 3.

²⁰¹ Essa é uma questão central para a formação do *espírito* da economia política de Adam Smith; cf. o tópico 3.4 a seguir.

a ocasião e a causa efetiva do Estado soberano, de modo tal que o Estado soberano pareceu ser uma criatura dos direitos cuja proteção era a razão da sua existência”.²⁰²

Nesta segunda parte da tese, pretende-se com consideração aos subsídios metódicos disponibilizados pela análise empreendida anteriormente, tentar identificar os diversos momentos e modos em que *linguagens* — eis que a *linguagem* dos direitos não permaneceu congelada ao longo desse *continuum* de momentos — e *discursos* sobre os direitos foram reconhecivelmente pronunciados no Ocidente, até a consolidação desse vocabulário (gramática dos direitos, retórica dos direitos, *rights talk*) como um elemento central na compreensão e na prática política de uma sociedade comprometida essencialmente com os interesses que satisfazem os objetivos de atribuição do mercado. É a esse esforço de apreensão histórica da política dos direitos que se dedicam os tópicos que se seguem.

2. A linguagem pré-moderna dos direitos

2.1 A linguagem dos *jura et libertates* na política europeia entre os séculos X e XIII

Em um conjunto impressionante de trabalhos, Michel Villey defendeu a tese que a ideia de direito subjetivo era desconhecida no direito natural clássico e na *jurisprudencia* romana, tendo se originado apenas no século XIV como uma contribuição revolucionária do nominalismo, particularmente, de Guilherme de Ockham. No tópico seguinte, tomando por referência a influente tese de Villey, eu localizarei a origem da linguagem dos direitos subjetivos nos discursos políticos dos

²⁰² POCOCK, John. “Virtues, rights, and manners. A model for historians of political thought”, p. 45.

séculos XIII e XIV subjacentes à querela teológica acerca da existência de *dominium* no uso dos bens por parte dos franciscanos. Por ora, impõe-se dizer alguma palavra sobre o vocabulário utilizado pela sociedade medieval para dar conta dos seus conflitos políticos no momento histórico imediatamente anterior, em que ainda não se reconhecia um uso articulado de uma linguagem de direitos subjetivos.

Não se negligencia aqui a dificuldade que se oferece ao intento de reconduzir-se a uma construção unitária uma experiência histórica tão complexa quanto o Medievo, o que se explica já mesmo pelo largo período a que diz respeito. Não obstante, tendo em conta o propósito que se persegue ao referir-se a este ponto na tese, afigura-se suficiente dizer alguma coisa sobre o arranjo social que prevaleceu na Europa medieval na chamada época clássica do sistema feudal, entre o século X e aproximadamente a metade do século XIII, quando a redescoberta da linguagem do *politikos* transformaria radicalmente a experiência política e jurídica do continente.²⁰³

O cerne desse arranjo é uma complexa constelação de núcleos de poder de base econômica configurados em torno de privilégios e obrigações, fundados no critério da propriedade ou não da terra (*feudum*). Com efeito, seguindo-se à desagregação do *imperium* romano, consolidam-se na Europa diversos centros políticos marcados pelo dualismo entre as pretensões de autoridade do *dominus* e as pretensões fundadas no *status* atribuído a determinados indivíduos e formações sociais. É certo que a Idade Média não conheceu um poder soberano incontestável, e isso em face da inexistência de uma dominação política delimitada seja nacionalmente seja territorialmente, de sorte que ao poder político do rei ou do barão opunha-se não

²⁰³ Para essa delimitação temporal, cf. BRUNNER, Otto. "Feudalesimo: un contributo alla storia del concetto", p. 75. Brunner adverte que "não é possível equiparar simplesmente o Medievo europeu ao feudalismo neste sentido restrito, como pretende uma difundida opinião popular", in BRUNNER, Otto. "Feudalesimo: un contributo alla storia del concetto", p. 76.

uma *suprema potestas*, mas já o verdadeiro “*dominus mundi*, o imperador, a cuja autoridade submetia-se qualquer outra autoridade temporal”.²⁰⁴ Tornando ainda mais complexa essa constelação de poderes, não deve ser esquecida a preeminência do poder universal da igreja, que mais ainda estreitava a autoridade do rei (*Non est potestas nisi a Deo*). Como acentuou Brunner numa obra de referência sobre a Idade Média, os primeiros reis, “não querendo questionar o princípio que assegurava o direito de propriedade da igreja”, vislumbraram uma forma de legitimar o seu uso dessa propriedade mediante a sua concessão “aos vassallos na forma do *beneficium*”.²⁰⁵

Como configurado no momento de apogeu do sistema feudal, esse dualismo significava concretamente que, por efeito de uma progressiva expansão do *beneficium* que ao *vassus* inicialmente era conferido pelas cláusulas do negócio jurídico-privado do feudo, determinados estamentos haviam logrado atribuir-se uma difusa rede de privilégios e imunidades (*jura et libertates*) que efetivamente impunham limitações aos poderes políticos. Por efeito das lutas travadas entre o *dominus* e o *vassus*, operou-se um progressivo desenvolvimento no conteúdo do contrato privado do *feudum*, por força do qual o *beneficium* — a terra que o vassalo recebia *ad nutum regis* como contrapartida da sua fidelidade ao *dominus* — foi sendo enriquecido com a concessão ao vassalo também de títulos, prerrogativas e imunidades, convertendo-se, de fato, em um *officium*, ou seja, num poder político local cada vez mais resistente ao *dominus*.²⁰⁶

²⁰⁴ Cf. ZOLO, Danilo. “La sovranità: nascita, sviluppo e crisi di un paradigma político moderno”, p. 110.

²⁰⁵ BRUNNER, Otto. *Storia Sociale dell'Europa nel Medioevo*, p. 75.

²⁰⁶ Como afirmava já no século XIII Beaumanoir nos seus *Livres des coutumes et de usages de Beauvaisis*, “chascuns barons est souverain en sa baronie”. Para essa questão, cf. ROCHA JÚNIOR, José Jardim. “O futuro da soberania e dos direitos dos povos na *communitas orbis* vitoriana”, pp. 193-194.

Esse processo de fragmentação da relação *dominus vs. vassus*, decorrente da formação das imunidades e das correspectivas obrigações, é que está na origem dos poderes públicos cada vez mais independentes que levam à constituição na Europa de cidades revestidas de alguma “soberania”. Weber chega mesmo a identificar aqui uma “divisão de poderes” motivada pela “concorrência entre direitos (sic) subjetivos (privilégios ou pretensões feudais)”,²⁰⁷ qualificando as primeiras cidades medievais como o lugar em que, a partir de políticas estamentais, procurava-se conscientemente a “*ascensão da servidão à liberdade*”.²⁰⁸

Paradigmáticos desses *jura et libertates* medievais são os privilégios enunciados na *Magna Charta Libertatum*, de 1215. Ali declara-se que “a Igreja da Inglaterra será livre” (art. 1º), que “a cidade de Londres conservará suas antigas liberdades e usos próprios” (art. 13) e que “nenhuma cidade será obrigada a construir pontes e diques, salvo se for isso de costume e de direito” (art. 23), assim como se assegura que “não serão aplicadas multas aos condes e barões, a não ser pelos seus pares e de harmonia com a gravidade do delito” (art. 21). E quanto ao catálogo de liberdades nela asseguradas — contemplando, entre outras, a proibição de cobrança de tributos sem o consentimento do conselho do reino (art. 12), a garantia de que ninguém será obrigado a prestar serviço algum além do que for devido pelo seu feudo (art. 26), e a proibição de prisão, perda do patrimônio, exílio ou injúria sem um julgamento de acordo com as leis do reino (art. 39) —, foram elas concedidas para serem gozadas apenas “pelos homens livres do reino e por seus herdeiros, para todo o sempre” (art. 2º). Com isso, acolhe-se o entendimento segundo o qual a experiência medieval inglesa não se afastou no essencial do modelo feudal que caracterizava o

²⁰⁷ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. 2, p. 10.

²⁰⁸ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. 2, p. 427 (o itálico é do original).

continente àquele momento. Como assentou Canotilho, a *Magna Charta* foi a mais célebre “das cartas de franquias medievais dadas pelos reis aos vassallos”; ela “era um documento de garantia e franquia dos cidadãos, semelhantes aos que foram concedidos em Espanha, Portugal, Hungria, Polônia, Suécia, na altura da transição do estado feudal pessoal da alta Idade Média para o estado territorial da baixa Idade Média”.²⁰⁹

Em suma, a existência desse feixe de privilégios e imunidades oponíveis ao *dominus* jamais foi articulado como um direito, no sentido em que mesmo a mais modesta expressão do moderno constitucionalismo (*rectius*, a liberal) sempre proclamou: a existência de um *status libertatis* protegido pelo direito, a liberdade formal de todos os indivíduos. Ainda que progressivamente esvaziada ao longo da história do feudalismo, o fato é que jamais se logrou romper definitivamente essa estrutura negocial privada com base na qual o *vassus* jurava fidelidade ao *dominus* em troca da garantia da sua segurança (*tuitio*). A superação desse negócio de Direito Privado (*dominium*) pelo pacto de Direito Público ínsito ao contrato social (*imperium*), quer na linha hobbesiana (*autorictas, non veritas, facit legem*), quer na lockeana (*lex facit regem*), quer na rousseauniana (*populus superanus facit regem et legem*), já pressuporia uma compreensão da política e do direito que não poderia ser articulada com a linguagem disponível no Medievo.

Ademais, ainda quando reforçados os *jura et libertates* com elementos outros para além da obrigação contratual que apontavam para uma limitação do poder

²⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 502. Em sentido contrário, cf. a influente posição de Krielle, argumentando que o art. 39 da *Magna Charta* já contemplava o que não apenas historicamente, mas também substancialmente, é a “mãe de todos os direitos fundamentais” (KRIELLE, Martín. *Introducción a la Teoría del Estado — Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, p. 209).

político, esses elementos configuravam-se como meras reivindicações morais e religiosas, com raízes na tradição, também sem qualquer institucionalização jurídica. Portanto, não há como acolher o argumento sustentado por alguns doutrinadores no sentido de que, em face da existência de uma jurisdição tutelando os “privilégios de todos contra todos”, seria o caso de se falar aqui em um *Estado de Justiça*.²¹⁰ Em primeiro lugar, a cláusula de jurisdição porventura existente continuaria sendo uma cláusula de um negócio jurídico-privado, sem a possibilidade de submissão a um verdadeiro tribunal na hipótese de se fazer necessário dirimir algum conflito; depois mesmo essa “jurisdição” não protegia “todos contra todos”, mas apenas os estamentos que lograram afirmar o seu estatuto de privilégios.

Finalmente, não há aqui privilégios extensíveis a todos os indivíduos,²¹¹ mas apenas privilégios particulares concretamente concedidos a alguns grupos e instituições como expressão de seu *status* perante o *dominus*. Considerando que sem a titularidade desses privilégios ficavam não apenas os camponeses e artesãos, mas ainda a incipiente burguesia mercantil que, ao depois, sob a forma e com a garantia do direito engendrará um Estado para a tutela efetiva dos seus interesses até aqui descurados, a experiência medieval fará com que alienado da política esteja um contingente de pessoas ainda mais numeroso do que havia ocorrido na experiência da Antiguidade.

Para firmar essa conclusão com o exemplo da experiência inglesa, note-se que será apenas com a afirmação do *princípio da igualdade formal* que se operará a

²¹⁰ Para a discussão desse ponto, cf. por todos NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*, p. 25.

²¹¹ O problema da existência do *indivíduo*, no sentido de um ser moral autônomo capaz de ser sujeito desses privilégios, na sociedade medieval, uma sociedade de traços holísticos, é analisado por Louis Dumont; cf. DUMONT, Louis. *Ensaio sobre o individualismo: uma perspectiva antropológica sobre a ideologia moderna*, pp. 69-80.

extensão dos privilégios da *Magna Charta* desses estamentos para os homens livres — de início, pela interpretação de Sir Edward Coke; depois pela sua recepção na *Petition of Rights*, de 1628. Dessa forma, como o próprio Krielle reconheceu, a afirmação de que o direito fundamental à *proteção contra a detenção arbitrária* já estava presente na *Magna Charta* só é correta no tocante à sua dimensão negativa — “o rei não possui um direito a detenções arbitrárias” —, eis que na sua dimensão positiva — “esse proteção pode ser invocada como direito perante os tribunais” — ele tinha um âmbito sobremaneira restrito, incompatível com a liberdade dos modernos.²¹²

2.2 A pobreza franciscana e o *dominium*: o debate sobre a origem da linguagem dos direitos subjetivos

Hoje está consolidado na cultura ocidental o uso do termo direito (*right, recht, droit, diritto, derecho*) para indicar as posições subjetivas que a ordem jurídica confere aos indivíduos e às pessoas jurídicas. Todavia, nos seus primeiros usos, direito se predicava simplesmente do que era considerado reto (*orektos*, inicialmente em grego; *rectus*, em seguida, no latim), correto, justo. Um uso que simplesmente transpunha para o domínio moral a ideia de “retidão” que uma coisa poderia ter no mundo físico.²¹³ Seja no domínio moral ou físico, dizer que algo era direito era dizer que ele era um padrão objetivo de medida ou que ele assim era avaliado quando medido com base num padrão objetivo preexistente. Mas quando, então, esse uso de direito no sentido objetivo de padrão de medida de condutas passou a ser

²¹² Cf. KRIELLE, Martín. *Introducción a la Teoría del Estado — Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, p. 210.

²¹³ Para essa questão terminológica, cf. por todos DAGGER, Richard. “Rights”, pp. 292-294.

acompanhado desse sentido subjetivo a nós agora reconhecível — e, para muitos de nós, o seu sentido principal ou, quem sabe, o único — de um direito a alguma coisa?

Antes de responder a essa questão, é oportuno considerar a linha de argumentação baseada na ideia de que não é fundamental para o reconhecimento da recepção ou uso de um conceito a sua articulação linguística, a existência de um termo para enunciá-lo expressamente. Alan Gewirth, por exemplo, tem enfatizado que esse fenômeno teria ocorrido com respeito à noção de direito subjetivo, que, conquanto sem um reconhecimento explícito antes da modernidade, era uma categoria já reconhecida e utilizada pelas sociedades primitivas e, a partir daí, pela cultura hebraica, pelos gregos, no direito romano e no direito feudal.²¹⁴ Tomando como exemplo a sua argumentação com respeito ao direito romano — tendo em conta a sua relevância para a discussão que se segue —, Gewirth sustenta que mesmo os autores que, como Villey, não admitem direitos no sentido subjetivo em Roma pressupõem a sua existência ao fazer uso de expressões como “um direito” quando citam e interpretam os textos clássicos.²¹⁵ O que se nota nessa argumentação de Gewirth é que ele confunde a qualificação que se sempre se fez nas sociedades humanas, inclusive na sociedade romana, acerca de uma determinada condição como correta, justa — uma qualificação, que com independência do termo usado para verbalizá-la, claramente tem o sentido objetivo de medida dessa condição com base em algum padrão — com a absolutamente distinta asserção que aquela condição atribui a alguém um direito a algo, com todas as consequências daí decorrentes.

²¹⁴ Cf. GEWIRTH, Alan. *Reason and Morality*, p. 99. Com a mesma argumentação, cf. GEWIRTH, Alan. “Is cultural pluralism relevant to moral knowledge”, p. 25-26. Uma posição, nada obstante a sua precária base histórica, de amplo acolhimento institucional já desde há algum tempo, como o evidencia um precursor documento da UNESCO de 1949, identificando uma “ampla aceitação do conceito de direitos do homem” já na antiguidade, e a sua discussão em termos filosóficos não só no Ocidente mas também nas culturas orientais (cf. UNESCO. *Human Rights. Comments and Interpretations*, p. 260).

²¹⁵ GEWIRTH, Alan. *Reason and Morality*, p. 372.

Retornando à questão proposta, se a respondermos tomando por referência, como tem sido frequente nos debates doutrinários, o impressionante *continuum* de argumentos elaborados e reelaborados por Michel Villey, em uma série de artigos publicados entre as décadas de 1940 e 1960,²¹⁶ concluiríamos que a ideia de direito subjetivo foi um produto do nominalismo do século XIV, particularmente, de Guilherme de Ockham, no curso do grande debate entre franciscanos e dominicanos sobre o problema da pobreza e a propriedade dos bens: “eu tenho a intenção de mostrar-lhes que também a ideia de direito subjetivo procede do nominalismo, e se explicita com Occam”.²¹⁷ Segundo Villey, a noção de direitos, no sentido moderno de um direito subjetivo, não era conhecida pelos romanos e pelos primeiros glosadores da *civilis scientia*, nem era com esse significado reconhecida no direito natural clássico. O cerne do argumento de Villey é que os romanos jamais usaram a palavra *ius* para referir-se ao que deveria ser o direito subjetivo fundamental: a propriedade (*dominium*). E, se a propriedade não era considerada um direito subjetivo, isso só poderia demonstrar que não haveria um *ius* como um direito subjetivo para os romanos.²¹⁸ Ainda que se reconhecesse ao *dominus* o poder de usar e desfrutar da sua propriedade, esse poder, segundo Villey, não seria decorrente do direito, mas algo pré-jurídico, apenas regulável pelo direito civil.

²¹⁶ Tentando seguir a cronologia, mas, provavelmente, omitindo algum trabalho, são os seguintes os artigos em que Villey apresentou a sua tese: “L’idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romaines” (1946); “Du sens d’expression *jus in re* en droit romain classique” (1949); “Le ‘jus in re’ du droit romain classique au droit moderne” (1950); “Les origines de la notion du droit subjectif” (1962); e “La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam” (1964). Eles estão agora incorporados às obras *Leçons d’histoire de la philosophie du droit* (1962) e *La formation de la pensée juridique moderne* (1968).

²¹⁷ VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 225 (preservou-se a forma francesa do nome de Ockham).

²¹⁸ Na sua formulação final: “Não há no direito romano definição do conteúdo do pretendido direito subjetivo de propriedade”, in VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 235. Cf. ainda VILLEY, Michel. “L’idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romaines”, pp. 215-221; e VILLEY, Michel. “Les origines de la notion du droit subjectif”, pp. 168-177.

Para chegar a essa impactante conclusão, Villey partiu de um *background* intelectual no qual se divisava uma confrontação radical entre um mundo clássico aristotélico, onde florescia uma virtuosa concepção objetiva e racional do direito, e um mundo medieval sem balizamento jurídico e, portanto, propício à irrupção de uma revolução individualista dos direitos subjetivos.²¹⁹ Entre esses dois mundos, uma longa era de trevas, marcada por uma sucessão de manifestações egoístas — conquistas de reinos pela guerra, contratos hierarquizados de *feudum*, movimentos de constituição de corporações, comunas etc. —, enunciadas como demandas vulgares com pretensão jurídica de reconhecimento de posições subjetivas. Esse impulso egoísta tinha, certamente, uma base antropológica, todavia, segundo Villey, ele foi exacerbado pela recepção no domínio político e jurídico de uma noção deformada do dogma cristão da alma e da conseqüente crença na busca individual da salvação como a expressão mais qualificada de vida.²²⁰

O ponto de partida da argumentação de Villey é a ideia de que um direito subjetivo expressa necessariamente um poder que o indivíduo detém, algo que é inerente à sua pessoa. Como tal, o direito subjetivo pressupõe a combinação de duas noções — direito (*ius*) e poder (*potestas*) — que até o século XIV eram absolutamente independentes. Para Villey, o direito natural aristotélico-tomista e o direito romano eram conceitualmente incompatíveis com a noção de direito subjetivo, já que *dikaion* e *ius* denotavam apenas o que, de uma perspectiva objetiva, era considerado *direito*, justo. Portanto, ao invés de conferir um poder, esse direito limitava-o.²²¹

²¹⁹ A discussão que se segue sobre a tese de Villey baseia-se no seu artigo “La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”, de 1964, posteriormente incorporado, com algumas modificações, ao livro *La formation de la pensée juridique moderne*, citado aqui pela edição de 1975.

²²⁰ Cf. VILLEY, Michel. “La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”, pp. 97-98.

²²¹ “O que é o direito — *dikaion* ou *ius*? Para São Tomás de Aquino (assim como para Ulpiano ou Aristóteles) o direito é aquilo que é justo (*id quod justum est*), o resultado ao qual tende o trabalho do jurista: a justa relação

Villey reconhecia a existência de rudimentos de um uso vulgar de *ius* com o sentido equiparável a de um direito subjetivo antes do século XIV. Esse uso vulgar, ainda que ocasionalmente presente na Roma antiga, por conta do egoísmo inerente ao ser humano, teria adquirido uma maior relevância a partir da queda do Império Romano, o que determinou o desaparecimento, durante séculos, do trabalho criativo dos *jurisprudentes*, cuja função era precisamente a busca do justo.²²² Nessa cosmovisão “antijurídica”, porque sem juristas, a ordem natural objetiva foi destronada e o mundo entregue à factualidade do passado, ao costume, aos “despojos” do direito romano, permitindo a cada um conceber uma “lista dos seus direitos, daqueles direitos que se pretendia ter por direito escrito: direitos do imperador contra o papa, direitos dos reis contra seus súditos (*jura regalia*), direitos de determinado senhor ou de determinada corporação ou de determinada classe de indivíduos; direitos que se afiguravam como um contraponto do poder de cada um e que eram mais ou menos confundidos com esse poder”.²²³ Para Villey, esse uso vulgar da linguagem dos direitos durante a Idade Média, produto de um individualismo desordenado, liberto dos constrangimentos jurídicos, caracterizaria apenas um “deslizamento (*glissement*)” prático do termo *ius* em direção à noção de poder. Um uso tão sem rigor que não seria possível reconhecer nele o sentido pleno de *ius* como um direito subjetivo.²²⁴

objetiva, a justa proporção descoberta entre os poderes cometidos ao rei, aos guardiões, às outras classes de cidadãos (na *República* de Platão), entre os respectivos patrimônios de dois proprietários vizinhos, ou que mantêm relação em algum assunto, como a vítima de um dano e o causador deste, o credor e o seu devedor”, in VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 229.

²²² “Assim também, o ofício do jurista, segundo essa filosofia [a filosofia clássica do direito natural], não é o de servir ao indivíduo, à satisfação dos seus desejos, à proclamação de seus poderes; (...) o jurista é ‘sacerdote da justiça’ (*sacerdotes justitiae*, diz Ulpiano sobre os *jurisprudentes*). Ele procura o justo, esse valor assim estritamente definido, que é harmonia, equilíbrio, boa proporção aritmética ou geométrica entre as coisas ou as pessoas”, in VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 229.

²²³ VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 238.

²²⁴ Cf. VILLEY, Michel. “La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”, pp. 110-111.

Todo esse quadro seria modificado, segundo Villey, a partir da inovadora contribuição filosófica de Guilherme de Ockham no curso das discussões teológicas sobre a pobreza apostólica e a propriedade das coisas.²²⁵ O motor histórico imediato das discussões eram as preocupações dos franciscanos quanto à possibilidade prática de se vivenciar a pobreza absoluta, que eles pregavam ser o elemento que distinguia a vida comunal do Cristo, dos apóstolos e de São Francisco. Afinal, ainda que frugais, os franciscanos utilizavam alguns bens, comiam alguma coisa. Estariam eles, nesses casos, sendo proprietários e, portanto, em contradição com a pobreza evangélica? Até então, os franciscanos defendiam, com o respaldo da bula *Exiit qui seminatur*, que o uso que eles faziam era um mero consumo das coisas materiais comuns a todos os homens, um *simplex usus facti*, distinto de outras relações que podiam se estabelecer entre a pessoa e a coisa privada (*proprietatis, possessio, usufructus, ius utendi* etc.), na qual haveria de fato um *dominium*.²²⁶

Essas preocupações ascéticas se inseriam num contexto político e teológico mais amplo, dominado pelo conflito entre os franciscanos e os dominicanos. No século XIII, um dos expoentes da ordem dominicana, São Tomás de Aquino, com o evidente propósito de embaraçar a defesa que os franciscanos faziam da pobreza como um padrão evangélico, se apropriou de uma construção formulada pouco antes pelos glosadores, para avançar significativamente em relação à distinção característica do

²²⁵ Para a dimensão jurídica da querela sobre a pobreza franciscana, para Villey “um dos acontecimentos capitais da história da filosofia do direito”, cf. VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*, pp. 190-198; TUCK, Richard. *Natural Rights Theory. Their origin and development*, pp. 17-24; e TIERNEY, Brian. *The idea of natural rights. Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law (1150-1625)*, pp. 29-31.

²²⁶ A *Exiit qui seminatur* foi emitida em 1279 pelo Papa Nicolau III. No processo de crescente juridicização canônica das questões decorrentes do discurso franciscano sobre a pobreza, já haviam sido anteriormente emitidas as bulas *Quo elongati*, de 1230, do Papa Gregório IX, e *Virtute conspicuus*, de 1268, de Alexandre IV. Na visão impiedosa de Villey, essas diversas bulas erigiram um regime jurídico para a vida monástica franciscana com base no qual “o papado, generoso, retinha para si todas as responsabilidades e aborrecimentos decorrentes da propriedade, enquanto os franciscanos detinham o seu uso”, in VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 194.

direito romano entre *dominium*, a propriedade da coisa, e *possessio*, a ocupação e o uso da coisa sem ter a propriedade sobre ela. Nessa questão, uma primeira distinção já era conhecida no direito romano a partir do diferente tratamento conferido ao tema pelo *ius naturale* e pelo *ius civile*. Com efeito, a preocupação dos juristas em não permitir uma fundamentação natural para a escravidão impedia a aceitação, no âmbito do *ius naturale*, de *dominium* sobre as pessoas e, por extensão, às coisas. No *ius civile*, ao contrário, os acordos firmados entre os homens poderiam levar à constituição de pleno *dominium* sobre as coisas. Assim, no âmbito do *ius naturale*, os homens eram apenas usufrutuários das coisas e dos seus frutos, mas não detinham a propriedade dessas coisas. Todavia, um passo decisivo nesse contexto foi dado com a inovação terminológica introduzida pelos glosadores do século XIII, ao falar do usufruto como um *dominium utile*, distinto do verdadeiro *dominium*, do *dominium directum*, exercido pelo proprietário.²²⁷

Nesse ponto a questão estava madura para a revolucionária intervenção de São Tomás de Aquino. E ela se deu ao ensejo da discussão da *Quaestio 66, articulum 1*, da *Secunda Secundae*, em que Aquino examinou se o *ius naturale* permitiria a posse de coisa material (“*possessio exteriorum rerum*”). Do ponto de vista teológico, o problema era suscitado pelo versículo primeiro do Salmo 23, que dizia que “*dominium omnium creaturarum est proprie Dei*”, o que, numa exegese literal, vedaria ao homem possuir coisas materiais.²²⁸ Acolhendo quase que literalmente a distinção entre *dominium directum* e *dominium utile* formulada pelos glosadores, Aquino reconhecia,

²²⁷ Tuck atribui a inovação lingüística a Accursius, entre 1220 e 1230, mencionando a crítica a ela feita por Balduini, seu oponente na Escola de Bolonha: o *dominium utile* é uma “quimera”; cf. TUCK, Richard. *Natural Rights Theory. Their origin and development*, p. 16.

²²⁸ A passagem está no Salmo 23 na versão latina usada por São Tomás de Aquino. Na versão protestante do Velho Testamento, a passagem corresponde ao Salmo 24:1 e tem o seguinte teor: “Ao Senhor pertence a terra e tudo o que nela se contém, o mundo e os que nele habitam”(ed. revista e atualizada da tradução de João Ferreira de Almeida).

de um lado, que Deus tinha um domínio soberano sobre todas as coisas (“*principale dominium omnium rerum*”); todavia, argumentava que o próprio Deus havia separado algumas coisas para a subsistência do homem, e sobre essas coisas o homem tinha um domínio natural com respeito ao poder para usá-las (“*naturale rerum dominium quantum ad potestatem utendi*”).²²⁹ Assim, ele respondia a questão reconhecendo uma até então inédita possibilidade de um *dominium* no *ius naturale*, e o fazia já sem assentar qualquer qualificação restritiva sobre esse *dominium*:

“As coisas materiais podem ser consideradas de dois modos. Primeiro, quanto à sua natureza: e isso não está sujeito ao poder do homem, mas apenas ao poder de Deus, a quem todas as coisas são obedientes. O segundo modo diz respeito ao próprio uso das coisas. **E aqui o homem tem um domínio natural sobre as coisas materiais** (“*Et sic habet homo naturale dominium exteriorum rerum*”), porquanto, por sua razão e vontade, ele é capaz de usar as coisas materiais para a sua utilidade, como se elas fossem feitas sob sua responsabilidade. (...) É por meio desse argumento que os filósofos provam (*Política*) que a posse das coisas materiais é natural ao homem (*quod possessio rerum exteriorum est homini naturalis*). Ademais, esse domínio natural sobre outras criaturas (*autem naturale dominium super ceteras creaturas*), que compete ao homem em razão de consistir ele em imagem de Deus, manifesta-se já na criação do homem, Gênesis I, onde se diz: “façamos o homem à nossa imagem e semelhança, tenha ele domínio sobre os peixes do mar, etc.”.²³⁰

No desdobramento desse mesmo quesito, Aquino enfrentou a decisiva questão atinente à licitude de os pobres, a título de reivindicação da sua cota nas coisas concedidas comunalmente por Deus, se utilizarem dos bens mantidos sob *dominium* privado para atender as suas necessidades de subsistência. De fato, a mera defesa da compatibilidade do *ius naturale* com a posse privada de bens poderia ser invocada para impugnar a doutrina até então dominante na igreja, na linha de que a individuação da propriedade comunal não podia impedir as demais pessoas de

²²⁹ AQUINO, São Tomás. *Summa Theologiae*, II^a-IIae q. 66 a. 1 arg. 1.

²³⁰ AQUINO, São Tomás. *Summa Theologiae*, II^a-IIae q. 66 a. 1 co (destaque acrescentado).

também usarem os bens que pertenciam a Deus e que haviam sido por ele ofertados como uma propriedade comunal entregue ao cuidado de todos. Para refutar essa possibilidade, Aquino introduziu na sua discussão da *Quaestio* 66 da *Secunda Secundae*, no *articulum* 7, uma argumentação que pretendia conciliar a doutrina tradicional da igreja com a sua revolucionária defesa da existência de *dominium* no *ius naturale*. Para tanto, ele, de um lado, sustentou que a atribuição a um indivíduo de uma parte dos bens concedidos coletivamente à humanidade permitiria um uso mais eficiente da comunidade dos bens pertencentes a Deus, o que beneficiaria inclusive os pobres. Todavia, de outro lado, ele reconheceu que, nos casos de manifesta urgência, quando os pobres se vissem em situação de risco iminente, e não havendo outro modo para atendê-los (*et aliter subvenire non potest*), eles poderiam suprir licitamente as suas necessidades valendo-se das coisas sob *dominium* privado, tomando-as ostensivamente ou ocultamente (*“licite potest aliquis ex rebus alienis suae necessitati subvenire, sive manifeste sive occulte sublatis”*).²³¹

Com essa doutrina da propriedade, São Tomás de Aquino enunciava ideias que, como veremos em seguida, teriam uma imensa repercussão nos debates travados no Ocidente sobre os direitos e a propriedade, e isso até o século XVIII. Demais disso, no âmbito dos seus embates político-teológicos imediatos, ele conseguia colocar em cheque o argumento em que até então se baseavam os franciscanos para se dizerem observadores da pobreza evangélica. É dizer, o *simplex usus facti* que os franciscanos diziam deter sobre as coisas necessárias para a sua subsistência configurava um *naturale rerum dominium quantum ad potestatem utendi*; e, portanto, ao contrário do que pregavam, os franciscanos não viviam na pobreza.

²³¹ AQUINO, São Tomás. *Summa Theologiae*, II^a-IIae q. 66 a. 7 co.

A reação a São Tomás de Aquino foi, inicialmente, empreendida pelo franciscano John Duns Scotus. Scotus, basicamente, renovou o entendimento que vigorou do direito romano clássico até o século XIII: o *dominium* não era algo que existia naturalmente no homem no seu estado de inocência, na sua relação direta com o mundo; ele só existiria na vida civil, se e quando, mediante a permissão divina, os bens comunais fossem apropriados e distinguidos pelas leis humanas.²³² Portanto, o uso que o homem, em comunhão com os outros homens, fazia das coisas que a natureza ofertava para a sua subsistência não era um *dominium utile*. Todavia, Scotus, sutilmente, reformulava a distinção entre a vida natural do *simplex usus facti* e a vida civil do *dominium* em termos acentuadamente axiológicos: a vida natural de pobreza dos franciscanos era moralmente superior à vida daqueles que se perdiam no artificialismo das relações civis baseadas na propriedade privada; e, mais importante, essa vida de pobreza poderia ser praticada por todos.

Essas implicações morais do argumento franciscano alarmaram o papado de Avignon, levando à edição pelo Papa João XXII das bulas *Ad conditorem canonum*, de 1322,²³³ *Cum inter nonnullos*, de 1323,²³⁴ e *Quia vir reprobus*, 1329, na qual, contra os franciscanos, decidiu-se que todos os tipos de relação que os homens tinham com o mundo material, inclusive o *simplex usus facti*, eram, numa escala reduzida, equivalente ao *dominium* que Deus mantinha sobre o universo. Em ataque direto à argumentação de Scotus, a *Quia vir reprobus* afirmava que mesmo antes da

²³² Villey destaca criticamente que, afora alguns exemplos extraídos do Velho Testamento, toda a argumentação de Scotus para a origem do *dominium* privado se baseava na doutrina agostiniana da distribuição dos bens comunais por meio da lei positiva; cf. VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*, pp. 187-188.

²³³ A *Ad conditorem canonum* impugnava os argumentos apresentados por Nicolau III na *Exiit qui seminavit*.

²³⁴ A *Cum inter nonnullos* considerava uma heresia “afirmar resolutamente que nosso Redentor e Senhor Jesus Cristo e seus Apóstolos não possuíam quaisquer coisas individualmente”

queda Adão tinha *dominium* sobre as coisas que consumia, o que comprovaria que a propriedade tinha origem na vontade de Deus.²³⁵

A reação franciscana ao novo cenário estabelecido pelo papado se daria com a publicação por Ockham da *Opus Nonaginta Dierum*, em 1332, uma abrangente contestação da *Quia vir reprobus*. Obviamente, uma vez que o problema que Ockham se propunha a enfrentar não era teórico, mas real, a sua preocupação em enunciar precisos conceitos jurídicos era impugnar a investida do Papa João XXII aos fundamentos teológicos e jurídicos da defesa franciscana da pobreza. Com esse manifesto propósito, Ockham definiu o *usus facti* como o ato em si no qual alguém — como Cristo, os apóstolos e os franciscanos — usa as coisas materiais para suprir a suas necessidades de habitação, alimentação, vestuário etc.. Com a sua opção pela pobreza eles renunciavam apenas ao poder que as ordenações humanas lhes asseguravam de defender o seu direito sobre o bens, mas não o *usus facti*, a faculdade de usar essas coisas que lhes fora concedido pelo *ius poli* (direito celestial). Eles não renunciavam a todo o seu direito subjetivo, mas apenas ao seu *ius fori*, ou seja, a *potestas* que advém da convenção humana e do direito positivo.

Segundo Ockham eram expressões desse *ius fori* precisamente aquelas modalidades de relações com a *proprietas* que haviam sido declaradas nas bulas anteriores à reação do Papa João XXII como alheias à prática dos franciscanos, como o *jus utendi* e o *dominium*. E foi o esforço de Ockham para distinguir com rigor essas relações de propriedade do *usus facti* que levarão Willey a considerar a sua obra como demarcando a passagem da linguagem jurídica romana para a moderna e

²³⁵ “Adam in statu innocentiae, antequam Eva formaretur, solus habuerit dominium rerum temporalium”, apud LEFF, Gordon. *Heresy in the Later Middle Ages: The Relation of Heterodoxy to Dissent C.1250-C.1450*, p. 247.

apresentando, pela primeira vez, uma definição explícita do conceito de direito (*ius*) que se conectava ao poder (*potestas*) inerente ao indivíduo que tem esse direito. Com isso, na visão de Villey, Ockham teria sido o primeiro autor a enunciar em termos de uma *scientia legali* os elementos que seriam, posteriormente, considerados nas modernas teorias dos direitos subjetivos, além de lançar as bases da moderna concepção jurídica individualista.²³⁶

Villey justifica essa sua apreciação com os conceitos elaborados por Ockham para o *jus utendi* e o *dominium*. O *jus utendi* é concebido por Ockham como uma *potestas* lícita para se usar uma coisa material da qual não se pode ser privado sem consentimento ou sob uma justa causa, sob pena de submissão à justiça de quem haja privado o titular desse poder.²³⁷ A sua vez, o *dominium* — distinguido da simples permissão (*licentia*) ou concessão revogável que, por exemplo, tem um pobre para participar de um banquete — é concebido como o que compete a qualquer homem por força do direito positivo ou de alguma instituição humana, sendo, por igual, qualificado pela possibilidade, pela *potestas*, de ser defendido em juízo.²³⁸ Em todas essas situações jurídicas nas quais se evidencia a existência de um direito (*jus*) relativo à propriedade, Villey identifica nas formulações de Ockham a ênfase nesse elemento da *potestas*, desse poder atribuído pelo direito ao indivíduo de não ser privado do seu direito sem o seu consentimento ou em face de uma *causa rationabili*. E, uma vez que para Villey a ideia de direito subjetivo pressupõe a combinação dessas duas noções, a

²³⁶ Cf. VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*, pp. 241-252.

²³⁷ “*jus utendi est potestas licita, utendi re extrinseca, qua quis sine culpa sua et absque causa rationabili privari non debet invitus, et si privatus fuerit, privantem poterit in judicio convenire*”, apud VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 249.

²³⁸ *Dominium* é o que “*competit hominibus ex jure positivo salicet ex institutione humana*”, apud VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 249.

sua descoberta nas formulações de Ockham só poderia levar Villey a localizar nelas a precisa origem do conceito de direito subjetivo.

Embora reconhecendo a excepcional amplitude dos estudos de Villey, Tierney considera que as oposições que ele construiu para poder definir uma origem precisa da ideia de direito subjetivo — direito natural judaico-cristão, direito objetivo clássico, direito subjetivo moderno — não são cabalmente demonstradas como incompatíveis entre si, além do que não se revelou fundada a argumentação desenvolvida para demonstrar a conexão entre as teorias de direitos individuais e a obra de Ockham.²³⁹ Por essa razão, Tierney, embora refutando a concepção liberal no sentido de que o conceito de direito subjetivo foi uma “invenção” de Grotius, Hobbes e Locke no século XVII, também contesta que o direito subjetivo tenha se originado de “uma aberração medieval tardia a partir de uma tradição anterior de direito objetivo [*objective right*, no original] ou do direito moral natural”, preferindo compreendê-lo como “um produto característico da grande era da Jurisprudência criativa que, nos séculos XII e XIII, estabeleceu os fundamentos da tradição jurídica ocidental”.²⁴⁰

Tuck, a sua vez, identifica problemas metodológicos na análise de Villey, decorrentes do fato de não haver ele percebido que o uso do conceito de direito subjetivo em um sentido ativo — que é o sentido a que se refere a noção que Villey estabeleceu entre *ius* e *potestas* — já era empregado anteriormente a Ockham, inclusive na própria bula *Quia vir reprobus*. Portanto, segundo Tuck, Ockham, embora contestando os argumentos apresentados pelo Papa João XXII, valia-se na sua réplica

²³⁹ Cf. TIERNEY, Brian. *The idea of natural rights. Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law (1150-1625)*, p. 31.

²⁴⁰ Cf. TIERNEY, Brian. *The idea of natural rights. Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law (1150-1625)*, pp. 41-42.

dos mesmos conceitos manejados na bula papal.²⁴¹ Para Tuck, a evolução do direito romano tinha já levado a um uso do termo *ius* “em um modo que poderia conduzir Villey, com razoabilidade, a relacioná-lo a um direito em sentido subjetivo (*right*)”. Ele menciona a definição de Irnerius, fundador da Escola de Bolonha, na passagem do século XI para o XII (“*Dominium tale ius est*”) para demonstrar que havia já um vocabulário jurídico em uso que permitiu aos homens que redescobriram o Digesto e estabeleceram uma *jurisprudencia* romana a partir do século XII formular as “primeiras teorias modernas dos direitos”.²⁴²

Sem dúvida, afigura-se mais defensável a posição de Tierney e Tuck localizando a consolidação de uma noção de direito em sentido subjetivo em um período histórico de *longue durée* durante o qual diversos discursos políticos, jurídicos e, principalmente, teológicos, foram articulados valendo-se de termos como *ius*, *dominium* e *potestas*, e com esse próprio uso foram modificando o sentido que esses termos assumiam nos subseqüentes discursos. Todavia, com independência do acerto ou não do esforço de Villey para precisar o momento em que veio à luz o conceito de direito subjetivo,²⁴³ o seu trabalho teve o inegável mérito de haver escancarado, precursoramente, o anacronismo que dominava e, pelo que se vê no que é algumas vezes ensinado nas faculdades, ainda domina determinadas apreciações acerca de uma categoria tão fundamental para a compreensão e a prática do direito.

²⁴¹ Cf. TUCK, Richard. *Natural Rights Theory. Their origin and development*, p. 23.

²⁴² TUCK, Richard. *Natural Rights Theory. Their origin and development*, pp. 12-13.

²⁴³ E o próprio Villey demandava que as suas conclusões fossem submetida a novos exames: “Se todas as noções jurídicas modernas, tão ricas de conteúdo, nascidas da idéia de direito subjetivo, ainda não existiam em Roma, que amplo campo de estudos se abre para o exame da sua verdadeira origem”, in VILLEY, Michel. “L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romaines”, p. 226.

2.3 “*Jus praedicandi evangelium*”: a linguagem teológica do *ius naturae et gentium*

Os primeiros esforços conducentes à consolidação de um vocabulário mais articulado dos direitos ocorreram no âmbito da teologia espanhola do século XVI, influenciando sobremaneira a formação do *ius naturae et gentium* e da assim denominada escola espanhola de direito das gentes.²⁴⁴ Como ressalta Tuck,²⁴⁵ esse esforço não foi determinado por uma mera especulação teórica, mas sim pela necessidade de legitimar a conquista do Novo Mundo pelas nações ibéricas e as medidas levadas a efeito em decorrência dessa conquista.²⁴⁶ Concretamente, o que preocupava os teólogos espanhóis era a resposta apresentada pelos seus irmãos dominicanos no debate com os franciscanos acerca da propriedade dos bens, ou seja, que o uso de um bem implica não só o direito de excluir os outros de usá-lo, mas também a possibilidade de se transferir o direito de seu uso a outrem. Essa resposta poderia ser interpretada para defender a escravidão dos povos colonizados, visto que, se o *bem* considerado fosse o próprio corpo da pessoa, não haveria restrição alguma a que ela se fizesse escravo, cedendo ou vendendo a sua liberdade.

Com o fito de afastar essa interpretação, o dominicano Francisco de Vitoria, o mais refinado formulador de uma teologia política que culminou com Suárez

²⁴⁴ Em uma recente reafirmação dessa leitura, Koskenniemi afirma que o “*ius naturae et gentium* originou-se com os eruditos católicos na Espanha” para tornar-se, em seguida, “na Alemanha, uma disciplina amplamente protestante”, in KOSKENNIEMI, Martti. “The advantage of treaties: International Law and the Enlightenment”, p. 49. Com outra leitura, Schmitt entende que, apesar da sua objetividade e humanismo, Vitoria, no que se refere à relação entre o pensamento teológico e jurídico integra “a Idade Média cristã e não a época do Direito das Gentes moderno e interestatal”, in SCHMITT, Carl. *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europeum*, p. 127.

²⁴⁵ Cf. TUCK, Richard. *Natural Rights Theory. Their origin and development*, p. 49.

²⁴⁶ A mais instigante resposta do catolicismo português ao problema da conquista do Novo Mundo demoraria mais de um século para vir a lume e assumiria a forma da *História do Futuro*, do Pe. Antônio Vieira. Nessa obra, enuncia-se uma escatologia política na qual o encargo de evangelização dos povos conquistados é interpretado como um sinal do cumprimento das profecias bíblicas que anunciam o Reino de Cristo, que teria a expressão histórica de um Império liderado por Portugal; cf. VIEIRA, Pe. Antônio. *História do Futuro*.

em 1612,²⁴⁷ em uma série de *relectiones* apresentadas entre 1527 e 1543, enfrentou vigorosamente todos os títulos tradicionalmente invocados pela coroa espanhola para justificar a colonização e a escravidão,²⁴⁸ desenvolvendo uma instigante e precursora fundamentação para a legitimidade da conquista do Novo Mundo, baseada num uso consciente e plenamente reconhecível de um vocabulário articulado em termos de *ius*. Essa segunda escolástica, recepcionando a concepção tomista do direito natural, aprofundou a discussão da problemática política e teológica do *dominium*, tratando-a rigorosamente na base de uma linguagem de direitos em sentido subjetivo, o que teria implicações fundamentais na história da política ocidental.

Os três aspectos mais significativos das contribuições de Vitoria são uma concepção nova da comunidade internacional em termos de uma *totus orbis*; o reconhecimento da existência de *iure naturali* de titularidade não só das soberanias, mas também dos povos; e, para tutelar esses direitos, a enunciação das condições para o uso legítimo da força contra a injusta agressão. A comunidade internacional concebida por Vitoria é uma sociedade de repúblicas que, além de sujeitas internamente ao direito por elas estabelecido, estão vinculadas externamente a um *ius*

²⁴⁷ Além de Vitoria e Suárez, os outros dois importantes teólogos da escola espanhola do *ius naturae et gentium* são Balthazar de Ayala e Menchaca. Scott ainda acrescenta que com Vitoria o “mundo se encontrou na posse de um resumo de bases fundamentais de Direito Internacional e das relações internacionais que não necessitava mais que a contribuição de Suárez”, in SCOTT, James. *El progreso del Derecho de Gentes*, p. 34.

²⁴⁸ Os sete títulos de legitimação refutados por Vitoria são os seguintes: a) o senhorio do imperador no mundo; b) a autoridade do sumo pontífice; c) o *ius inventionis*, defendido inclusive por Colombo – Vitoria não se preocupa em oferecer muitos argumentos contra esse título, pois que “*probatum est, barbari erant veri domini, et publice et privatim*”; d) a incredulidade dos índios; e) o pecado dos índios, ou seja, o argumento no sentido de que, conquanto não se possa guerrear com fundamento na incredulidade dos índios, se poderia fazê-lo por causa de seus outros pecados mortais; f) a suposta aquiescência espontânea (*electionem voluntariam*) dos *barbari* à dominação espanhola – alega que essa *electionem* era viciada pelo medo e ignorância dos índios, que não sabiam o que faziam, muito menos o que pediam os espanhóis; e g) a concessão especial de Deus (cf. VITORIA, Francisco de. *De los indios recientemente descubiertos*, pp. 162-191; e VITORIA, Francisco de. *Théorie Générale du Droit des Gens et des Rapports Internationaux d’après François de Vitoria, O. P.*, pp. 50-68).

gentium universal. Como na base de qualquer direito positivo está o direito natural,²⁴⁹ o fundamento da existência desses poderes políticos está depositado na razão natural e não em uma vontade humana arbitrária: “a origem das cidades e das repúblicas não é a invenção humana; ela não é artificial: ele é quase obra da natureza””.²⁵⁰ Nessa ideia, sobressai-se um aspecto que, posteriormente, na modernidade, se reconheceria como o elemento distintivo de toda forma de política que se pretenda legítima: a limitação jurídica do poder.

Externamente, duas implicações advinham dessa concepção: no disciplinar as relações entre as diversas repúblicas, o *ius gentium* tem a força da lei, e não de um mero acordo firmado entre os homens (*vim ex pacto et conditio inter homines*); e, ainda, os preceitos do *ius gentium* alcançam a *totus orbis*, é dizer, todos os homens. Por outro lado, na sua dimensão interna, Vitoria, no que seria contestado por Bodin e Hobbes, mas acolhido por Locke, defende que as leis civis vinculam também os legisladores e, em especial, os príncipes; depois, assenta a legitimação do poder do soberano na autoridade que ele recebeu da comunidade política, de modo que o exercício da autoridade do soberano, principalmente a criação das leis, deve visar o *Bonum Rei-publicae* e não o *privato commodo*.²⁵¹

Mas é na identificação dos títulos legítimos para a conquista espanhola que Vitoria utilizaria com abundância um vocabulário de direitos assegurados pelo *ius naturae et gentium*, o qual, depois recepcionado pelo protestantismo e pelo humanismo, embora num contexto diferenciado de problemas e propósitos, teria implicações decisivas para os futuros discursos políticos e jurídicos enunciados na

²⁴⁹ O direito das gentes é definido, numa paráfrase às *Institutiones* de Gaio, como “*quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit*”, in VITORIA, Francisco de. *Théorie Générale du Droit des Gens et des Rapports Internationaux d’après François de Vitoria, O. P.*, p. 31.

²⁵⁰ VITORIA, Francisco de. *De Potestati civili*, pp. 25-26.

²⁵¹ VITORIA, Francisco de. *De los Indios o del Derecho de Guerra*, p. 222.

Europa ao início da Modernidade. Os sete títulos legítimos reconhecidos por Vitoria são os seguintes: a) a sociedade e comunidade natural (*"Primus titulus potest vocari naturali societatis, et communicationis"*); esse título é o fundamento para o *ius communicationis*, do qual vão derivar diversos outros direitos naturais; b) a propagação da religião cristã (*"Christiani habent jus praedicandi, et annuntiandi evangelium in provinciis barbarorum"*); c) a defesa dos índios convertidos - se os índios se converterem ao cristianismo e os seus príncipes quiserem, por força ou por medo, fazê-los retornar à idolatria, pode-se, se por outro modo não se logra êxito, declarar a guerra; d) a imposição de um soberano cristão pelo papa - se um contingente expressivo dos índios se converter, o Papa pode, a pedido ou não dos índios, depor os seus senhores infiéis e dar-lhes um *principem christianum*; e) proibição de costumes e ritos nefastos - pode-se proibir aos índios as práticas ímpias, como o sacrifício de inocentes ou a antropofagia; f) a verdadeira e voluntária escolha dos índios (*veram et voluntariam electionem*) - ao contrário do que ocorria na anterior e ilegítima aquiescência presumida, aqui os índios e seus príncipes recebem livremente o novo poder soberano; e g) razões de amizade e aliança - nas guerras entre os próprios índios, os conquistadores podem auxiliar a parte que sofreu a injúria e repartir com eles os frutos da vitória. Havia ainda um outro título, que Vitoria nem defendia nem condenava em termos absolutos: o direito de tutela. É que, sendo os índios praticamente incapazes (*amentes*), não teriam condições para formar ou administrar uma verdadeira república, com o que seria legítimo, para o seu próprio benefício, que os conquistadores tomassem a seu cargo a administração, nomeando *praefectos et gubernatores*, e estabelecendo novos soberanos, quando necessário.²⁵²

²⁵² Cf. VITORIA, Francisco de. *De los indios recientemente descubiertos*, pp. 193-208; e VITORIA, Francisco de.

O primeiro e fundamental direito natural assentado nessa construção é o *ius communicationis*, o direito de todos os povos se comunicarem e se relacionarem entre si. Dele derivam diversos outros direitos naturais: o *ius peregrinandi et degendi*, que asseguraria livre trânsito nos mares; o *ius commercii*, que, de um lado, assegurava aos conquistadores o direito de comerciar com os índios, exportando para eles os produtos de que careciam e retirando de suas terras o ouro, a prata e as outras coisas ali abundantes, e, de outro lado, proibia aos soberanos impedir que os índios comerciassem com os conquistadores; o *ius occupationes*, que, decorrendo dos dois anteriores direitos, asseguraria aos estrangeiros o direito de participar daqueles bens que são comuns entre os próprios índios (*barbaros communia*) e daquelas coisas que não são de ninguém (*quia quae in nullius bonis sunt, jure gentium sunt occupantis*), como o ouro na terra e as pérolas no mar; o *ius migrandi*, que asseguraria aos estrangeiros e ao seus filhos nascidos nas terras dos índios o direito de ali fixar residência e de gozar de todos os direitos assegurados aos restantes cidadãos.²⁵³ Além desses direitos, Vitoria trata alguns dos títulos legítimos de conquista antes mencionados como direitos dos povos, em especial, o direito de propagação da religião cristã (*ius praedicandi evangelium*) e o direito de intervenção para proteger os índios convertidos contra os seus antigos senhores, para impor um soberano cristão — se a maioria dos bárbaros houvesse se convertido —, para auxiliar a parte que sofreu a injúria nos conflitos internos, e para proibir a prática de costumes e ritos nefastos.

A última contribuição de Vitoria decorre da sua pretensão de construir uma solução dentro do *ius naturae et gentium* para a hipótese de alguma violação

Théorie Générale du Droit des Gens et des Rapports Internationaux d'après François de Vitoria, O. P., pp. 50-71.
²⁵³ Cf. VITORIA, Francisco de. *De los indios recientemente descubiertos*, pp. 193-198.

desses direitos: trata-se da concepção do *ius ad bellum* como uma resposta a uma anterior injúria. Só há uma causa justa para fazer a guerra: a *iniuria accepta*.²⁵⁴

Do ponto de vista institucional, as formulações de Vitoria serão superadas pelo realismo dos novos poderes políticos emergentes na Europa, que vão alcançar a sua conformação definitiva no paradigma de *Westphalen*, os quais rechaçarão qualquer limitação à sua soberania, seja por parte da Igreja, da antiga autoridade imperial ou do *ius naturae et gentium*. Todavia, ainda quando se colocando em oposição às formulações de Vitoria, os discursos políticos e jurídicos do período histórico que se seguiu tiveram que ser enunciados com referência também a esse vocabulário para o qual ele tanto contribuiu: a linguagem dos direitos.

3. As paixões, os interesses, e os direitos: a linguagem dos direitos e a institucionalização da sociedade comercial

3.1 Recepção e secularização da linguagem do *ius naturae*

O próximo e decisivo movimento em direção à consolidação de um vocabulário para a política dos direitos deu-se com a recepção e a secularização do *ius naturae et gentium* desenvolvido pelos teólogos católicos espanhóis em ambientes já protestantes a partir da primeira metade do século XVII, notadamente nos trabalhos de Hugo Grotius e Samuel Pufendorf. Embora seja ainda dominante a concepção do protestantismo como um dos motores da dinâmica progressiva de secularização e desencantamento do mundo ocidental moderno em relação à tradição política, moral e

²⁵⁴ VITORIA, Francisco de. *De los Indios o del Derecho de Guerra*, p. 223.

religiosa medieval — afinal, a Reforma “é o sol que tudo ilumina” —,²⁵⁵ não se pode descurar o fato de que esse processo não foi tão linear e monolítico como por vezes se insinua. Ao contrário, ele revela uma permanente tensão ideológica entre a valorização e a crítica seja do passado medieval que o protestantismo teria superado seja do futuro moderno que ele teria ajudado a construir, entre o acolhimento e a refutação ou de um discurso moral e político mais monoglota ou das possibilidades políticas e morais abertas com a liberdade cristã. Enfim, a política radical calvinista, o pietismo europeu mais transcendentalizado e o evangelicalismo denominacional, anteriormente, e pentecostal, posteriormente, norte-americano não devem ser tomadas como expressões excepcionais na feição em regra moderna, pluralista e tolerante que se teria como característica do protestantismo, mas, antes, como momentos em que um dos polos ideológicos, nesses casos, o mais monolítico e menos tolerante, irrompeu com força tal a lograr se fazer realidade histórica.

Em rigor, se a concepção política e jurídica do protestantismo tivesse sido exclusivamente a concepção política e jurídica de Lutero, dificilmente se teria consolidado a tendência que, a partir do século XVII, passou a prevalecer no Ocidente em direção a uma política baseada em direitos naturais progressivamente invocados como o fundamento para o exercício de uma liberdade orientada à persecução de interesses na sociedade comercial. Lutero tinha o coração e a mente impregnada da visão “católica” do mundo; obviamente, não do catolicismo aristotélico, escolástico,

²⁵⁵ HEGEL, Georg. *Filosofia da História*, p. 343. O locus clássico dessa tese ainda é o trabalho de Weber. Para a tese contrária, de que o protestantismo foi um mero “reavivamento e reafirmação do ideal de uma civilização baseada na autoridade da igreja”, cf. TROELSTCH, Ernst. *Protestantism and Progress: A Historical Study of the Relation of Protestantism to the Modern World*, pp. 85-86. Para uma influente recepção dessa leitura, cf. a análise de Skinner em *The Foundations of Modern Political Thought: Vol. 2, Age of Reformation*, identificando uma continuidade entre o constitucionalismo moderno e impulsos medievais, como o conciliarismo católico, o que o levou a refutar vigorosamente a tese de Michael Walzer (*The Revolution of Saints*) de que a teoria moderna das revoluções deriva da teologia protestante.

dominante no seu tempo — ancorado na “maior prostituta do diabo”: a razão —, mas do fideísmo platônico de Agostinho, que dominou a igreja cristã no ocidente pelo menos até as transformações que se seguiriam à *reformatio* gregoriana no século XI e o triunfo do tomismo.²⁵⁶ Esse cristianismo platônico — na realidade, um helenismo cristão, pois que a maior obra evangelizadora do cristianismo foi a propagação por todo o Ocidente, a partir dos séculos II e III, das categorias e da mundividência helênica sob as vestes da esperança messiânica judaica — deixava Lutero tão embevecido com a justiça perfeita que governa a *Civitate Dei* que ele apenas podia suportar como um fardo inevitável decorrente do pecado a necessidade de um direito e uma política para fazer uma justiça humana neste mundo. É essa inevitabilidade da imposição de uma disciplina civil neste *seculum*, que não vive e nunca viverá segundo o mandamento de Deus, que levará Lutero a conceber, a partir da exegese do capítulo XIII da *Epístola aos Romanos*, a teoria das duas ordens de autoridade instituídas por Deus (*Omnis potestas a Deo*), que se amoldaria à perfeição à necessidade dos novos poderes monárquicos que reivindicavam soberania em face de qualquer domínio político, de base secular ou eclesiástica.

Nessa recepção protestante do *ius naturae et gentium*²⁵⁷ desempenhou um papel decisivo a repulsa as pretensões de universalidade do direito romano, levando a uma disposição para o estabelecimento de normas jurídicas que fossem próprias à realidade de cada nação. Sob argumentos similares, impugnava-se também a ideia de um direito natural cristão, visto que, não sendo a religião de toda a

²⁵⁶ Cf. BERMAN, Harold. *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, pp. 25-33.

²⁵⁷ Para a análise desse processo de secularização do *ius naturae et gentium* desenvolvido pelos teólogos católicos pela *jurisprudencia* protestante, cf. HAAKONSSSEN, Knud. “From natural law to the rights of man: A European perspective of American debates”, pp. 21-24. Para a visão contrária, situando a secularização do direito natural apenas a partir dos iluministas escoceses, cf. DUNN, John. “From applied theology to social analysis: the break between John Locke and the Scottish Enlightenment”.

humanidade, o cristianismo não poderia fundamentar uma jurisprudência com pretensões de universalidade.²⁵⁸

Em Grotius, essas pretensões, particularmente, a separação da *jurisprudencia* da teologia, levaram a compreensão do *ius naturae et gentium* como um amplo direito das gentes (*Gentium ommium*) que, tomando por referência a noção de *societas universalis gentium*, retirava a sua força vinculante do costume comum de todos ou de muitos povos, especialmente daqueles mais civilizados. Na visão de Pufendorf, ao estabelecer esse fundamento para o direito natural, Grotius fragilizava a sua teoria. O argumento de Pufendorf é que a ideia de um costume comum às nações mais civilizadas pressupunha uma visão da história aberta para a variedade de culturas e, por isso mesmo, necessariamente cética quanto à possibilidade de se identificar tais costumes mais civilizados. Para fugir desses problemas, Pufendorf procurou conferir à sua concepção uma base teórica mais elaborada, baseada na visão da natureza humana elaborada por Hobbes.

No que interessa a esta tese, o peculiar na concepção de Grotius é a sua decidida ênfase na noção de direito em sentido subjetivo, domínio em que a sua teoria teve uma repercussão extraordinária na Jurisprudência ocidental. Para ele o direito subjetivo diz respeito à “abstenção daquilo que é de outro”, à “restauração ao outro de algo seu que pode estar em nosso poder”, à “obrigação de cumprir promessas” e à “cominação de sanções aos homens de acordo com os seus merecimentos”.²⁵⁹ E aqui a linguagem dos direitos não é enunciada apenas com respeito ao *dominium*, à

²⁵⁸ Cf. HONT, Istvan. “The language of sociability and commerce: Samuel Pufendorf and the theoretical foundations of the ‘Four-Stages Theory’”, pp. 257-258; e KOSKENNIEMI, Martti “The advantage of treaties: International Law and the Enlightenment”, p. 51.

²⁵⁹ GRÓCIO, Hugo. *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, pp. 12-13.

propriedade, mas alcança a totalidade das ações individuais, âmbito qual o homem usufruía de um estado natural de liberdade.

Grotius e Pufendorf tomaram posição ao lado de Tomás de Aquino na questão das necessidades dos pobres: não comete crime a pessoa em extrema necessidade que se utiliza do excedente da propriedade de um particular. O argumento de Grotius era rigorosamente tomista ao invocar a doutrina da origem comunal da propriedade divina como o fundamento para a relativização do direito de propriedade. Pufendorf, ao contrário, erigiu um fundamento alternativo à doutrina medieval da origem comum da propriedade para justificar o atendimento das necessidades de subsistência dos pobres, baseado na noção de direitos perfeitos e direitos imperfeitos. Todavia, ele não conseguiu conciliar o direito de propriedade com o reconhecimento da legitimidade da sua violação pelos pobres. A política dos direitos que se consolidaria em seguida na Europa acolheria a jurisprudência natural desenvolvida por Grotius e Pufendorf em termos de direitos subjetivos, mas refutaria a possibilidade de relativização do direito de propriedade com vistas ao atendimento das necessidades das pessoas carentes.

A recepção da linguagem do *ius naturae* desenvolvida na *jurisprudencia* protestante no âmbito dos discursos que originaram a visão da política que inspirou as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII se singularizou pela pretensão de conformar juridicamente o poder político por referência à noção de um contrato social capaz de institucionalizar uma comunidade política qualificada pelo reconhecimento de inalienáveis direitos naturais de todos os indivíduos. Como bem percebeu Ernst Bloch, nesse discurso liberal a linguagem do direito natural revestiu-se do caráter de “ideologia de uma economia individualista e das relações capitalistas de comerciantes,

que demandam que tudo seja calculável, e que, conseqüentemente, substituem os diversificados direitos de privilégio encontrados na Idade Média pela igualdade formal e a universalidade das leis”.²⁶⁰ Portanto, nada mais *natural* que fosse por meio de um contrato, o instrumento jurídico por excelência das relações travadas entre indivíduos detentores da propriedade (*dominium*), que se erigisse o Estado como instituição preordenada a assegurar precisamente os direitos dos detentores da propriedade. Como bem resumiu Bloch, a ficção do “contrato social une todas as doutrinas do direito natural clássico, a despeito dos diferentes graus de perspicácia da consciência de classe burguesa que nelas é expressa”.²⁶¹

Esse discurso recebeu as suas primeiras articulações mais elaboradas em Hobbes e Locke, e culminou com a reconstrução do direito formulada por Kant. Hobbes é essa figura complexa e paradoxal que, embora integrando-se à tradição jusnaturalista, será um dos precursores do positivismo jurídico.²⁶² No tocante à política dos direitos, Hobbes vai produzir uma revolução ao relacionar direito com liberdade. Direito é liberdade individual e liberdade é direito individual:

“o direito da natureza (RIGHT OF NATURE), a que os autores geralmente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação da sua própria natureza, ou seja de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como os meios adequados a esse fim”²⁶³.

²⁶⁰ BLOCH, Ernst. *Natural Law and Human Dignity*, p. 54.

²⁶¹ BLOCH, Ernst. *Natural Law and Human Dignity*, p. 54.

²⁶² Na formulação de Bobbio, “Hobbes adota a doutrina do direito natural não para limitar o poder — como fará, por exemplo, Locke —, mas para reforçá-lo. Usa meios jusnaturalistas — se nos permitirmos tal expressão — para alcançar objetivos positivistas. (...) Hobbes é um jusnaturalista, ao partir, e um positivista, ao chegar”, in *Locke e o Direito Natural*, p. 41.

²⁶³ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, p. 78. Cf. a posição de Hobbes afirmando que atenienses e romanos eram livres apenas no sentido de que seus Estados eram livres: “Não que qualquer indivíduo tivesse a liberdade de resistir a seu próprio representante: seu representante é que tinha a liberdade de resistir a um outro povo, ou de invadi-lo”, in HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, p. 132.

A formulação clássica desse discurso político liberal, orientado à proteção dos direitos que deveriam ser universalmente reconhecidos aos indivíduos, particularmente daquele direito a ser livre para ser proprietário e celebrar contratos, foi enunciada por Locke.²⁶⁴ Segundo Locke, embora a Terra e o que nela se contém sejam de propriedade comum a todos os indivíduos, cada homem tem um direito à “propriedade em sua própria pessoa”.²⁶⁵ Dessa forma, qualquer coisa que o homem encontra no “estado com que a natureza a proveu e deixou” pode, por meio do seu trabalho, ser transformada “em sua *propriedade*”. E precisamente a preservação dessa “sua propriedade” é o “fim maior e principal para os homens unirem-se em sociedades políticas e submeterem-se a um governo”. Assim, embora constituindo o “poder supremo” da sociedade política, o legislador não pode deter mais poder do que tinham os indivíduos no estado de natureza, “antes de entrarem na sociedade e cederem-no à comunidade”.

Portanto, o legislador não detém um poder arbitrário sobre a vida e a propriedade dos indivíduos, uma vez que os “homens não se dispõem a abdicar da liberdade do estado da natureza e a se submeter (à sociedade e ao governo), não fosse para preservarem suas vidas, liberdades e bens” e para “assegurar paz e tranquilidade”, por meio de limites impostos pela “sociedade e pela lei de Deus e da natureza” ao poder de criação das leis.

²⁶⁴ Dunn situa o pensamento de Locke ainda no momento teológico: “O dever da humanidade, como criaturas de Deus, para obedecer ao seu divino criador era o axioma central do pensamento de John Locke. A moldura inteira do seu pensamento era ‘teocêntrico’ e os compromissos essenciais da sua vida intelectual como um todo eram justificações epistemológicas para essa moldura”, in DUNN, John. “From applied theology to social analysis: the break between John Locke and the Scottish Enlightenment”, p. 119.

²⁶⁵ Seguimos, assim, a posição de Waldron, que considera Locke “o fundador do constitucionalismo liberal” (WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*, p. 63) e “bem conhecido também por sua insistência em que a autoridade da legislatura é limitada pelo respeito aos direitos naturais” (WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*, p.307). As passagens que a seguir se mencionam foram extraídas de *O Segundo Tratado sobre o Governo* (Locke, 1998: 407-9, 495, 504, 508 e 513).

A consolidação dessas ideias em uma doutrina do constitucionalismo orientada tanto pelo apelo dos direitos quanto pelo apelo da soberania popular encontraria a sua formulação clássica em Kant. De modo geral, Kant é amplamente festejado como tendo desenvolvido a mais completa formulação das aspirações políticas iluministas, desenvolvidas por referência a uma “Constituição do individualismo burguês”.²⁶⁶ Todavia, no ambiente cultural anglo-saxão dominado pelos titãs Hobbes e Locke, Kant, estranhamente, era predominantemente lido como alguém que, ao enfatizar a autonomia moral do indivíduo, negligenciava a importância da autoridade política e da normatividade jurídica na determinação da conduta dos indivíduos. Essa leitura, quando não levava à total desconsideração das posições de Kant, suscitava formas de recepção do seu pensamento político e jurídico nas quais categorias como o imperativo categórico, a dignidade humana e a autonomia eram utilizadas acriticamente para respaldar a visão liberal mais deferente à noção de um interesse próprio *egoísta*, tal como intentado, por exemplo, por Nozick, o mais lockeano dos teóricos políticos contemporâneos, na concepção dos direitos do seu libertarianismo conservador.²⁶⁷ Esse quadro só se modificaria substancialmente a partir do monumental esforço teórico de Rawls, um crítico da visão liberal baseada no interesse egoísta, para, com referência às concepções de Kant, fundamentar um liberalismo político mais atento moralmente.²⁶⁸

²⁶⁶ Essa avaliação é de Schmitt, que, escrevendo em 1927, considerava que a concepção do direito de Kant ainda não havia sido “substituída por nenhuma nova fundamentação ideal”; cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, pp. 137-138.

²⁶⁷ Nozick considera que a sua concepção dos direitos é a única compatível com um imperativo categórico que exige tratar os indivíduos como um fim, e não como meio, cf. NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*, pp. 31-32. Mais radicalmente ainda, o anarquismo libertário de Robert Wolff, sabe-se lá como, pretendeu extrair da autonomia moral kantiana respaldo para rechaçar a possibilidade de qualquer determinação heterônoma da conduta humana: “Estritamente falando, para o homem autônomo não existe algo com um *comando*”, in WOLFF, Robert. *In Defense of Anarchism*, p. 14.

²⁶⁸ Cf. Rawls, John. *A Theory of Justice*, pp. 251-257. Fora do mundo anglo-saxão, mas claramente influenciado por Rawls, Habermas também se valeu da filosofia política e do direito de Kant na sua pretensiosa concepção

Segundo Kant, “os conflitos intermináveis de um razão simplesmente dogmática” impõem a busca por um fundamento “numa crítica dessa própria razão e numa legislação que nela se funda”. Invocando expressamente Hobbes, Kant afirma que “o estado de natureza é um estado de violência e de prepotência e devemos necessariamente abandoná-lo para nos submetemos à coação das leis, que não limita a nossa liberdade senão para que possa conciliar-se com a liberdade de qualquer outro, e desse modo, com o bem comum”.²⁶⁹ Segundo Kant, mesmo um “povo de demônios” poderia estabelecer essa comunidade submetida à coação das leis, se o princípio da natureza, que se orienta pelo interesse egoístico, fosse utilizado racionalmente para regular juridicamente as relações sociais. Numa palavra: ao invés de procurar-se instituir uma boa Constituição a partir da moralidade, trata-se de, pela Constituição justa, alcançar “a boa formação moral do povo”.

Para dar conta desse encargo, o direito é concebido, numa mais que evidente referência ao art. 4º da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, como “a limitação da liberdade de cada um sob a condição da sua compatibilidade com a liberdade de todos, tanto quanto isso é possível de acordo com uma lei universal”.²⁷⁰ e, mais especificamente, o Direito Público como “o conjunto das *leis exteriores* que tornam possível tal acordo geral”.²⁷¹ Essas leis exteriores não são leis criadas pelo

de um paradigma jurídico procedimental e da democracia deliberativa, cf. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, pp. 93-94 e 105-106.

²⁶⁹ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, p. 604 (na Segunda Seção, intitulada “A disciplina da razão pura relativamente ao seu uso polêmico”, da “Doutrina Transcendental do Método”).

²⁷⁰ KANT, Immanuel. *On the common saying: That may be correct in theory, but it is of no use in practice*, p. 290. O art. 4º da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* estabelecia: “A liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

²⁷¹ Na *Doutrina do Direito*, o conceito de Direito Público foi mais elaborado: “Direito Público [“Public right”, na versão inglesa] é conseqüentemente um sistema de leis para um povo, isto é, uma multitude de seres humanos, ou para uma multitude de pessoas, que, por afetarem uns aos outros, necessitam de uma condição justa sob uma vontade que os una, uma constituição”, in KANT, Immanuel. *The Metaphysics of Morals*, p. 455.

Estado, mas aquelas únicas leis que podem permitir a instituição de um Estado vinculado aos “puros princípios racionais do direito humano externo”. E como apenas leis racionais universais podem harmonizar esses conflitantes âmbitos de liberdade, a razão não pode se orientar por “qualquer fim empírico”.

Com isso, Kant rejeita a viabilidade jurídica de aspirações à felicidade, visto que desse tipo de pretensão, como seria, por exemplo, a superação das diferenças sociais existentes entre os indivíduos, “não pode ser obtido nenhum princípio universalmente válido para a elaboração das leis”. Daqui advém uma concepção da igualdade como igualdade formal dos súditos sob o direito, “totalmente compatível com a maior desigualdade no que se refere à quantidade e medida de suas posses, seja na superioridade física ou intelectual de uns sobre os outros, seja nos bens que lhe são exteriores e nos direitos em geral (dos quais pode haver muitos) em relação aos outros”.

Embora da perspectiva do seu âmbito material (objetivo) os direitos na visão kantiana tenham esse sentido bem restrito, do ponto de vista do seu do âmbito subjetivo os direitos eram concebidos de modo bem mais abrangente do que na concepção que prevaleceria posteriormente no Estado Liberal de Direito. É que a perspectiva kantiana, ao derivar os direitos da necessidade de compatibilização da esfera de liberdade de um indivíduo com respeito à liberdade dos demais indivíduos, é muito mais rica do que a concepção dos direitos públicos subjetivos característica do Direito Público europeu no século XIX, a qual, como se sabe, restringindo os direitos

fundamentais aos direitos de defesa em face do Estado, tem o seu âmbito subjetivo limitado à relação indivíduo-Estado.²⁷²

3.2 Das paixões aos interesses: o triunfo da sociedade comercial

Em *As paixões e os interesses. Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo*, Albert Hirschman analisou com extrema elegância os efeitos das ideias de alguns filósofos e moralistas sobre o espírito da sociedade comercial em consolidação na Europa entre os séculos XVII e XVIII. O propósito dessa história intelectual, que na narrativa de Hirschman articulou-se como um contínuo debate entre diversos autores daquele período sobre um tema comum, era explicar como o “amor pelo dinheiro,” o “desejo por poder e glória”, a “luxúria”, passaram da condição de paixões imorais para, pouco mais de um século depois, serem louvadas na forma do “impulso aquisitivo e das atividades a ele relacionadas, como o comércio, a atividade financeira e, depois, industrial”.²⁷³ Segundo Hirschman, diferentemente do empreendido intelectual conduzido por Weber, preocupado com a dinâmica social e os mecanismos psicológicos que levaram a uma disposição de espírito e ação capitalista dominada por uma preocupação com a salvação individual, o seu trabalho estava dirigido essencialmente a evidenciar que “a difusão das formas capitalistas deveu muito a uma busca igualmente desesperada por uma maneira de *evitar a ruína da sociedade*”.²⁷⁴

²⁷² Para essa interessante questão cf. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, p. 250.

²⁷³ HIRSCHMAN, Albert. *As paixões e os interesses. Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo*, p. 34.

²⁷⁴ HIRSCHMAN, Albert. *As paixões e os interesses. Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo*, p. 150.

Segundo Hirschman, o sentimento surgido no Renascimento, e consolidado no século XVII, no sentido de que a filosofia moral e a religião não tinham mais condições para conter as paixões humanas destrutivas levou à procura de caminhos alternativos para moldar o caráter da ação humana e, assim, evitar a ruína da sociedade. Hirschman identificou três linhas de argumentos utilizados no pensamento social dos séculos XVII e XVIII para dar conta das paixões que acometiam o “homem com ele realmente é”: a repressão, o aproveitamento das paixões, e a compensação entre as paixões.²⁷⁵

A estratégia repressora, que cometia ao Estado o encargo de reprimir, quando necessário com o uso da força, as manifestações mais perigosas das paixões, revelou-se ineficaz, visto que não era plausível a probabilidade de institucionalização de algum poder político em condições de exercer a autoridade repressiva necessária para conter as paixões. Essa constatação levou à consideração, já agora na via da ação civilizadora do Estado ou da sociedade, da alternativa do aproveitamento das paixões, da “transformação das paixões dilaceradoras em algo construtivo”. Hirschman identifica a enunciação mais refinada dessa estratégia numa formulação de Vico, no início do século XVIII, que, a seu ver, abarcaria a “astúcia da Razão de Hegel, o conceito freudiano de sublimação e, mais uma vez, a Mão Invisível de Adam Smith” (sic):

“Devido à ferocidade, avareza e ambição, os três vícios que desencaminhavam toda a humanidade, [a sociedade] cria a defesa nacional, o comércio e a política, e dessa forma produz a força, a riqueza e a sabedoria das repúblicas; devido a esses três grandes vícios que certamente destruiriam o homem sobre a terra, a sociedade faz assim com que surja a felicidade civil. Esse princípio prova a existência da divina providência: através das suas leis inteligentes, as paixões dos homens que estão inteiramente ocupadas com a busca da sua utilidade

²⁷⁵ HIRSCHMAN, Albert. *As paixões e os interesses. Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo*, pp. 34-36.

particular são transformadas numa ordem civil que permite aos homens vive na sociedade humana”.²⁷⁶

Um certo “elemento de transformação alquímica um tanto fora do tom em relação ao entusiasmo científico da época” enfraqueceu o acolhimento dessa estratégia, levando à consideração de uma terceira alternativa: “combater fogo com fogo”, ou seja, “utilizar um conjunto de paixões comparativamente inócuas para compensar outro conjunto mais perigoso e destrutivo ou, talvez, enfraquecer e domar as paixões através de combates exterminadores ao estilo *divide et impera*”.²⁷⁷ A lógica da compensação das paixões (“princípio da paixão compensatória”), de início, como, paradigmaticamente, ilustrada pela posição de Hobbes, baseada na crença de que a natureza humana é torpe e as paixões nocivas e destrutivas, seria em seguida recepcionada num ambiente cultural no qual a natureza humana e as próprias paixões estão “largamente reabilitadas”. Segundo Hirschman, foi Helvécius quem formulou de forma mais elaborada esse novo enquadramento do princípio, e produzindo relevantes implicações ao utilizar o termo “interesse” como um termo compreensivo das paixões positivas, das paixões compensadoras: “*Os moralistas poderiam ter com sucesso as suas máximas observadas se substituíssem dessa maneira a linguagem do interesse por aquela do dano*”.²⁷⁸ Mas a formulação dessa ideia que mais impressionou Hirschman foi a de Montesquieu: “*E é uma felicidade para os homens encontrarem-se numa*

²⁷⁶ Citado em HIRSCHMAN, Albert. *As paixões e os interesses. Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo*, p. 39.

²⁷⁷ HIRSCHMAN, Albert. *As paixões e os interesses. Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo*, p. 42.

²⁷⁸ HIRSCHMAN, Albert. *As paixões e os interesses. Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo*, pp. 49-50 (itálicos do original).

situação em que, ao mesmo tempo em que as suas paixões inspiram-lhes a ideia de serem maus (méchants), eles têm interesse em não sê-lo".²⁷⁹

Uma vez surgida, a noção de interesse revelou-se “um paradigma (*à la* Khun) e a maior parte da ação humana era subitamente explicada pelo interesse próprio”. Em comparação com as duas outras noções que haviam dominado, desde os gregos, o estudo da motivação humana — os antitéticos *razão* e *paixões* —, o *interesse* parecia uma “forma híbrida de ação humana” que “era considerada isenta tanto da destrutividade da paixão quanto da ineficácia da razão”. Além disso, acreditou-se que o interesse tinha algumas propriedades específicas que lhe conferiam maior atratividade como base para a institucionalização de uma base social viável. Ao contrário das paixões, os interesses eram previsíveis e constantes, de modo que, quando alguém perseguia os seus interesses, seja o soberano ou os indivíduos, ninguém era enganado. Havia uma vantagem para os outros na busca pelos indivíduos do seu interesse e “a possibilidade de um ganho mútuo surgia do esperado funcionamento do interesse”.²⁸⁰

Mas foi com a progressiva delimitação do sentido do interesse à esfera da “luxúria” (Mandeville), da “avareza” (Hume), aos interesses especificamente econômicos, que o pensamento social conseguiu apropriar-se da lógica do aproveitamento das paixões para alcançar uma condição humana mais valiosa, estruturante de uma nova ordem social. Chegado a esse ponto não causaria mais nenhuma perplexidade dizer que “existem poucas maneiras pelas quais um homem

²⁷⁹ HIRSCHMAN, Albert. *As paixões e os interesses. Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo*, p. 95 (itálicos do original). Hirschman ressalta ter ficado impressionado com a formulação de Montesquieu, levando-o a adotá-la como epígrafe, in HIRSCHMAN, Albert. *As paixões e os interesses. Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo*, p. 20.

²⁸⁰ HIRSCHMAN, Albert. *As paixões e os interesses. Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo*, pp. 52-77.

pode ser mais inocentemente empregado do que em conseguir dinheiro” (Dr. Johnson) ou que o comércio “refina e suaviza (*adoucit*) os modos bárbaros” (Montesquieu).²⁸¹

A partir dessa evolução nas mentalidades, Hirschman argumentou que, inicialmente, os pensadores do século XVIII acolheram e desenvolveram a crença de que benefícios *políticos* e *sociais*, particularmente no tocante à limitação de um governo autoritário, adviriam da livre persecução pelos indivíduos dos seus interesses aquisitivos. Autores como Montesquieu, *Sir James Steuart* e John Millar são por Hirschman apresentados como os principais defensores da ideia de que os interesses comerciais, que comandam o funcionamento da economia com a “delicadeza do relógio”, poderiam controlar e corrigir as tendências despóticas dos governantes.²⁸²

Todavia, segundo Hirschman, ao avançar, com a publicação de *The Wealth of Nations*, dos seus anteriores argumentos baseados na filosofia moral para uma argumentação estritamente econômica, Smith, diferentemente de Montesquieu e Steuart, construiu uma poderosa justificação *econômica* para a tese de que o interesse próprio, “egoístico”, levaria à obtenção de benefícios sociais. Para Hirschman, *The Wealth of Nations* tem um significado paradoxal: de um lado, ela ofuscou e contraposição entre interesses e paixão, em razão de Smith, na sua defesa da livre persecução do interesse aquisitivo particular, haver abandonado a distinção entre esses dois impulsos, para “ênfatisar os benefícios que essa busca traria, em vez dos perigos e desastres econômicos que ela poderia evitar”.²⁸³ Mas, de outro lado, ela efetivamente concebeu uma exitosa economia política baseada na crença de que a

²⁸¹ HIRSCHMAN, Albert. *As paixões e os interesses. Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo*, pp. 77-87.

²⁸² HIRSCHMAN, Albert. *As paixões e os interesses. Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo*, pp. 93-120.

²⁸³ HIRSCHMAN, Albert. *As paixões e os interesses. Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo*, p. 91.

comunidade como um todo realmente atingiria um melhor bem-estar material quando cada indivíduo é deixado livre para perseguir os seus próprios interesses aquisitivos, sem sofrer qualquer interferência, além da operação da mão invisível do próprio mercado, que assegura a harmonia naturalmente existente entre os interesses privados e os objetivos sociais.²⁸⁴

Como eu destaquei anteriormente, essa persuasiva argumentação de Hirschman para explicar o surgimento de uma nova ordem social estruturada com referência à ação e interação dos indivíduos no mercado só faz sentido como uma história intelectual do triunfo do capitalismo quando se considera nesse processo a fundamentalidade da dimensão concernente à tradução especificamente jurídica desses interesses em direitos individuais. E, intrigantemente, a obra de Hirschman não faz sequer uma alusão aos inúmeros argumentos intelectuais, apresentados no período analisado por ele, que enfatizavam a função indispensável exercida pelo direito, seja no sentido objetivo (*law*), seja no sentido subjetivo (*right*), na institucionalização da sociedade de mercado. Parafraseando o que o próprio Hirschman acentuou acerca da probabilidade de êxito da estratégia repressora para conter as paixões,²⁸⁵ era absolutamente nula a possibilidade de triunfo do capitalismo sem a vigência e eficácia das normas constitucionais que estabeleciam a infraestrutura jurídica indispensável ao funcionamento do mercado: as instituições (direitos de propriedade, direitos de personalidade, contratos, sistema financeiro, moeda etc.) e garantias (juízes, processo judicial, polícia etc.) que asseguravam a licitude e a proteção da conduta individual dirigida à persecução dos interesses privados.

²⁸⁴ HIRSCHMAN, Albert. *As paixões e os interesses. Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo*, pp. 120-133.

²⁸⁵ HIRSCHMAN, Albert. *As paixões e os interesses. Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo*, p. 38.

Essa crítica, embora infrequente, não é inédita. Numa das raras recepções não laudatórias da obra de Hirschman, Gianfranco Poggi apontou precisamente como uma fragilidade do seu trabalho a inexplicável omissão de uma “monumental tradição intelectual que se desenvolveu contínua e criativamente durante os séculos em que se passou a história escrita por Hirschman (tanto antes quanto depois), e que teve uma influência direta e substantiva sobre o seu tema”: “a tradição *jurídica* europeia (especialmente continental)”. Poggi acentuou que ao menos cinco “abordagens” jurídicas (“a recepção do Direito Romano, as codificações absolutistas, o direito natural secular, o direito público e o constitucionalismo”) foram desenvolvidas na Europa para, com apelo à coerção, superar os problemas que estavam na origem da evolução da dinâmica social que levaria ao triunfo do capitalismo: o controle das paixões e o arbítrio dos governantes.²⁸⁶

Além desses impropriedades substantivas, Poggi, também com acerto, a meu ver, considera que a omissão da dimensão jurídica na análise de Hirschman suscita ainda problemas metodológicos. É que a sua abordagem “endógena”, tratando cada argumento como uma resposta a uma dificuldade advinda de uma resposta anterior, ou como um refinamento dessa resposta, num grande debate entre os diversos autores, já havia sido superada na história intelectual pela abordagem “exógena” que relaciona os argumentos à posição social de quem o verbalizou ou o vincula aos contextos históricos em que haviam sido formulados. Finalmente, Poggi destaca um aspecto importante, que toca num ponto que mencionamos há pouco, ao tratar da institucionalidade compatível com a ideologia da sociedade de mercado: é que a omissão da dimensão jurídica na análise das causas do triunfo do capitalismo

²⁸⁶ POGGI, Gianfranco. “Economy and Polity: A Chastened Reflection of Past Hopes”, p. 398.

subtraiu ao trabalho de Hirschman a possibilidade de considerar o relacionamento entre conhecimento e política, algo a que a argumentação jurídica tradicionalmente dá atenção, em face da necessária interação entre a formação do pensamento sobre a instituição e a formação da instituição.²⁸⁷

É provável que a ausência no trabalho de Hirschman de qualquer referência ao vocabulário dos direitos subjetivos não decorra de alguma oposição sua ao reconhecimento do papel fundamental exercido pela linguagem dos direitos no triunfo do capitalismo. A meu ver, as causas para essa, de outro modo, inexplicável omissão estão associadas a razões de outra índole. De um lado, à opção científico-disciplinar de Hirschman de escrever uma história intelectual dos *argumentos especificamente políticos* que favoreceram o surgimento e o triunfo do capitalismo.²⁸⁸ De outro lado, e com maior relevância, aquela omissão encontra explicação no fato notável de que, ao tempo da publicação do estudo de Hirschman, ainda era dominante em alguns círculos intelectuais uma visão, digamos, “naturalista” que tinha por tão óbvio que o direito foi, é e sempre será estruturante na institucionalização de qualquer experiência política que não faria sentido algum perder tempo discutindo ou justificando esse *fait accompli*; enfim, uma visão que ainda não tinha sido confrontada e abalada pelos estudos históricos que demonstraram que, embora, de fato, seja um *fait accompli* a relevância do direito, como ordem normativa objetiva, para a institucionalização de qualquer experiência política, disso não decorreria que também

²⁸⁷ POGGI, Gianfranco. “Economy and Polity: A Chastened Reflection of Past Hopes”, p. 399. Como denuncia o seu fraseado, a afirmação de Poggi é uma bastante óbvia referência à metodologia contextualista na linha discutida na primeira parte desta tese.

²⁸⁸ Cf. a Introdução do seu livro, in HIRSCHMAN, Albert. *As paixões e os interesses. Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo*, pp. 25-27. De qualquer modo, isso não explica porque Hirschman, discutindo autores que viviam em um período em que ainda não existia essa deletéria especialização do conhecimento que caracteriza o nosso tempo, só se preocupou com os argumentos *políticos* desses autores que selecionou, sem qualquer consideração aos seus inevitavelmente conexos argumentos *jurídicos*.

seja um *fait accompli* a articulação dessa ordem jurídica objetiva (*law*) em termos de um vocabulário de direitos subjetivos (*rights*). Essa tendência pode ter sido agravada no caso de Hirschman pela oposição que a sua argumentação sugere ter existido entre um primeiro Adam Smith filósofo moral e um segundo Adam Smith economista política, uma orientação que não dá a devida consideração ao fato de que, desde a sua maturidade, Adam Smith era um intelectual que dominava profundamente a tradição da *jurisprudencia*, particularmente natural, e a linguagem dos direitos (*rights*) presente nos discursos políticos europeus.

Daí, a meu ver, merecer consideração o fato de Hirschman lamentar não haver lido — o que, segundo ele, fez com que a sua análise não refletisse tanto quanto seria desejável a coincidência de pontos de vista — precisamente uma dessas contribuições capitais empreendidas com o propósito de superar essa visão “naturalista”, meta-histórica, da política ocidental: nas suas próprias palavras, a “monumental” obra de John Pocock.²⁸⁹ Uma obra que, numa perspectiva crítica e à base dos pressupostos metódicos apresentados na primeira parte desta tese, descreve a dinâmica histórica na qual, contra as pretensões concorrentes e antagônicas, principalmente, do discurso republicano das virtudes cívicas, prevaleceu, no âmbito da sociedade comercial que triunfou no Ocidente a partir dos séculos XVII/XVIII, o vocabulário político articulado em termos de direitos subjetivos.

E precisamente no tocante ao cerne da argumentação de Hirschman — a fundamentalidade do livre curso das paixões de índole econômica para a consolidação

²⁸⁹ Cf. HIRSCHMAN, Albert. *As paixões e os interesses. Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo*, pp. 23-24. Louis Schneider, em outra importante análise da obra de Hirschman, também faz referência às contribuições que as formulações de Pocock poderiam ter aportado para enriquecer ou, mais provavelmente, impugnar os argumentos desenvolvidos em *As paixões e os interesses*; cf. SCHNEIDER, Louis. “On Human Nature, Economy, and Society”, p. 401.

da sociedade comercial —, Pocock é enfático no atribuir nesse processo um papel central à linguagem dos direitos subjetivos da tradição da *jurisprudencia* natural:

“Os apologistas do comércio, portanto, preferiram, a qualquer modelo histórico baseado no humanismo cívico, os modelos do direito natural e do *jus gentium* propostos por Grotius, Pufendorf, Locke e os juristas alemães, que enfatizavam o surgimento da jurisprudência civil a partir de um estado da natureza, visto que esse estado poderia ser prontamente equiparado ao barbarismo. Assim, a tradição da jurisprudência natural fez a sua reaparição na história (...) de mãos dadas com muitas das filosofias morais que se orientavam pela noção de paixão, e se valiam do estado da natureza para mostrar como, na história, as paixões foram moderadas pelo progresso do comércio e pela polidez”.²⁹⁰

Nos dois tópicos seguintes, intentaremos evidenciar a pertinência dessa leitura de Pocock, demonstrando, a partir da análise das formulações do mais importante dos economistas políticos, como a recepção do *ius naturae* pela linguagem da economia política (tópico 3.3), particularmente da linguagem dos direitos subjetivos cultivada no seu âmbito (tópico 3.4), foi decisiva para a institucionalização dessa visão da política comprometida com a realização dos interesses privatistas próprios à sociedade comercial.

3.3 Dos interesses aos direitos: a institucionalização da sociedade comercial entre a economia política e o *ius naturae*

As formulações de Adam Smith só podem ser compreendidas no contexto que dominava o pensamento político, social e jurídico europeu desde o *momento maquiavélico* da Renascença, envolvido em contínuas tentativas para encontrar fundamentos para a vida social desvinculados dos pressupostos metafísicos

²⁹⁰ POCOCK, John. “The mobility of property and the rise of eighteenth-century sociology”, p. 115.

que informavam os fundamentos mais amplamente acolhidos no Medievo para a ordenação social: autoridade e fé.²⁹¹ No amplo espectro de linguagens, temas, estratégias, princípios, argumentos, etc., implicados com os discursos políticos então articulados, a inserção do trabalho de Adam Smith nesse contexto intelectual vai se singularizar pela questão da qual ele vai partir para, ao final, engendrar uma visão (econômica) da política que revolucionaria as crenças e a experiência da sociedade ocidental: por que uma sociedade tão desigual e “egoísta” como a sociedade comercial atendia melhor às necessidades dos pobres comparativamente a sociedades anteriores mais igualitárias e virtuosas?

A discussão da sociedade comercial em termos da sua maior capacidade para oferecer uma resposta ao problema da pobreza não era nenhuma novidade intelectual.²⁹² Todavia, Smith vai ser o primeiro autor a oferecer uma alternativa à resposta tradicional a esse problema — a doutrina cristã da individuação da propriedade divina em uma comunidade de bens — que vai se preocupar em apresentar uma justificação analítica das vantagens econômicas da sociedade de mercado para enfrentar a questão dos direitos dos sem-direitos, dos sem-autonomia, dos sem-propriedade, dos sem-contratos. O problema que ensejou a formulação da economia política desenvolvida em *The Wealth of Nations* já tinha sido identificado por Adam Smith em *The Theory of Moral Sentiments*, numa célebre passagem na qual a livre persecução pelos “ricos” dos seus interesses “vãos e insaciáveis” é conectada à

²⁹¹ Para a discussão do modo como o pensamento de Smith se inseriu nesse contexto intelectual, cf. SCREPANTI, Ernesto; e ZAMAGNI, Stefano. *An Outline of the History of Economic Thought*, pp. 65-69.

²⁹² O problema dos direitos dos pobres à subsistência era um tema recorrente. E a conexão dessa temática com a sociedade comercial já tinha sido anteriormente empreendida, por exemplo, na teologia política de Locke, quando ele tratou da propriedade em *O Segundo Tratado sobre o Governo* (Locke, 1998: 407-9, 495, 504, 508 e 513).

noção de uma sociedade comercial por referência à atuação de uma certa “mão invisível”:

“Em todos os tempos, o produto do solo sustenta aproximadamente o número de habitantes que ele realmente é capaz de sustentar. O homem rico apenas seleciona no monte o que é mais precioso e agradável. Eles consomem pouco mais do que os pobres; e, a despeito do seu natural egoísmo e avidez (*rapacity*), embora eles pensem apenas na sua própria conveniência, embora o único objetivo que eles busquem com o trabalho dos milhares que empregam seja a satisfação dos seus desejos vãos e insaciáveis, eles dividem com os pobres o produto de todos os seus ganhos. Eles são levados por uma mão invisível a fazer quase a mesma distribuição das necessidades da vida que teria sido feita se a terra tivesse sido dividida em partes iguais entre todos os seus habitantes; e, assim, sem intencioná-lo sem sabê-lo, promovem o interesse da sociedade e fornecem meios para a multiplicação das espécies”.²⁹³

E a resposta apresentada em *The Wealth of Nations* objetivou, singelamente, demonstrar em linguagem e lógica econômica como essa “mão invisível” conduziria a sociedade comercial — um conjunto de homens ricos procurando independentemente a satisfação dos seus desejos “vãos e insaciáveis” a partir da utilização dos frutos da terra — a produzir uma distribuição dos bens necessários à vida equiparável à que seria produzida numa sociedade igualitarista; e, mais ainda, sem intenção e sem o seu conhecimento, a promover o bem-estar da sociedade e a supri-la com os recursos para a preservação da humanidade. Em suma, contrariamente à crença de que a sociedade seria beneficiada pela ação dos homens benevolentes, Adam Smith sustentava que era a ação dos indivíduos movidos pelo egoísmo que produzia mais bem-estar para todos. Os resultados revolucionários produzidos involuntariamente por esses homens egoístas — no caso, proprietários de terra e comerciantes — ao buscarem freneticamente satisfazer os seus interesses foram descritos por Smith em termos que se tornaram célebres:

²⁹³ SMITH, Adam. *The Theory of Moral Sentiments*, pp. 264-265 (Parte IV, Capítulo I).

“Uma revolução da maior importância para o bem-estar (*happiness*) público foi, assim, produzida por duas diferentes categorias de pessoas que não tinham a menor intenção de servir a sociedade. Satisfazer a mais infantil vaidade era a única motivação dos grandes proprietários. Os comerciantes e os artesãos, muito menos ridículos, agiam apenas com a visão o seu próprio interesse, na linha do princípio do mascate de tirar um *penny* de outro *penny*. Nenhum deles sabia ou previra essa grande revolução que a insensatez do primeiro e a diligência do segundo estavam progressivamente produzindo”.²⁹⁴

A justificação econômica engendrada por Smith para fundamentar a sua resposta baseava-se na ideia de que a divisão do trabalho e o incentivo à acumulação e à competição decorrentes da própria desigualdade existente na distribuição dos bens levariam ao crescimento da riqueza da sociedade, gerando um excedente que poderia ser parcialmente usado para elevar as condições materiais dos mais pobres. Como bem perceberam Hont e Ignatieff, a argumentação de Smith justificava a melhoria das condições dos pobres *em termos absolutos*, sem afetar a possibilidade de que, mesmo com o crescimento econômico, a “opressão” das classes superiores impedisse os mais pobres de crescer materialmente *em termos relativos*.²⁹⁵ Para o funcionamento dessa dinâmica comercial essencial era que os indivíduos tivessem confiança em que a sua personalidade, a sua propriedade, os seus contratos, os seus interesses, o seu *negotium*, estariam salvaguardados de toda interferência havida ilegítima, inclusive daquela oriunda do acolhimento de apelos para a continuidade ou a retomada do enfrentamento da questão social com base em políticas inspiradas em princípios caritativos. A mais eficaz garantia que a sociedade ocidental moderna conhecia para proteger esses bens e posições subjetivas imprescindíveis ao triunfo do capitalismo era aquela decorrente da força coercitiva do direito. E, no contexto espiritual

²⁹⁴ SMITH, Adam. *An Inquiry into the nature and Causes of the Wealth of Nations*, p. 179 (Livro IV, Capítulo IV).

²⁹⁵ HONT, Istvan; e IGNATIEFF, Michael. “Needs and justice in the ‘Wealth of Nations’”, p. 6.

dominante na Europa àquele momento, uma das mais influentes e disseminadas formulações atinentes à função do direito na vida social e aos seus fundamentos de legitimação era aquela que havia sido desenvolvido no âmbito da *jurisprudencia* natural, tendo por referência a noção de direito subjetivo. Como destacou Donald Winch, Smith, integrando uma expressiva linhagem de intelectuais escoceses que cultivavam a Jurisprudência — entre tantos, Gershom Carmichael e seu antecessor na cadeira de Filosofia Moral, Frances Hutcheson —, estava à vontade para “aceitar as categorias e os estilos de argumentação do direito natural como a moldura intelectual para as suas próprias inovações”.²⁹⁶

É importante observar, todavia, que esse entendimento quanto à compatibilidade entre as linguagens do direito natural e da economia política de Smith — para não falar do argumento muito mais exigente, aqui acolhido, no sentido de que o direito natural foi decisivo para o triunfo da sociedade de mercado — coloca-se em oposição a uma certa tradição da análise social contemporânea. Com efeito, a despeito da evidência histórica contrária, é dominante em alguns círculos intelectuais a ideia, construída a partir de uma oposição ingênua entre o normativismo do *ius naturae* e o empirismo dos iluministas escoceses, de que a linguagem da economia política operou no sentido da dissolução do direito natural como o eixo de institucionalização jurídica da sociedade ocidental moderna.²⁹⁷

²⁹⁶ WINCH, Donald. “Commercial Realities, Republican Principles”, p. 296. Em apreciação similar, Hont e Ignatieff afirmam que Smith apenas traduziu “na linguagem dos mercados um antigo discurso jurisprudencial articulado na modernidade por Grotius, Pufendorf e Locke”, in HONT, Istvan; e IGNATIEFF, Michael. “Needs and justice in the ‘Wealth of Nations’”, p. 2. Cf. ainda STEIN, Peter. “Adam Smith’s Jurisprudence. Between Morality and Economics”.

²⁹⁷ Com essa leitura, Habermas, por exemplo, sustenta que “as teorias da sociedade dos filósofos morais escoceses tinham, todavia, colocado em cheque o racionalismo das teorias jusnaturalistas, ao sustentarem que as práticas, costumes e instituições estabelecidas resistiam a uma concepção em termos de direito formal (sic). (...) Seja explicitamente desenvolvida ou tacitamente pressuposta, o fato é que essa premissa explica porque a análise econômica proveniente da filosofia moral escocesa lançou permanentes dúvidas sobre a

Por fim, consigne-se que outras apreciações da sociedade comercial consideravam as pretensões de Adam Smith intelectualmente implausíveis e sem possibilidades de alcançar êxito histórico.²⁹⁸ Para essas visões críticas, a ideia de que os direitos naturais poderiam fundamentar a institucionalização de uma sociabilidade alicerçada na livre persecução dos interesses egoísticos dos indivíduos punha-se em contradição com a compreensão que, pelo menos desde Hobbes, a cultura ocidental formara do moderno *ius naturae* como um fundamento *racional* para a *ordem* social. E uma *ordem racional* era a última coisa que esses críticos poderiam associar às instituições e práticas que se anteviam decorrer de uma vida baseada na lógica do mercado. Demais disso, entre os que compartilhavam essa visão, era recorrente o argumento de que, se a sociedade comercial era tudo isso que a economia política de Smith proclamava, a sua institucionalização, disseminando e tutelando juridicamente o egoísmo humano, não modificaria apenas a economia, para colocar o contrato no lugar do costume, mas todas as esferas do social, o que, ainda que também não intencionalmente, levaria, em seguida, à própria derrocada do capitalismo.²⁹⁹ Seja porque a crescente riqueza gerada pelo mercado conduziria os indivíduos a uma vida de luxúria, que destronaria os modos civilizados que o *doux commerce* conferiria aos homens, seja porque o espírito comercial, não conhecendo qualquer limitação que pudesse conter o seu ímpeto de transformação às fronteiras da sociedade tradicional pré-capitalista, acabaria também se voltando contra si mesmo, destruindo os próprios fundamentos da sociedade de mercado.

tradição do direito natural racional (sic)", in HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, pp. 43 e 45.

²⁹⁸ Para uma análise das concepções críticas à sociedade comercial, tanto as enunciadas contemporaneamente à formulação da economia política de Adam Smith quanto às que surgiram posteriormente, em reação ao triunfo do capitalismo, cf. HIRSCHMAN, Albert. "Rival Views of Market Society".

²⁹⁹ Nesse aspecto, a crítica à economia política de Marx apenas disseminou uma apreciação da sociedade comercial que já era sustentada pela reação conservadora à Adam Smith.

3.4 A teoria dos direitos na jurisprudência natural de Adam Smith

O exitoso empreendimento intelectual de Adam Smith³⁰⁰ distinguiu-se, assim, pela capacidade de se valer da linguagem da velha moralidade do direito natural para fundamentar uma nova visão moral na qual a legitimidade da ordem social, e a própria possibilidade da sua subsistência, era posta a depender de uma rigorosa delimitação entre a esfera de liberdade dos indivíduos e a atuação de um poder soberano comprometido essencialmente com a salvaguarda dessa liberdade.³⁰¹ O triunfo do capitalismo só foi possível pela institucionalização de uma base jurídica em termos de direitos subjetivos para essa sociedade cuja existência não dependia das políticas e decisões da vontade do soberano, mas sim da interação espontânea dos cidadãos na esfera do mercado na realização dos seus projetos e interesses individuais.

Smith partia de uma concepção da “*Jurisprudence*”³⁰² como “a teoria das normas (*rules*) com base nas quais os governos (*civil governments*) devem ser conduzidos. Ela procura identificar o fundamento dos diferentes sistemas de governos nos diferentes países, e evidenciar o quanto eles estão baseados na razão”.³⁰³ Esses governos tinham como o seu principal objetivo “manter a justiça entre os membros do

³⁰⁰ Para a jurisprudência natural de Hume, cf. a excepcional análise de Haakonssen; cf. HAAKONSEN, Knud. *The Science of a Legislator: The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*.

³⁰¹ O que não significa dizer, como freqüente e a-historicamente se faz, que a sociedade comercial desenvolveu-se num contexto institucional de um *Estado mínimo*. Do Estado que logrou erigir uma ordem social tão complexa como a sociedade comercial prevalente no Ocidente a partir do século XVIII, pode-se dizer quase tudo, menos que ele foi mínimo. Talvez a alargada e onerosa intervenção estatal para enfrentar a crise de 2008 do capitalismo enseje dessa feita uma maior atenção aos contextos históricos, levando à reconsideração do mito do Estado mínimo.

³⁰² Para a discussão do contexto acadêmico de Smith, cf. a introdução dos editores das *Lectures on Jurisprudence*. No sentido praticado por Adam Smith, “*Jurisprudence*” era ensinada nos cursos de Filosofia Moral, abarcando dois grandes temas: as questões de moralidade relacionadas à “*justice*”, e as questões de moralidade relacionadas às “*political regulations*” baseadas “*not upon the principle of justice, but that of expediency*”, in MEEK, R.L.; RAPHAEL, D. D.; e STEIN, P. G. “Introduction”, p. 4.

³⁰³ SMITH, Adam. *Lectures on Jurisprudence*, p. 5.

Estado e prevenir quaisquer interferências sobre os indivíduos por parte dos outros membros da sociedade” E, talvez, julgando não ter sido suficientemente claro, reenunciava esse objetivo com toda a precisão que a linguagem jurídica permitia: “isto é, manter cada indivíduo em seus perfeitos direitos”.³⁰⁴

No tocante ao sentido desses direitos, Smith encampava *in totum* a construção jusnaturalista de Pufendorf (“Esses direitos correspondem ao que Pufendorf denomina direitos naturais”), reconduzindo, todavia, as diversas posições subjetivas mencionadas pelo jurista alemão a três classes de direitos: (i) direitos que dizem respeito ao homem “na sua pessoa”; (ii) direitos que dizem respeito ao homem “na sua reputação”; e (iii) direitos que dizem respeito ao homem “na sua propriedade”, que se dividiam em direitos a “uma coisa em particular” e “direitos contra uma pessoa em particular”. A violação ao “direito ao livre comércio” ocorreria quando são praticadas evidentes “interferências (*incroachments*) sobre o direito que um indivíduo tem ao livre uso da sua pessoa (...) para fazer o que ela tem em mente, quando isso não se revela prejudicial a qualquer outra pessoa”.³⁰⁵

De transcendental importância para o propósito perseguido por Smith para alcançar uma base jurídica sólida para institucionalização da sociedade comercial foi a interpretação que, na sua *rights-based theory*, ele conferiu à tradicional distinção que Pufendorf havia estabelecido entre *jura perfecta* e *jura imperfecta*. Como vimos, Smith construiu a sua economia política a partir de um esforço para explicar o paradoxo de uma sociedade baseada na busca da satisfação de desejos “vãos e insaciáveis” ser mais capacitada para atender aos direitos dos necessitados do que as sociedades anteriores, que se preocupavam em termos morais, caritativos, com esses

³⁰⁴ SMITH, Adam. *Lectures on Jurisprudence*, p. 7.

³⁰⁵ SMITH, Adam. *Lectures on Jurisprudence*, p. 8-9.

direitos dos necessitados. Demais disso, também como vimos, essa busca da satisfação de desejos “vãos e insaciáveis” — ainda que não fosse essa a intenção dos indivíduos que atuavam no mercado — acabava promovendo o maior bem-estar da sociedade, o que assentava uma segunda legitimação para a sociedade comercial. Do ponto de vista da justiça, as sociedades que cuidavam das necessidades dos pobres em termos de direitos morais orientavam-se pelo princípio de *justiça distributiva*; a sociedade comercial, ao se estruturar em torno da dinâmica das trocas ente os agentes econômicos, orientava-se pelo princípio de *justiça comutativa*.

Portanto, era importante para Smith que, no enquadramento jurídico da sua economia política, ao valor positivo atribuído à conduta egoísta dirigida à satisfação dos interesses individuais, baseada numa concepção comutativa da justiça, correspondesse uma garantia jurídica articulada em termos de direitos (*rights*) e correspectivos deveres (*duties*); e, ao reverso, ao valor negativo atribuído à conduta caritativa dirigida ao acolhimento das demandas morais dos pobres, baseada numa concepção distributiva da justiça, se recusasse qualquer articulação jurídica em termos de direitos (*rights*) e deveres (*duties*).³⁰⁶

E foi exatamente isso que Smith conseguiu ao recepcionar e radicalizar a *jurisprudencia* natural de Pufendorf. Para tanto, Smith, na sua argumentação, partiu da distinção que Pufendorf tinha feito entre os direitos perfeitos, aqueles em que “nós temos um título para demandar e, se recusado, compelir o outro a realizar”, e os direitos imperfeitos, aqueles que “correspondem a deveres que devem ser realizados em relação a nós pelos outros, mas em relação aos quais nós não temos nenhum título

³⁰⁶ A “teoria do direito natural (*natural jurisprudence*) — particularmente a sua distinção entre justiça em ‘sentido estrito’ e justiça ‘distributiva’ — proveu Smith com a linguagem com base na qual ganhou forma a sua teoria das funções do governo em uma sociedade de mercado”, in HONT, Istvan; e IGNATIEFF, Michael. “Needs and justice in the ‘Wealth of Nations’”, p. 43.

para compeli-lo a realizar; eles têm todo poder para cumpri-los ou não”.³⁰⁷ Em seguida, Smith avançou para definir que o sentido “comum” para o termo “direito (*right*)” é como “um direito perfeito, e é o que se relaciona à justiça comutativa”. O uso do termo direito no sentido de um direito imperfeito — que Smith exemplifica precisamente com a hipótese do mendigo que é “destinatário (*object*) da nossa caridade” e de quem se pode dizer que “tem um direito a demandá-la” — “não é um uso apropriado, mas sim no sentido metafórico”. Esses direitos imperfeitos “referem-se à justiça distributiva”. Assentado isso, Smith afastou do âmbito da Jurisprudência os direitos imperfeitos baseados na justiça distributiva, integrantes de “um sistema moral”, limitando as preocupações da sua teoria jurídica adequada à sociedade comercial “exclusivamente aos direitos perfeitos e ao que é chamado de justiça comutativa”.

4. A despolitização e a “desmoralização” da linguagem dos direitos

4.1 Depois da revolução dos direitos

A ideia articulada na economia política de Smith no sentido de que os direitos eram o fundamento de uma nova ordem social baseada no mercado adquiriu expressão histórica com os movimentos revolucionários desencadeados na Europa e na América do Norte no final do século XVIII, particularmente com as declarações de direitos que explicitaram o novo credo político dominante.³⁰⁸ Embora essas

³⁰⁷ SMITH, Adam. *Lectures on Jurisprudence*, p. 9.

³⁰⁸ Nos limites desta tese não é possível aprofundar a discussão acerca das diferenças entre as revoluções do final do século XVIII e a Revolução Gloriosa. Limito-me a assinalar que a ideia de “revolução” que singularizou as abrangentes transformações políticas ocorridas no final do século XVIII, em geral associada a uma ação consciente e autoprocladamente legítima com vistas à radical modificação da ordem social e do fundamento do poder político (cf. por todos KOSELLECK, Reinhart. “Critérios históricos do conceito moderno de revolução”), não encontra plena correspondência com a experiência britânica, onde a modificação da política não se dirigiu à emancipação dos envolvidos nos eventos “revolucionários”, mas antes à restauração das liberdades asseguradas pela constituição antiga ou pelo *ius naturae*. Com posição similar com respeito à

declarações de direitos tivessem sido decisivas para a consolidação no direito positivo da ideia, “até então só conhecida no direito natural, dos direitos subjetivos do membro do Estado frente ao Estado”,³⁰⁹ permaneceu sob permanente debate a questão atinente ao valor jurídico das próprias declarações. Nessa discussão, desencadeada pelo art. 16 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*,³¹⁰ identificavam-se, de um lado, a posição que lhe negava valor jurídico, em razão de que a declaração não integrava a Constituição revolucionária de 1791, e, de outro lado, a posição que considerava que a declaração era um ato constituinte da Constituição de 1791 e, portanto, tinha valor jurídico.

Tão importante quanto essa questão do valor jurídico das declarações de direito revelou-se o problema da interpretação do sentido político e constitucional do projeto revolucionário. Esse problema foi suscitado pelo fato de que os ideais revolucionários levaram à “invenção” de distintas compreensões da Constituição e da linguagem dos direitos nas experiências europeia e norte-americana.³¹¹ A Revolução Francesa levou à consolidação de uma Constituição orientada ao futuro idealizado de uma ordem social mais justa: nela o indivíduo e o Estado eram libertados dos arcaicos poderes feudais, ensejando a afirmação, a um só tempo, da soberania nacional e dos direitos subjetivos nela positivados. A Revolução Americana, ao contrário, viu a

avaliação da Revolução Gloriosa, chamada inicialmente de *Restoration of Freedom* pelos seus defensores e por *Great Rebellion* pelos seus adversários, cf. BERMAN, Harold. *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, pp. 18-25.

³⁰⁹ JELLINEK, Georg. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: Respuesta del professor Jellinek a M. Boutmy*, p. 144. Influenciados pela *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, catálogos de direitos foram incorporados nas subseqüentes Constituições adotadas na França, começando na primeira Constituição revolucionária de 1791, com os *droits naturels et civils* das suas *Dispositions fondamentales garanties par la Constitution*, e findando na Constituição de 04 de novembro de 1848; na Constituição belga de 1831, na Lei dos Direitos Fundamentais do Povo Alemão, de 1848; na Constituição Prussiana de 1850, e na lei austríaca sobre os direitos gerais do cidadão, de 1867.

³¹⁰ “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

³¹¹ Para a análise dos direitos nas revoluções em termos de uma “invenção”, cf. BAKER, Keith. *Inventing the French Revolution: Essays on french political culture in the Eighteenth Century*; e HUNT, Lynn. *Inventing Human Rights. A History*.

emergência de uma Constituição garantista, fundamentalmente preocupada com a limitação da política com vistas à tutela dos direitos preexistentes dos indivíduos, o que, obviamente, impedia o acolhimento da visão estatalista da soberania prevalecente na Europa. Numa interpretação que se tornou clássica, Hannah Arendt traduziu essas diferenças em termos da tese das duas revoluções: de um lado, uma revolução constitucional, comprometida com a institucionalização de um novo fundamento jurídico para a política, no âmbito do qual poderiam até mesmo ser preservadas a classe social dominante e os principais institutos jurídicos estruturantes da ordem social; de outro lado, uma revolução social, orientada à transformação radical da classe titular do domínio político, com vistas à redistribuição da riqueza e à transformação dos princípios de aquisição da propriedade. Na crítica de Arendt, a Revolução Francesa não logrou impedir que as demandas por transformação social infirmassem a dimensão político-constitucional necessária a institucionalização de um espaço público de liberdade. Diferentemente, a Revolução Americana, não tendo que se preocupar com a superação de um quadro de miséria generalizada, teve condições para se dedicar à institucionalização da base constitucional do novo governo.³¹²

A leitura de Arendt encontrou a sua mais articulada impugnação num dos primeiros trabalhos em que, na linha que inspiraria os argumentos que seriam apresentados em *Faktizität und Geltung*, Habermas formula um juízo positivo acerca do papel da ordem constitucional burguesa resultante das revoluções para a emancipação política.³¹³ Na visão de Habermas, as duas revoluções seriam apenas interpretações distintas do direito natural: a Revolução Americana tomando o direito natural como uma experiência já realizada historicamente, em face da qual a ação

³¹² Cf. ARENDT. *On Revolution*, pp. 15-17.

³¹³ Cf. HABERMAS, Jürgen. "Natural law and revolution", de 1963.

política orientada por propósitos de transformação social teria um efeito disruptivo; e a Revolução Francesa considerando os ideais jusnaturalistas como uma meta ainda por alcançar. Para Habermas, na experiência norte-americana a Constituição simplesmente positivou direitos que, lockeanamente, eram considerados já atribuídos aos cidadãos pelo direito natural, com o que a prática política e constitucional não decorria de uma teorização, de uma apreciação filosófica da política, contemporânea à história, mas simplesmente da ratificação de um *commom sense* que fundamentava a ordem constitucional preexistente. Diversamente, na Revolução Francesa pela primeira vez se estabeleceu uma conexão entre uma compreensão da política ancorada num direito natural que olha para o futuro e a prática revolucionária: aqui o direito natural alicerça uma prática política que não se limita a trazer a ideia de “revolução das estrelas até a terra”, legitimando uma imagem da revolução política similar à de qualquer evento natural; ele introduz uma ideia de revolução que molda a “consciência de revolucionários ativos e que só pode ser conduzida por esses revolucionários”, mediante a conversão da revolução em uma ordem constitucional positiva.³¹⁴

No discurso dos constitucionalistas, essas leituras acerca dos distintos significados atribuídos à Constituição e à linguagem dos direitos na experiência europeia e norte-americana têm sido tradicionalmente traduzidas em termos dos efeitos do modo como a linguagem individualista dos direitos interagiu com outros dois vocabulários disponíveis à política naquele momento histórico: o vocabulário historicista da Constituição antiga e o vocabulário estatalista da *civil science* em linha

³¹⁴ Para a crítica à tese das duas revoluções, cf. por todos a posição de Ulrich Preuss, impugnando a inclinação de certos segmentos comprometidos com transformações sociais para tratar a revolução como um momento de insurreição “justificado a título próprio, por realizar imediatamente as promessas constitucionais de liberdade e igualdade”, e não como um pré-requisito para a revolução constitucional, “como um ato de libertação por meio do qual são removidos os obstáculos sociais postos no caminho das garantias constitucionais de liberdade e igualdade”; PREUSS, Ulrich. *Constitutional Revolution: the link between Constitutionalism and Progress*, pp. 81-90.

hobbesiana e rousseauniana.³¹⁵ Nesse *script*, a tendência da concepção individualista dos direitos para polemizar com o passado e situar a garantia da liberdade no reconhecimento de direitos naturais vai ser atenuada pelas diferentes visões acerca dos direitos e da liberdade reveladas por essas duas linguagens: no primeiro caso, uma visão que localizava na tradição dos tempos históricos imemoriais a origem e a legitimidade das liberdades, que, dessa forma, deveriam ser radicalmente protegidas das intromissões arbitrárias e contingentes dos poderes constituídos; no segundo caso, uma visão que, contrariamente, considerava a autoridade do Estado a única fonte legítima para a criação de direitos.³¹⁶ Nos limites dessa compreensão, considera-se que na experiência europeia a linguagem individualista dos direitos foi mais influenciada pelo discurso estatalista, levando à consolidação de uma Constituição orientada à construção de uma nova ordem social a partir da atuação dos poderes públicos; e que na experiência norte-americana, ao contrário, teria sido mais influente o discurso historicista, determinando a emergência de uma Constituição garantista, comprometida com a proteção tutela dos direitos pré-políticos dos indivíduos a partir da limitação da política.

Para a apreensão do sentido conferido à Constituição e aos direitos após as revoluções, é relevante ainda considerar como a política que se desenvolveu no Ocidente ao longo do século XIX se relacionou com a compreensão paradigmática acerca do sentido da ordem social e política que estava na base do exitoso projeto

³¹⁵ Para o enquadramento da posição de Rousseau no âmbito da linguagem da *civil science*, cf. WOKLER, Robert. "Saint-Simon and the passage from political to social science", pp. 328-331. Para a visão contrária, enfatizando a dependência do pensamento político de Rousseau com respeito à linguagem republicana, cf. VIROLI, Maurizio. "The concept of *ordre* and the language of classical republicanism in Jean-Jacques Rousseau".

³¹⁶ Para uma influente expressão da abordagem dominante entre os constitucionalistas acerca da relação entre os diferentes discursos sobre os direitos e os sentidos da Constituição na experiência constitucional européia e norte-americana, cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, pp. 56-95.

liberal: a economia política da sociedade comercial. E aí o meu argumento é no sentido de que, em continuidade à importância que ela teve para a concepção da sociedade comercial formulada por Adam Smith, a economia política permaneceu durante um longo período histórico como a expressão maior do pensamento moral, político e constitucional ocidental; foi, enfim, a sua teoria política. Como pensamento político dominante, essa compreensão da política em termos de uma moralidade econômica foi determinante para a conformação dos sentidos assumidos pela linguagem dos direitos nos discursos e na prática política ocidental depois das revoluções liberais, do mesmo modo que ela havia sido determinante na conformação do discurso dos direitos naturais da sociedade comercial smithiana. Portanto, eu sustento que essa visão abrangente das questões morais, políticas e constitucionais articulada em termos de produção e distribuição de *commodities* teve um amplo acolhimento na discussão e na prática da política ao longo da primeira metade do século XIX, de tal maneira que a crítica à economia política foi também ela expressão de uma economia política. Apenas a partir do final do século XIX, por efeito da consolidação de uma ciência social mais positivista, pretensamente livre de valorações, é que se consolidaria uma concepção da economia mais tecnicista, alienada das questões da política.

4.2 A formação do positivismo dogmático no *Jus Publicum Europeum*

Passo decisivo no sentido da transformação da linguagem dos direitos, e transformação fundamental para a emergência da compreensão *rights-based* que posteriormente se consolidaria no Direito Constitucional contemporâneo, ocorreu com o desenvolvimento no *Jus Publicum Europeum* ao longo do século XIX, como produto

do positivismo jurídico, da doutrina dos *direitos públicos subjetivos*. Segundo a crença dos envolvidos nesse processo, tratou-se de um mero movimento de aprimoramento técnico do direito, por força das demandas de uma influente ciência jurídica de índole positivista. Na realidade, todavia, também aqui o que determinou a emergência dessa nova faceta da linguagem dos direitos foi o impulso dos interesses da sociedade comercial, ainda que perseguidos na via de uma política baseada em princípios opostos aos que triunfaram nas revoluções liberais. Agora, uma vez que a economia capitalista já estava consolidada como uma *policy* de Estado, em decorrência da decisão política das forças sociais que controlavam o Estado, não fazia mais sentido cogitar ou tolerar a veiculação de postulações que tivessem por objetivo a reforma em sentido solidarista, menos ainda a superação em sentido socialista, da sociabilidade fundada numa moralidade econômica de mercado. O que se impunha agora era simplesmente o trabalho científico, lógico, de formulação de uma base jurídica para uma sociabilidade que, conquanto ainda estruturada no mercado, se assumia agora independente da política, uma inconcebível economia sem política, um antipolítico liberalismo meramente econômico.

Esse capítulo da história do pensamento político e jurídico só pode ser adequadamente compreendido se considerarmos as visões de Kant, discutida anteriormente, e Hegel acerca do papel do direito na realização da liberdade, e da repercussão dessas visões sobre os discursos e debates políticos que então eram travados na Europa no tocante às funções do direito, da Constituição e, mais especificamente no que diz respeito aos interesses desta tese, do conceito de direito subjetivo. E, ao contrário do que podem sugerir algumas interpretações contemporâneas das filosofias políticas de Kant e Hegel, o que diferencia as suas

posições não é a valoração, no primeiro, e a rejeição, no segundo, da liberdade, mas sim distintas compreensões da própria liberdade, o que forçosamente determina antagônicas visões no tocante à função da linguagem dos direitos na regulação da sociedade e do Estado.³¹⁷

Até a emergência e posterior consolidação do positivismo jurídico ao final do século XIX, o discurso político e constitucional na Europa, entre o final do século XVIII e a primeira metade do século XIX, era preponderantemente articulado com referência a concepções do *ius publicum* tributárias da doutrina de Kant. Aliás, nesse primeiro momento, o próprio sentido de *ius publicum* era ainda bastante fiel à linguagem que, desde o final do século XVII, se consolidara nos círculos jusnaturalistas. Com efeito, uma das principais divisões do *ius naturae* era o chamado *ius publicum universale*, que, combinado com a clássica *prudentia civilis*, era no ambiente iluminista ensinado e discutido como um direito político (ou constitucional) segundo a razão (*Staatsrecht nach Vernunft*), sob a denominação de Direito Político natural (*natürliches Staatsrecht*) ou Direito Político Geral (*algemeines Staatsrecht*). O elemento comum a essas diversas concepções era a velha noção de que o Estado é o produto de um contrato livremente acordado entre indivíduos racionais, para por fim aos conflitos que prevaleciam nas relações humanas na condição natural pré-estatal. A certeza de que esse fictício consenso voluntário harmonizaria precisa e mecanicamente o exercício da autoridade política com a liberdade dos indivíduos repousava na crença de que também os governantes estariam submetidos a “normas transcendentais

³¹⁷ Como assinala Enterría, se “toda a doutrina kantiana do direito está baseada na liberdade”, para Hegel a liberdade “é a base inteira do direito”; ENTERRÍA, Eduardo García. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, p. 86- 88.

(revelação, *ius divinum*) e a normas de direito natural”, que se constituíam em *Lex Fundamentalis* que eles deveriam obrigatoriamente observar.³¹⁸

A superação dessa concepção da liberdade jusnaturalista, contratualista e individualista foi o objetivo maior da Filosofia do Direito de Hegel, publicada em 1821. Embora partindo da mesma contraposição entre a coisa pública e o interesse privado que motivara o empreendimento revolucionário, que remonta à distinção do direito romano entre *ius privatum* e *ius publicum*, Hegel repudia a solução consolidada nos discursos liberais. Ele até acompanha Kant no atribuir um valor fundamental à noção de um direito à liberdade, qualificando-a mesmo como o elemento que distingue a modernidade das anteriores experiências sociais: “o direito à particularidade do sujeito em ver-se satisfeito, ou, o que é o mesmo, o direito da liberdade subjetiva, constitui o ponto crítico e central na diferença entre a Antiguidade e os tempos modernos”.³¹⁹ Todavia, Hegel faz esses direitos subjetivos dependerem absolutamente da lei, que confere à eticidade um conteúdo objetivo estável e superior aos caprichos privados.

Já em confronto direto com Kant, Hegel rejeita a ficção do contrato social como fundamento para o estabelecimento do Estado: o Estado não tem a natureza de contrato “e a sua essência substancial não é exclusivamente a proteção e a segurança da vida e da propriedade dos indivíduos isolados. É antes a realidade superior e reivindica até tal vida e tal propriedade, exige que elas lhe sejam sacrificadas”.³²⁰ Um Estado que se orientasse teleologicamente à salvaguarda de interesses privados se degradaria em um instrumento manipulável consoante as conveniências dos

³¹⁸ STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany: 1800-1914*, pp. 91-92. A exaustiva análise de Stolleis desenvolve o que aqui pudemos apenas insinuar: a progressiva passagem do bastão dos juristas kantianos para os hegelianos na conformação do Direito Público europeu do século XIX.

³¹⁹ HEGEL, Georg. *Princípios da Filosofia do Direito*, p. 110.

³²⁰ HEGEL, Georg. *Princípios da Filosofia do Direito*, p. 89.

indivíduos: o Estado “é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever”.³²¹

Também em oposição a Kant, que considerava a Constituição a base da formação moral-racional do povo, Hegel reputava impróprio cogitar-se formalmente do estabelecimento de uma Constituição, já que isso pressuporia “que não existe nenhuma constituição e que apenas há um agregado atômico de indivíduos”. E, ao contrário, a Constituição é “o que existe em si e para si, o que deve considerar-se como divino e imutável e acima da esfera do que é criado”.³²² Portanto, em oposição à concepção kantiana da soberania popular como o fundamento da legitimidade da criação do direito,³²³ Hegel defendia a soberania “do todo” realizada “na pessoa do monarca”, sem o qual “o povo é uma massa informe, deixa de ser um Estado e não possui qualquer das determinações que existem no todo organizado: soberania, governo, justiça, autoridade, ordens etc.”.³²⁴

Relevante da perspectiva histórica é que a subversão empreendida por Hegel no conceito de Constituição permitiu a ele oferecer uma solução para as reivindicações por segurança jurídica e política e estabilidade econômica veiculadas na Europa do século XIX, fazendo que as suas concepções prevalecessem sobre as

³²¹ HEGEL, Georg. *Princípios da Filosofia do Direito*, p. 217. Pérez Luño sustenta que a contradição entre a noção hegeliana de Estado ético e o os requisitos do *Rechtsstaat* impediram a evolução do Estado Liberal de Direito europeu, cf. LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 221; no mesmo sentido, cf. KELSEN, Hans. *Il problema della sovranità e la teoria del Diritto Internazionale*, pp. 355-356.

³²² HEGEL, Georg. *Princípios da Filosofia do Direito*, p. 217.

³²³ A formulação de Kant nesse ponto é particularmente expressiva: “A autoridade legislativa pode pertencer apenas à vontade coletiva de todo o povo. (...) Quando alguém decide sobre outro, é sempre possível que ele faça mal ao outro; mas ele nunca pode fazer mal no que ele decide a respeito de si mesmo. (...) Portanto, apenas a vontade coletiva e concorde de todos, na medida em que *cada um decide a mesma coisa para todos e todos para cada um*, e assim apenas a vontade coletiva geral do povo, pode ser legislativa”, in KANT, Immanuel. *The Metaphysics of Morals*, pp. 457-458.

³²⁴ HEGEL, Georg. *Princípios da Filosofia do Direito*, p. 257.

concepções kantianas e as expectativas que, a partir da das revoluções, se associaram ao direito, qualificado como um instrumento de limitação da política com vistas à tutela dos direitos individuais em uma sociedade de mercado. Aqui, como já afirmei, uma vez que a economia capitalista já estava consolidada como uma política de Estado, não havia espaço para projetos políticos que propugnassem a instauração de uma sociabilidade fundada numa nova moralidade econômica. Daqui em diante, e até as primeiras décadas do século XX, a Constituição passa a ser a ordem fundamental de uma sociabilidade que se assume baseada no mercado mas já agora sem política, erigida a “partir das vontades particulares das concretas forças sociais, mas de modo tal a produzir, ao final, a supremacia do universal, do interesse geral, da soberania do Estado”.³²⁵

Para a consolidação desse discurso político decisivos foram os eventos políticos ocorridos na Alemanha a partir da metade do século XIX: o malogro da revolução liberal de 1848 e a unificação da Alemanha sob a Constituição do *II Reich*. O movimento revolucionário de 1848 ensejou, na Alemanha, a instalação de uma Assembleia Constituinte, que editou, como lei constitucional, a “Lei dos Direitos Fundamentais do Povo Alemão”, de 1848, e elaborou a chamada Constituição de *Paulskirche* (de Frankfurt), de 1849. Por força da reação monarquista, a nova Constituição não chegou nem a entrar em vigor.³²⁶ Esse cenário se consolidaria com a Constituição do Império (1867-71), que igualmente não teve êxito em submeter a monarquia ao princípio democrático — obviamente, no sentido e no limite dos interesses da sociedade comercial —, produzindo uma solução de compromisso entre

³²⁵ FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione*, p. 135.

³²⁶ Um decreto federal de 1851 revogou formalmente os direitos fundamentais previstos na lei constitucional de 1848.

monarquia e a burguesia. Segundo a Constituição, o fundamento da unidade do Império não era o povo alemão, mas sim uma união de monarquias, que, além da administração do Império e do controle das forças armadas, detinha competência para participar no processo legislativo ao lado do parlamento eleito (o *Reichstag*). De qualquer maneira, o fato de a Constituição haver unificado o Império e, pela primeira vez, o *Jus Publicum vigente* na Alemanha, exigia uma interpretação sistemática do direito, criando as condições históricas para a consolidação do positivismo dogmático.

Consolidar esse projeto político, e isso, alegadamente, na via de uma teoria estritamente jurídica, apolítica, foi o encargo assumido pela maioria dos publicistas europeus a partir da segunda metade do século XIX. Carl von Gerber foi o primeiro autor de expressão a acolher esse novo discurso sobre o direito e a política que, diferentemente do que até então assumiam ostensivamente os juristas, se pretendia antipolítico. Segundo Gerber, a teoria jurídica só poderia abordar o Estado com referência a seus aspectos jurídicos, utilizando a dogmática do Direito Privado, pois que os conceitos civilistas fariam um “trabalho de carpintaria na construção do inteiro edifício do Direito do Estado”.³²⁷

Paul Laband daria continuidade a esse projeto de elaboração de uma compreensão positivista do direito, “pura, liberta de todos os elementos ‘não-jurídicos’ mediante a exclusão da história, da filosofia e de pontos de vistas políticos”.³²⁸ Já tomando por referência a Constituição do *II Reich*, Laband considerava o *Jus Publicum* algo estritamente lógico, cujo entendimento dispensaria a apreciação de qualquer elemento metajurídico. A função da teoria jurídica, no sentido de uma “teoria científica da dogmática de um determinado direito positivo”, era criar institutos jurídicos,

³²⁷ Cf. GERBER, Carl. *Diritto Pubblico*, pp. 29-41.

³²⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, p. 35.

reconduzir as proposições jurídicas a conceitos gerais e, em seguida, extrair desses conceitos novas implicações. Enfim, uma teoria jurídica legítima deveria limitar-se a identificar precisamente os conteúdos jurídicos positivados e a apreendê-los logicamente a partir dos conceitos já estabelecidos.³²⁹ Nem mesmo a Constituição estaria excluída dessa dinâmica, já que, sendo apenas uma construção jurídica concreta, ela também demandaria uma aplicação baseada nos conceitos jurídicos gerais. Como para Gerber, o modelo de Laband era a dogmática civilista, pois que os diversos conceitos formulados no domínio do Direito Civil seriam na realidade conceitos gerais do direito que apenas careciam de ser depurados dos seus traços especificamente privatistas. Portanto, embora “a simples transposição de princípios e regras de direito civil às relações do Direito do Estado” fosse equivocada, a crítica à metódica civilista não poderia dar margem à substituição da análise jurídica do direito por abordagens filosóficas ou políticas.³³⁰

No seu discurso juspositivista, Gerber e Laband demonstraram pouquíssima preocupação com os pressupostos metodológicos que deveriam informar as ciências sociais. Essa “lacuna” no trabalho dos dois principais expoentes do positivismo teórico evidencia que o seu esforço de construir uma metódica jurídica isenta de considerações políticas não decorria de uma exigência intelectual puramente lógica, mas sim das circunstâncias históricas em que se viu enredada a Alemanha àquele momento. Por conta da conformação política resultante do fracasso da revolução liberal de 1848 e da unificação da Alemanha sob a Constituição do Império Guilhermino, a burguesia alemã se viu forçada a contentar-se com a salvaguarda de sua

³²⁹ LABAND, Paul. *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, vol. I, pp. 1-3.

³³⁰ Na avaliação de Laband, a situação verificada no Império era tal que o maior risco para o Direito Público não era o de tornar-se excessivamente civilista, mas sim o de perder o seu caráter jurídico e degradar-se em meros comentários políticos circunstanciais — “literatura política de jornal” (cf. LABAND, Paul. *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, vol. I, pp. 4-5).

liberdade — principalmente, a sua liberdade econômica — em face do Estado, em detrimento da luta por participação na própria formação da vontade do Estado.³³¹

4.3 A linguagem dos direitos públicos subjetivos

O impressionante predomínio no discurso jurídico e político contemporâneo da linguagem dos direitos deve-se em grande medida ao êxito histórico, nas lutas desencadeadas na Europa a partir do século XIX, de uma ideia fundamental: o conceito de *direitos públicos subjetivos*. Obviamente, a análise dessa ideia é aqui importante tão-somente no que ela pode explicar sobre os traços fundamentais da feição histórica que a linguagem dos direitos assumiria no âmbito dos discursos jurídicos e políticos enunciados no *Jus Publicum Europeaum* a partir do final do século XIX. Com isso, assumimos como incompatível com os propósitos desta tese adentrar na discussão do anterior noção que está na base e a partir da qual, num processo de especificação, se constrói o conceito dos direitos públicos subjetivos: o próprio conceito de *direito subjetivo*.³³² Por evidente, mesmo reconhecida a consolidação do direito subjetivo como um *god-term* da teoria geral do direito, e não mais como uma categoria exclusivamente jusprivatista, não se justificaria num trabalho de Direito Constitucional aventurar-se no enfrentamento de uma questão tão

³³¹ Müller avalia que, em contradição com o seu discurso, a dogmática de Laband foi “tanto expressão quanto instrumento de uma política materialmente determinada”, dirigida a “proteger, contra críticas possíveis, a concepção monárquico-conservadora do Estado, a política antiliberal de Bismarck e, genericamente, as relações políticas e constitucionais existentes” (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, p. 35).

³³² Essa delimitação do escopo da análise é recorrente em trabalhos orientados por preocupações próprias do Direito Constitucional. Alexy, por exemplo, na sua influente teoria sobre os direitos fundamentais, se limita a uma breve referência às concepções de direito subjetivo de Jhering e Kelsen, contentando-se, com respeito a outros autores, com indicação de bibliografia em uma extensa nota de rodapé (cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 179-181). Da mesma forma, na doutrina brasileira, Sarlet assume expressamente o propósito de analisar, em termos gerais, o sentido do “termo ‘direito subjetivo’ como referido aos direitos fundamentais”, renunciando, de conseguinte, a examinar “até mesmo a interessante (mas inesgotável) discussão em torno da própria conceituação de direito subjetivo, ainda não completamente pacificada no seio da dogmática jurídica publicista e privatista” (cf. SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 149).

complexa e polêmica mesmo no domínio jurídico que lhe é próprio. Para evidenciar as dificuldades que nesse terreno se evidenciam, basta mencionar a advertência de Alexy no sentido de que, mesmo não sendo mais válida a observação de Kelsen dando conta de que o conceito de direito subjetivo era um dos mais estudados pelos doutrinadores,³³³ esse conceito continua envolvido em controvérsia.³³⁴

O vocabulário de *direitos públicos subjetivos* mais influente nos discursos jurídicos e políticos enunciados no *Jus Publicum Europeum* a partir do final do século XIX foi aquele elaborado por Georg Jellinek. A concepção de direito público subjetivo de Jellinek é um produto histórico do debate que, a partir da segunda metade do século XIX, instaurou-se na Europa relativamente à questão de saber se os direitos decorrentes da liberdade configurariam direitos subjetivos no sentido dos direitos subjetivos de natureza privada assegurados no Direito Civil. Num primeiro momento, esses direitos de liberdade, concebidos, desde posições jusnaturalistas, como “direitos naturais, inalienáveis e sagrados dos homens”, eram previstos apenas nas declarações de direitos. Apenas posteriormente, principalmente por influência da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* — que no seu art. 2º proclamava que “o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem” —, é que se viria a alcançar o reconhecimento desses direitos nas diversas Constituições europeias no século XIX. Ora, a recepção nos textos constitucionais desses direitos de liberdade, antes proclamados nas declarações jusnaturalistas, suscitaria, de uma forma absolutamente lógica, uma questão fundamental: a sua

³³³ KELSEN, Hans. *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado - Desarrollados com base em la doctrina de la proposición jurídica*, p. 494.

³³⁴ Alexy ainda ressalta que as dificuldades que tem suscitado a análise do conceito de direito subjetivo decorrem do fato de que as diversas posições referidas a esse conceito são bem mais complexas do que pretendem sugerir as várias construções doutrinárias (cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 173).

relação com a lei. Com efeito, como no Estado Liberal a lei é a fonte por excelência do direito — com o que verdadeiros direitos subjetivos serão apenas aqueles estatuídos pelo legislador —, a submissão do âmbito de liberdade individual à ação do legislador punha em causa se também os direitos de liberdade em face do Estado configurariam direitos subjetivos.

Deixando de lado aspectos secundários eventualmente enfatizados em uma ou outra orientação, podem ser reconduzidas a duas as posições essenciais enunciadas nos discursos políticos e jurídicos positivistas. Para uma posição, a estrutura dos direitos subjetivos de Direito Público é equivalente à dos direitos subjetivos de Direito Privado, distinguindo-se as duas espécies de direito subjetivo apenas pela natureza e posição das pessoas que nas respectivas relações jurídicas se fazem presentes: no primeiro caso, o Estado, que se apresentaria com preeminência e numa relação de subordinação com respeito ao indivíduo; no segundo caso, os particulares, que se colocariam numa relação de coordenação entre si. Para a outra posição, ao contrário, não haveria propriamente um direito subjetivo público do indivíduo, sendo esse assim chamado direito nada mais do que um efeito reflexo do próprio Direito Público em sentido objetivo.

O primeiro doutrinador a dar ênfase a essa questão desde a perspectiva da teoria jurídica foi Gerber, em 1852, fazendo-o, todavia, de um modo tão ambíguo que é difícil reconhecer se ele está afirmando ou negando a existência de direitos subjetivos fundados no Direito Público. Insurgindo-se contra a ideia de direitos naturais do homem, Gerber assentaria que os direitos públicos do *súdito* seriam apenas “um conjunto de efeitos de Direito Público” derivados não de algum âmbito

jurídico inerente ao indivíduo, mas sim da “existência abstrata da lei”.³³⁵ Segundo Gerber, esses direitos públicos se originariam e se desenvolveriam nos limites da vontade e do poder do Estado, tendo como objetivo a realização da vida coletiva e como significado algo essencialmente negativo: o fato de o Estado, ao dominar o indivíduo, deixar fora da sua influência apenas os aspectos da personalidade humana “que não podem submeter-se à ação coercitiva da vontade geral”.³³⁶

É a partir da crítica e de um esforço de conciliação das duas posições a que se reconduzem as diversas orientações atinentes ao problema dos direitos subjetivos fundados no Direito Público que Jellinek desenvolve o seu conceito de direitos públicos subjetivos. No tocante à posição que nega a existência de verdadeiros direitos subjetivos fundados no Direito Público, ele considera que a sua aceitação inviabilizaria a possibilidade de uma ordem jurídica e, dessa forma, da própria subsistência do Estado. É que, a seu ver, o “Direito somente é possível entre sujeitos de direito”, e os sujeitos de direitos, agindo no próprio interesse, são os únicos que “podem por em movimento a ordem jurídica”. E, conquanto essa faculdade, que cria o direito subjetivo, seja reconhecida aos indivíduos sobretudo na esfera do Direito Privado, ela depende da concessão pelo Estado da personalidade, da específica capacidade para que o indivíduo, no seu interesse pessoal, possa mobilizar a ordem jurídica. Isso determinaria a vinculação da personalidade ao Direito Público: ela é a “condição do Direito Privado e de toda ordem jurídica em geral, e tal condição, por esta razão vai intimamente associada com a existência dos direitos públicos individuais”.³³⁷

³³⁵ Cf. GERBER, Carl. *Diritto Pubblico*, pp. 67-82. Gerber falava em direitos do “súdito” e não do “cidadão”, por considerar esse último conceito essencialmente político, sem significação jurídica (cf. GERBER, Carl. *Diritto Pubblico*, p. 66).

³³⁶ Cf. GERBER, Carl. *Diritto Pubblico*, p. 67.

³³⁷ Cf. JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*, p. 313.

Com respeito à posição que defende uma equivalência estrutural entre direitos subjetivos de natureza pública e aqueles de natureza privada, Jellinek considera que ela não dá a devida atenção à absoluta diferença formal entre Direito Privado e Direito Público. Partindo da concepção do Direito Romano quanto aos distintos interesses resguardados pelo *jus publicum* e *jus privatum*, mas pretendendo superar o uniteralismo dessas duas posições, Jellinek conclui pela existência de direitos subjetivos de Direito Público, a partir de uma rigorosa diferenciação entre as diversas situações em que o ordenamento jurídico pode relacionar-se com a vontade humana.³³⁸

Em primeiro lugar, o ordenamento jurídico pode restringir a liberdade natural do indivíduo, prescrevendo uma determinada conduta. Ele pode também simplesmente reconhecer essa liberdade natural. Ele pode ainda acrescentar a essa liberdade — à “capacidade natural de agir” — algo que ela não possua por natureza. Finalmente, o ordenamento jurídico pode recusar-se a acrescentar alguma coisa à liberdade natural ou mesmo pode retirar esse *plus*, após concedê-la.³³⁹

Quando o ordenamento jurídico restringe a liberdade natural, impondo ou impedindo uma conduta, ele firma obrigações ou proibições para o indivíduo.

³³⁸ Na formulação tradicional, “*jus publicum est, quod ad utilitatem rei publicae spectat, jus privatum est, quod ad utilitatem privatorum spectat*”. Kelsen critica com contundência essa tradicional distinção, argumentando que é impossível estreimar-se o interesse público do interesse privado tutelado por uma norma (cf. KELSEN, Hans. *Problemas Capatales de la Teoría Jurídica del Estado - Desarrollados com base em la doctrina de la proposición jurídica*, pp. 550-551), já que, da ótica subjetiva, qualquer direito persegue um interesse individual (inclusive o interesse individual do Estado como sujeito de uma relação jurídica), e, da ótica objetiva, todos os direitos são protegidos no interesse geral e, nesse sentido, no interesse público, razão pela qual mesmo a aplicação do Direito Privado é cometida aos órgãos do Estado (cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 206). Kelsen também impugna os outros critérios mencionados na doutrina para distinguir o Direito Público do Direito Privado (sujeitos envolvidos na relação jurídica; posição de igualdade ou superioridade do Estado na relação jurídica; e existência de autonomia ou heteronomia na criação de obrigações para o indivíduo); cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, pp. 201-206.

³³⁹ Cf. JELLINEK, Georg. *Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi*, p. 50. Na mesma passagem, lê-se: “Ordens, proibições, permissões, concessões, denegações e revogações são as formas que assumem as relações do ordenamento jurídico com o indivíduo. As quatro últimas formas devem aqui ser objeto de uma ampla abordagem”.

Quando reconhece a liberdade natural do indivíduo, permitindo uma determinada conduta, o ordenamento jurídico estabelece uma faculdade, um âmbito de “licitude” (*Dürfen*) para o indivíduo. Finalmente, quando agrega algo à liberdade natural do indivíduo, concedendo-lhe a permissão para adotar determinada conduta, o ordenamento jurídico outorga ao indivíduo um poder (*Können*). Portanto, para efeito de diferenciação, é importante distinguir as situações em que os direitos subjetivos têm por conteúdo apenas um poder (*Können*), e as situações em que os direitos subjetivos agregariam a esse poder também uma faculdade, uma esfera de licitude (*Dürfen*). No primeiro caso, teríamos direitos subjetivos de Direito Público; no segundo caso, direitos subjetivos de Direito Privado.³⁴⁰

5. A linguagem contemporânea dos direitos constitucionais e a política liberal lochneriana

5.1 Linguagem dos direitos e supremacia judicial: a rearticulação lochneriana da política liberal

Em 1857 a Suprema Corte dos Estados Unidos da América invocou pela primeira vez os direitos previstos no *Bill of Rights* da Constituição para invalidar uma decisão política do Congresso norte-americano. Apreciando o caso *Dred Scott v. Sandford*, a Suprema Corte, numa decisão de consequências históricas, assentou que os direitos do proprietário do escravo Dred Scott não poderiam ser invalidados pelas disposições do *Missouri Compromise* que proibiam a escravidão em determinados territórios.³⁴¹ Decidiu ainda a Suprema Corte que, livre ou escravo, Dred Scott, sendo

³⁴⁰ Cf. JELLINEK, Georg. *Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi*, p. 64.

³⁴¹ Segundo decidiu a Suprema Corte, um ato legislativo que priva um cidadão de sua “liberdade ou propriedade” apenas em razão de ele ter levado a “sua propriedade para um particular território dos Estados

negro, não era um “cidadão” no sentido estabelecido na Constituição e, por conseguinte, não poderia propor uma ação perante a jurisdição federal. A surpreendente decisão da Suprema Corte suscitou uma contundente reação de Abraham Lincoln na qual ele verbalizava um argumento acerca da relação entre a política e o exercício do *judicial review* que, àquele momento, era amplamente dominante:

“Nós não propomos que, quando a Corte decidiu que Dred Scott era um escravo, nós, como uma turba, deveríamos decidir que ele era livre. Nós não propomos que, quando uma ou milhares de outras pessoas sejam consideradas escravos pela Corte, nós, por algum meio violento, deveríamos nos opor ao direito de propriedade assim estabelecido. Todavia, nós de fato nos opomos a que essa decisão seja considerada vinculante para os eleitores, de modo a impedi-los de eleger quem dela discorde; ou para os membros do Congresso ou para o Presidente, de modo a impedi-los de favorecer medidas opostas aos princípios estabelecidos naquela decisão”.³⁴²

Em 1905, a Suprema Corte norte-americana, apreciando o caso *Lochner v. New York*, decidiu que o Poder Legislativo do Estado de Nova York não poderia estabelecer uma jornada máxima de trabalho para os padeiros, porquanto esse tipo de regulação das relações de trabalho restringia o direito dos empregados a celebrar livremente os contratos que fossem do seu interesse, direito esse que seria expressão da liberdade individual protegida pela XIV Emenda da Constituição norte-americana. *Lochner v. New York* é uma das mais citadas, discutidas e criticadas decisões da Suprema Corte, tendo, como destaca Sunstein, a singular característica de “dar nome a um período inteiro do Direito Constitucional”.³⁴³ Esse período, a *Era Lochner*, é

Unidos” não poderia ser “dignificado com o nome de devido processo legal”, *Dred Scott v. Sandford*, 60 US 393 (1857).

³⁴² *Apud* TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*, p. 723. Para a discussão das implicações constitucionais do argumento de Lincoln, cf. ROCHA JÚNIOR, José Jardim. “*Quis custodiet ipsos custodes? O stare decisis e o efeito vinculante nas decisões da Suprema Corte*”, pp. 115-118.

³⁴³ SUNSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*, p. 45.

caracterizado por um intenso ativismo por parte de uma Corte comprometida em diversas decisões em sustentar uma ordem econômica articulada em termos de mercado absolutamente livre de quaisquer restrições estatais tendentes a assegurar direitos trabalhistas e a regular a atividade comercial e industrial. No que se segue, eu pretendo demonstrar que o argumento *lochneriano* não é distintivo apenas de um período delimitado de jurisprudência constitucional no qual a Suprema Corte norte-americana se comprometeu radicalmente com a defesa de um “laissez-faire capitalism”,³⁴⁴ mas, antes, que ele articula uma nova compreensão da relação entre a política e a Constituição que vai singularizar o constitucionalismo ocidental no século XX, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. Nesse novo contexto, aquilo que pela primeira vez havia sido proclamado e causado perplexidade em *Dred Scott v. Sandford* passará a ser o elemento distintivo da política e do direito liberal: que os direitos constitucionais poderiam ser invocados pelos juízes para invalidar as decisões políticas tomadas pelos órgãos do Estado escolhidos pela soberania popular. É sobre essa exitosa rearticulação *lochneriana* da política liberal que eu quero tratar neste momento.

A compreensão do contexto em que foi prolatada a decisão em *Lochner v. New York* reclama o exame da orientação assumida pela Suprema Corte norte-americana no período compreendido entre 1890, quando foi decidido *Chicago Milwaukee and St. Paul Railroad Co. v. Minnesota*, e 1937, já no segundo período de governo de Franklin Roosevelt.³⁴⁵ Nesse período, a doutrina do *clear mistake*,

³⁴⁴ ACKERMAN, Bruce. “Beyond Carolene Products”, p. 744.

³⁴⁵ Parte do que se apresenta nos próximos parágrafos integra um texto meu que foi ilicitamente apropriado por outrem como capítulos de sua autoria em obra de Direito Constitucional publicada em outro país.

enunciada em termos clássicos por James Thayer,³⁴⁶ fora deixada de lado em favor de apelos como os do *Justice* David Brewer, que, alertando contra os perigos da “bandeira negra do anarquismo, apregoando a destruição da propriedade, e a bandeira negra do socialismo, incitando à redistribuição da propriedade”, defendia o fortalecimento do Judiciário no enfrentamento das questões políticas.³⁴⁷ Instigada por apelos dessa índole, nesse período a Suprema Corte invalidou diversas legislações estaduais dirigidas a regular as relações do trabalho, notadamente entre os anos de 1905 e 1937, configurando uma era de ativismo judicial às avessas — no sentido de que empenhado em derrubar direitos legalmente estabelecidos e não a criá-los jurisprudencialmente —, radicalmente comprometido com a defesa de uma ordem econômica capitalista e, no plano político, com a aceitação de restrições extremas a atividades políticas de matiz socialista.³⁴⁸

No que interessa a esta análise, a questão girava em torno da interpretação da parte da XIV Emenda (1868) que estendia aos Estados a restrição que a V Emenda do *Bill of Rights* impunha ao Governo Central, estabelecendo que “nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”. Na sua primeira decisão acerca do conteúdo dessa cláusula (*Slaughter-House Cases*), a Suprema Corte decidiu que a provisão da XIV Emenda possuía o mesmo sentido da equivalente cláusula da V Emenda, é dizer, era de natureza meramente processual

³⁴⁶ Segundo essa regra, os juízes só deveriam declarar inconstitucional uma lei quando “aqueles que têm o direito de fazer leis tenham não apenas cometido um erro, mas sim um erro muito evidente — tão evidente que ele não está aberto a um questionamento racional”, in THAYER, James. “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, p. 144.

³⁴⁷ Brewer se dizia “firmemente persuadido de que a salvação da Nação, e a preservação do governo do e pelo povo, depende da independência e do vigor do Judiciário para deter a inclinação do sentimento popular, para restringir a mão voraz de muitos de afanar o pouco que alguns têm honestamente adquirido”, *apud* MURPHY, Walter *et al.* *American Constitutional Interpretation*, p. 598.

³⁴⁸ Cf. *Gitlow v. New York*, 268 US 652 (1925), em que a Suprema Corte manteve a condenação penal imposta ao militante socialista Gitlow por distribuir panfletos convocando uma greve geral e defendendo a implantação do socialismo; e *Whitney v. Califórnia*, 274 US 357 (1927), igualmente mantendo a condenação imputada a Anita Whitney por integrar o *Communist Labor Party*.

(*procedural due process*), deixando, de conseguinte, de acolher o pleito de centenas de açougueiros para invalidar a lei de Louisiana que assegurava um monopólio de 25 anos ao frigorífico *Crescent City Live-Stock and Slaughther-House Co.* Ainda assim, a Suprema Corte dava um primeiro passo no sentido da *lochnerização* do Direito Constitucional ao se autoproclamar na sua *opinion* como um “censor permanente de todas as legislações estaduais”.³⁴⁹

Foi apenas em 1890 que, a partir da tradicional fórmula do *due process of law*, que sempre se entendera assegurar apenas um direito a um processo regido por lei para se privar alguém da sua vida, liberdade ou propriedade, a Suprema Corte iniciou a sua revolução judicial para conformar um verdadeiro *substantive due process*, ou seja, uma garantia muito mais abrangente que tutelava já aqueles próprios valores em face de legislações consideradas arbitrárias ou desarrazoadas. O primeiro passo nesse novo caminho foi dado com a decisão em *Chicago Milwaukee and Saint Paul Railroad v. Minnesota*,³⁵⁰ na qual a Corte, invocando “*standards of reasonableness*”, considerou inconstitucional a lei de Minnesota que tabelava as tarifas ferroviárias, ao argumento de que, uma vez negado à empresa o direito de cobrar tarifas adequadas, a recusa do Judiciário em remediar essa situação configuraria uma privação do “uso lícito de sua propriedade, e, assim, em substância e em efeito, da propriedade sem o devido processo legal”.

A nova orientação da Suprema Corte seria refinada em *Allgeyer v. Louisiana*.³⁵¹ Aqui, à unanimidade, a Corte declarou inconstitucional uma lei de Louisiana que proibia empresas de seguros de outros estados de operar em seu

³⁴⁹ *Crescent City Live-Stock and Slaughther-House Co*, 83 US 36 (1873).

³⁵⁰ *Chicago Milwaukee and Saint Paul Railroad v. Minnesota*, 134 US 418 (1890)

³⁵¹ *Allgeyer v. Louisiana*, 165 US 578 (1897).

território, a menos que mantivessem um escritório e um representante autorizado em Louisiana. No voto que conduziu a decisão, o *Justice* Peckham expressou com rara clareza o entendimento que passava a balizar as decisões da Suprema Corte:

“A liberdade mencionada nesta [XIV] Emenda significa não apenas o direito do cidadão ser livre de restrição física sobre a sua pessoa (...), antes o termo é dirigido a abarcar o direito de o cidadão ser livre para desfrutar todas as suas faculdades; para usá-las de todos os modos lícitos; para viver e trabalhar onde desejar; para obter a sua sobrevivência por meio de qualquer profissão lícita; para perseguir qualquer meio de vida ou vocação; e para esse propósito celebrar todos os contratos que sejam apropriados, necessários e essenciais a conduzir a um resultado bem sucedido esse propósito”.

Esse período de governo dos juízes deferentes ao *laissez-faire* seria, enfim, consolidado em 1905, em *Lochner v. New York*.³⁵² Examinava-se a constitucionalidade de uma lei de Nova York que limitava a jornada de trabalho nas padarias a 60 horas semanais e 10 horas diárias. Contrariando a orientação que estabelecera em *Holden v. Hardy*,³⁵³ a Suprema Corte considerou que a lei em questão não poderia ser acolhida como uma regulação legítima das relações de trabalho, tendo em vista que os padeiros, possuindo plena capacidade jurídica e não estando na condição de “tutelados (*wards*) do Estado”, poderiam por si mesmos decidir se lhes conviriam as condições de trabalho propostas pelos empregadores. No seu voto, acolhido por maioria, o *Justice* Peckham sustentou ser evidente que o verdadeiro propósito da legislação — uma “mera interferência indevida nos direitos dos indivíduos” — era “simplesmente regular a jornada de trabalho entre patrões e empregados (...) em um negócio privado não ofensivo em qualquer grau à moral ou, em algum real e substancial nível, à saúde dos empregados”. Portanto, e esse era o ponto

³⁵² *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905).

³⁵³ Em *Holden v. Hardy*, 169 US 366 (1898), a Corte havia considerado constitucional uma lei de Utah que limitava em 8 horas a jornada de trabalho nas minas, em razão dos riscos para a saúde decorrentes desse trabalho.

que revolucionaria o Direito Constitucional dos Estados Unidos e a política ocidental no século XX, concluiu a Suprema Corte que iniciativas legislativas dessa natureza violavam o direito dos indivíduos “a celebrar contratos alusivos a seus negócios”, direito esse que seria “parte da liberdade do indivíduo protegida pela XIV Emenda da Constituição Federal”.

Nos anos seguintes, essa orientação da Corte deferente ao liberalismo econômico seria reafirmada em vários julgados. Assim, a Corte anulou diversas leis que regulavam preços de serviços ou produtos: dos serviços de táxi (*Terminal Taxicab Co. v. District of Columbia*), de vestimentas (*Wolff Packing Co. v. Court of Industrial Relations*), de ingressos de teatro (*Tyson and Bros. V. Banton*), da gasolina (*Williams v. Standard Oil Co.*). Do mesmo modo, foram impugnadas leis que fixavam um salário mínimo para as mulheres (*Adkins v. Children’s Hospital* e *Morehead v. New York*) e para os trabalhadores da construção civil (*Connally v. General Const. Co.*).³⁵⁴

Esse ativismo judicial acirrou-se a partir de 1933, com a implantação do *New Deal*, o conjunto de medidas econômicas adotadas pelo Presidente Franklin Roosevelt, para superar a depressão econômica nos Estados Unidos. Enquanto no período de 129 anos decorrido entre *Marbury v. Madison* e a eleição de Roosevelt a Corte havia considerado inconstitucionais apenas 54 atos legislativos (uma média de um caso a cada 2 anos e meio), nos anos de 1933 a 1936 ela invalidou 11 leis do Congresso relacionadas ao *New Deal* (média de quase três casos por ano). Entre as normas invalidadas estava um dos esteios do *New Deal*, a saber, a Seção 3 do *National Industrial Recovery Act*, de 1935, que delegava ao Presidente poderes para aprovar

³⁵⁴ As referências aos casos mencionados são: *Terminal Taxicab Co. v. District of Columbia*, 241 US 252 (1916); *Wolff Packing Co. v. Court of Industrial Relations*, 262 US 522 (1923); *Tyson and Bros. V. Banton*, 273 US 418 (1927); *Williams v. Standard Oil Co.*, 278 Us 235 (1929); *Adkins v. Children’s Hospital*, 261 US 525 (1923); *Morehead v. New York*, 298 US 587 (1936); *Connally v. General Const. Co.*, 269 US 385 (1926); e *Hammer v. Dagenhart*, 247 US 251 (1918).

acordos nacionais com o objetivo de regular preços, salários, horários e regras de comércio. A Corte, em decisão surpreendentemente unânime, entendeu que a disposição questionada violava de um modo sem precedente a Constituição, visto que ela não estabelecia regras ou padrões para regular a atividade industrial, mas, ao contrário, simplesmente investia o Presidente de poderes para fazê-lo, o que configuraria uma indevida delegação de autoridade legislativa.³⁵⁵

A mudança de orientação da Suprema Corte aconteceria apenas a partir de 1937, com a proposição pelo Presidente Roosevelt do seu famoso *Court Packing Plan*, que lhe permitiria, com o consentimento do Senado, designar um novo membro para a Suprema Corte sempre que um *Justice* chegasse a 70 anos e não se aposentasse. Nas condições então presentes, isso significaria a nomeação de 6 novos juízes, elevando a composição da Corte para 15 membros. Sentindo a acolhida do propósito do Presidente junto à sociedade, a própria Suprema Corte reformulou a sua posição, passando a aceitar um papel mais intervencionista do Governo na regulação das atividades econômicas e das relações trabalhistas, o que acabou por tornar dispensável a própria implementação do *Court Packing Plan*. O caso que assentou a mudança na interpretação do sentido do direito à liberdade assegurado na Constituição foi *West Coast Hotel Co. v. Parish*,³⁵⁶ no qual se questionava uma lei do Estado de Washington que fixava um salário mínimo para as mulheres. Por 5 votos a 4, a Suprema Corte considerou a lei constitucional, argumentando que “a Constituição não fala de liberdade de contratar. Ela fala de liberdade e proíbe a privação da liberdade sem o devido processo legal”. Além disso, a Corte reconheceu que os patrões e os

³⁵⁵ *Schechter Poultry Corporation v. United States*, 295 US 495 (1935).

³⁵⁶ *West Coast Hotel Co. v. Parish*, 300 US 379 (1937).

empregados não se encontram igualmente livres na negociação dos contratos, o que era ainda mais evidente quando se tratava das mulheres.

Lochner v. New York e as decisões que, acolhendo o novo sentido conferido pela Suprema Corte ao direito à liberdade, se lhe seguiram têm sido objeto de frequentes e variadas críticas no debate constitucional. Algumas dessas críticas dizem respeito a questões de conteúdo, enfatizando que neste período a Suprema Corte comprometeu-se além do que seria plausível com a defesa a partir da Constituição de uma concepção econômica baseada no *laissez-faire*. Da perspectiva do direito constitucional estrito senso,³⁵⁷ a principal fragilidade do argumento *lochneriano* residia na ausência de qualquer fundamento plausível na história constitucional norte-americana para o novo sentido conferido a cláusula do *due process of law*. Desde a *Magna Charta*, essa cláusula sempre foi compreendida como estabelecendo uma garantia processual — ainda que dirigida a assegurar um processo justo (*fair decision-making process*), na sua versão mais forte —, que não tinha nenhuma correlação com a ideia de um *substantive due process*. Como ressaltou Ely, se levada em consideração a tradição constitucional, a noção de um “*substantive due process* é uma contradição em seus próprios termos”.³⁵⁸ Do mesmo modo, a liberdade para contratar, reconhecida como direito constitucional na *Era Lochner*, não guardava qualquer correlação com a liberdade protegida pelas V e XIV Emenda da Constituição norte-americana. Como afirmado em *West Coast Hotel Co. v. Parish*, “a Constituição não fala de liberdade de contratar. Ela fala de liberdade e proíbe a privação da liberdade sem o devido processo legal”. Finalmente, as decisões da Suprema Corte na *Era*

³⁵⁷ Remeto aqui à distinção estabelecida na Primeira Parte da tese, tópico 1.1, entre teoria constitucional e direito constitucional estrito senso.

³⁵⁸ ELY, John. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, p. 18.

Lochner desconsideravam totalmente os seus precedentes que legitimavam a regulação por parte do Poder Público dos negócios privados que afetavam o interesse público, particularmente no tocante à proteção da saúde e da integridade física dos trabalhadores.³⁵⁹ Tribe destaca que essa análise mais conservadora da relação entre os objetivos da legislação e os meios nela previstos para a sua consecução se converteu em um elemento central na “estratégia judicial no período *Lochner* para tornar vulnerável a legislação sócio-econômica”.³⁶⁰

Muito mais significativas, todavia, foram as implicações da *Era Lochner* para a compreensão da relação entre a política e o direito que se consolidaria na sociedade ocidental, estabelecendo um novo paradigma para a discussão e a resolução das questões de moralidade política. Agora recebia acolhimento a ideia de que, a título da defesa dos direitos constitucionais, o exercício pelos juízes da competência para a aferição da conformidade constitucional das normas e atos do poder público, reconhecida um século antes em *Marbury vs. Madison*,³⁶¹ poderia se transmutar num controle da legitimidade do próprio processo político, levando à invalidação das decisões de instituições e agentes públicos acerca da alocação, distribuição e dos custos dos bens e direitos entre os diversos segmentos sociais.³⁶² O risco de que o sentido da Constituição e do *judicial review* pressuposto na argumentação *lochneriana* poderia ter implicações tão abrangentes era percebido nos votos dissidentes de Holmes e dos outros *justices* — em geral, Brandeis, Cardozo, Frankfurter e Stone — que resistiam ao novo paradigma constitucional tomando por referência, principalmente, a doutrina do *clear mistake*. Para essa dissidência, nos casos em que

³⁵⁹ Cf. a já citada *Holden v. Hardy*, 169 US 366 (1898), e *Munn v. State of Illinois* 94 US 113 (1876).

³⁶⁰ TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*, p. 1348.

³⁶¹ *Marbury vs. Madison*, 5 US 137 (1803).

³⁶² SUNSTEIN, Cass *et al.* *Constitutional Law*, p. 739.

não havia uma clara decisão no texto constitucional, a Suprema Corte não poderia, à guisa de interpretar a Constituição, fazer prevalecer as suas visões particulares acerca do que seria mais legítimo em matéria de moralidade política sobre as visões reveladas pela própria sociedade por meio do processo político. Em *Lochner v. New York*, Holmes enunciou classicamente esse argumento, sustentando que a XIV Emenda não tinha positivado o “darwinismo social” de Herbert Spencer, de modo que a liberdade nela protegida é mal interpretada “quando utilizada para impedir o resultado natural de uma opinião dominante”. Mas essa resistência foi insuficiente para deter o triunfo do constitucionalismo *lochneriano* e a sua crença na legitimidade da conversão dos vícios e virtudes privadas dos juízes em direito constitucional. De qualquer modo, essa argumentação dissidente operou como a base para a crítica que desde então se tem feito continuamente ao constitucionalismo *lochneriano*, na linha de que o *judicial review* não configura uma prática institucional adequada para revelar as razões públicas do *constitutional policymaking*.³⁶³

Em termos do discurso atual sobre a Constituição e os direitos, pode-se dizer que a rearticulação *lochneriana* da política liberal representou o triunfo da ideia, que com Dworkin receberia a sua formulação mais influente, de que os direitos têm que ser compreendidos como “*trumps*” que prevalecem sobre as decisões políticas da comunidade. Como sustentou Sandel, com a possibilidade, inédita na história constitucional ocidental, de os direitos valerem como *trumps*, a liberdade não mais dependia do exercício do poder político pelos membros da comunidade, mas sim da proteção direta exercida pelos juízes a título do escrutínio e controle da sua

³⁶³ Uma crítica celebrizada por Herman Pritchett, ao afirmar que no paradigma *lochneriano* “atitudes privadas transformam-se em direito público”, in PRITCHETT, Herman. “Division of Opinion Among Justice on the US Supreme Court”, p. 890. Para as implicações desse argumento no debate contemporâneo sobre o *judicial review*, cf. BELLAMY, Richard. *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, pp. 243-249.

constitucionalidade. Com o seu “liberalismo judicial”, a *lochnerização* do constitucionalismo “ofereceu a primeira formulação constitucional articulada da noção da prioridade do justo (*right*) sobre o bem (*good*), ao menos no sentido de que certos direitos individuais prevaleciam contra políticas legislativas adotadas em nome do bem comum”.³⁶⁴

E embora com a sua decisão em *West Coast Hotel Co. v. Parish* a Suprema Corte tivesse abandonado a visão econômica radicalmente capitalista sustentada a partir de *Lochner v. New York*, permaneceu inabalada a concepção constitucional baseada na supremacia judicial na apreciação das questões de moralidade política em termos de direitos constitucionais a partir da interpretação da *Due Process Clause* da XIV Emenda como concedendo um “mandato geral para o controle dos méritos substantivos dos atos legislativos e outras ações estatais”.³⁶⁵ A rigor, a única diferença que se verificou foi que esse novo momento do constitucionalismo *lochneriano*, que se prolonga até os nossos dias, viu a consolidação de um *double standard* judicial, caracterizado por ativismo judicial no tocante aos direitos de liberdade — o ato, a norma, é desproporcional; viola os *standards of reasonableness*; ofende o conteúdo essencial dos direitos fundamentais — e *self-restraint* no tocante aos direitos com dimensões econômicas e sociais — esses direitos custam; dependem de decisões sobre questões financeiras e orçamentárias que não dizem respeito à função judicial; reconhecê-los importaria violar o princípio da conformidade funcional.³⁶⁶

³⁶⁴ SANDEL, Michael. *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy*, p. 42 e 43.

³⁶⁵ ELY, John. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, p. 15.

³⁶⁶ Como consignado num dos textos mais influentes sobre a interpretação pela Suprema Corte dos direitos constitucionais: “A disposição da Corte — mesmo, a ansiedade, como verificado há cinco décadas atrás — para defender os direitos fundamentais contra a usurpação governamental mais intensamente na esfera ‘cultural’ ou ‘não-econômica’ do que na esfera ‘econômico-proprietária’ aponta para um *fait accompli* judicial: a adoção de um ‘duplo padrão’ judicial que concede um nível mais elevado e rigoroso de escrutínio a casos na categoria dos direitos culturais, não-econômicos, civis e de liberdade do que na categoria de direitos

Como assentou criticamente Ely, o constitucionalismo *lochneriano* alimentou uma tendência elitista entre os juízes e teóricos constitucionais para reconhecer como fundamentais apenas aqueles direitos que correspondem a aspirações próprias das suas classes sociais — “expressão, associação, liberdade acadêmica, a privacidade do lar, autonomia pessoal, e mesmo o direito da mulher a não ser reduzida a um papel estereotipado de fêmea sustentada pelo marido” —, com a permanente recusa para também considerar como direitos constitucionais pretensões materiais relacionadas ao “trabalho, alimentação ou habitação”.³⁶⁷

O último aspecto importante a salientar diz respeito às implicações econômicas dessa rearticulação *lochneriana* do liberalismo. A tensão entre a moralidade da economia política da sociedade comercial smithiana e a moralidade de uma economia política atenta à relação entre a estrutura econômica da sociedade e a liberdade dos cidadãos, que sempre ensejou conflitos e, portanto, riscos, é eliminada pela prevalência de uma política econômica concebida em linha keynesiana, preocupada exclusivamente com questões macroeconômicas atinentes à produção e a distribuição da renda. A partir da crença na neutralidade do Estado em relação às distintas concepções do bem veiculadas na sociedade, o constitucionalismo *lochneriano* estabelece uma conexão entre a política liberal e a política macroeconômica com vistas à superação dos antagonismos políticos inerentes às variadas concepções da vida e ao estabelecimento de um consenso básico acerca da função das instituições políticas e jurídicas estruturantes da sociedade, notadamente no tocante ao exercício do controle judicial da legitimidade constitucional da política.

econômicos e de propriedade”, in ABRAHAM, Henry; e PERRY, Barbara. *Freedom and the Court. Civil Rights and Liberties in the United States*, p. 7.

³⁶⁷ ELY, John. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, p. 59.

5.2 A evasão teórica da política: a justificação *rights-based* do constitucionalismo *lochneriano*

Decisivo para o êxito do intento do constitucionalismo *lochneriano* de compreender e equacionar as questões de moralidade pública em um reino alienado da política foi o fato de as apreciações dominantes acerca dos direitos constitucionais terem se configurado como uma abrangente teoria dos direitos que relaciona de modo bastante articulado os diversos elementos que conformam a prática liberal contemporânea. Como argumentou recentemente Richard Bellamy, o fator determinante para a enfática orientação do constitucionalismo em direção ao direito, evadindo-se da política, foi a “ênfase nos direitos, a sua positivação num texto constitucional e a sua interpretação por uma corte constitucional ou suprema”.³⁶⁸

O traço distintivo de algumas das principais expressões dessa teoria tem sido o tratamento dos direitos como uma categoria ontológica, assumindo-se que a enunciação dos elementos definidores da categoria “direitos” exaure os critérios necessários para a qualificação de um determinado interesse ou postulação como “direito”, com independência do conteúdo e da apreciação social que se lhes atribua. Nessa perspectiva, os argumentos sobre direitos são acolhidos ou não segundo eles nos convençam ou não da existência daqueles critérios que determinam a existência de um direito. Portanto, há aqui uma conexão necessária entre a teoria que estabelece os elementos que definem o que é o direito e o *status* constitucional das postulações que reivindicam o seu reconhecimento como direitos.³⁶⁹

³⁶⁸ BELLAMY, Richard. *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, p. 15.

³⁶⁹ A estrutura ontológica dessas concepções tem alimentado uma verdadeira compulsão no debate contemporâneo para a formulação de críticas evidenciando que determinados critérios definidores dos direitos levariam logicamente à negação em concreto alguns direitos que a sociedade reputa fundamentais. Por exemplo, MacCormick critica a teoria da vontade, que condiciona a existência de um direito à

A mais prestigiada e disseminada expressão de uma compreensão ontológica dos direitos constitucionais é a concepção dos direitos de Dworkin. Para Dworkin os direitos são sempre “*trumps cards*” que impedem uma maioria da sociedade de fazer ou de negar ao indivíduo determinadas coisas que, por conta da sua dignidade como pessoa, lhe são constitucionalmente asseguradas como “direitos”. Os direitos são enunciados como princípios, padrões constitucionais que têm preeminência não por assegurarem uma “situação econômica, política ou social desejada”, mas por serem exigências “da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Como princípios, os direitos sempre prevalecem sobre os cálculos utilitaristas das políticas (*policies*) da maioria, os “aprimoramentos em alguma característica econômica, política ou social da comunidade”.³⁷⁰ Essa preeminência dos direitos cria, segundo Dworkin, uma cultura na qual cada cidadão pode considerar que “suas relações com outros cidadãos e com o seu governo são questões de justiça”.³⁷¹ A definição de Dworkin explicita com toda a clareza a ideia central à política kantiana de que o indivíduo é o fim da política, não podendo jamais ser tratado como um meio para a obtenção de qualquer outro resultado. A partir dessa definição, Dworkin pode negar a condição de um direito a postulações que expressam interesses da sociedade e não dos indivíduos, ou que são enunciadas em termos de políticas públicas e não como princípios que enunciam demandas morais.

possibilidade de se fazer uma escolha, por impedir o reconhecimento de direitos de assistência às crianças; cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Rights and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, pp. 157-159.

³⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Dworkin, p. 22. Para a alegação de que apenas os argumentos de princípios são “*right-based*”, cf. DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*, p. 3.

³⁷¹ DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*, p. 32.

Uma outra conhecida compreensão ontológica dos direitos constitucionais é a teoria dos direitos fundamentais de Luigi Ferrajoli.³⁷² Na concepção de Ferrajoli, assumidamente “teórica, puramente formal ou estrutural”, são considerados direitos fundamentais “todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, de cidadãos ou de pessoas com capacidade de agir”.³⁷³ Assim, os direitos fundamentais são definidos com total independência dos interesses a que se refere o seu conteúdo substantivo, baseando-se exclusivamente no âmbito universal da classe dos sujeitos qualificados como titulares dos direitos. A partir desse critério ontológico, Ferrajoli reputa como universais e, portanto, como direitos fundamentais, entre outras posições subjetivas, a liberdade de pensamento, os direitos políticos, os direitos sociais.

Mas, uma vez que as concepções ontológicas definem os direitos a partir de critérios formais, e não com referência à realidade social e política na qual são apresentadas e impugnadas determinadas postulações como constituindo direitos, elas tanto podem recusar a qualidade de direito a demandas cujo conteúdo substantivo é sustentado no debate político como constituindo uma posição subjetiva socialmente relevante, quanto, ao contrário, podem atribuir a qualidade de direito a demandas cujo conteúdo não é avaliado como socialmente relevante. Um exemplo da primeira situação é a recusa de Dworkin em reconhecer um direito constitucional da sociedade à informação, em face de essa demanda configurar um interesse do público e não dos

³⁷² Um outro exemplo de concepção ontológica dos direitos é a de Joel Feinberg. Para Feinberg o critério para a atribuição de um direito é o fato de que o titular do direito tenha um interesse. A partir desse critério, Feinberg reconhece à titularidade dos direitos por animais, uma vez que eles teriam interesse, mas não por humanos com vida vegetativa (“*human vegetables*”), que não teriam interesses; cf. FEINBERG, Joel. *Rights, Justice and the Bounds of Liberty. Essays in Social Philosophy*, pp. 160-179.

³⁷³ FERRAJOLI, Luigi. *Diritti Fondamentali. Um dibattito teorico*, p. 5.

indivíduos.³⁷⁴ Um exemplo da segunda situação é a bizarra conclusão de Ferrajoli de que seriam direitos fundamentais mesmo posições subjetivas que, conquanto absolutamente fúteis, fossem reconhecidas como universais, como “o direito a ser cumprimentado na rua ou o direito a fumar”.³⁷⁵

Algumas importantes concepções dos direitos fundamentais no âmbito do constitucionalismo *lochneriano* têm procurado superar esses déficits das compreensões ontológicas valendo-se de uma estratégia diferenciada: o equilíbrio reflexivo. Aqui parte-se de determinados objetivos políticos, que são utilizados para identificar princípios que poderiam fundamentar um conjunto de direitos que levaria à efetivação daqueles objetivos; esses princípios, a sua vez, são reconstrutivamente tomados como parâmetros para a reavaliação daqueles objetivos políticos, os quais dariam ensejo à identificação de novos princípios capazes de fundamentar um novo conjunto de direitos compatíveis com os novos objetivos, e assim sucessivamente até que se chegue a um ponto em que objetivos políticos, princípios e direitos constitucionais se revelem coerentes entre si.

Rawls e Habermas são os dois mais influentes formuladores de uma concepção dos direitos constitucionais baseada na estratégia do equilíbrio reflexivo.³⁷⁶ Procurando identificar um fundamento político para o estabelecimento de um consenso quanto ao “mais apropriado conjunto de instituições para assegurar a liberdade democrática e a igualdade”, Rawls parte da identificação de algumas convicções que estão agora estabelecidas na sociedade — ele menciona a tolerância

³⁷⁴ Cf. o tópico 1.1 na Primeira Parte.

³⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Diritti Fondamentali. Um dibattito teorico*, p. 5.

³⁷⁶ A teoria dos direitos fundamentais de Alexy é um caso interessante: ora se vale de critérios ontológicos — por exemplo, quando justifica os direitos estruturalmente como ou princípio ou regras (cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, pp. 81-11) —, ora prestigia argumentos reflexivos — por exemplo, ao justificar a eficácia dos direitos fundamentais frente a terceiros, a *Drittwirkung* (cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, pp. 506-524).

religiosa e a rejeição da escravidão — para “tentar organizar as ideias e princípios fundamentais que estão implícitos nessas convicções em uma concepção política coerente da justiça”. A partir dessas convicções, desses “pontos fixos provisórios” que parecem merecer consideração de “qualquer concepção razoável”, nós poderíamos começar a ver a “própria cultura pública como a fonte compartilhada das ideias e princípios fundamentais implicitamente reconhecidos”, com a esperança de enunciar essas ideias e princípios com a clareza suficiente para associá-las a uma “concepção política da justiça adequada às nossas mais estabelecidas convicções”. Enfim, cuida-se de alcançar racionalmente um “equilíbrio reflexivo”, caracterizado pelo fato de que a prestigiada concepção política da justiça, “para ser aceitável, deve estar em conformidade com nossas convicções afirmadas, em todos os níveis de generalidade, sob a devida reflexão”.³⁷⁷ Chegado a esse ponto, pode-se dizer que o procedimento de reconstrução “agora modela adequadamente os princípios da razão prática em harmonia com as concepções apropriadas da sociedade e da pessoa”. E, ao fazê-lo, o procedimento de reconstrução revela “a ordem de valores mais adequada a um regime democrático”. Mas, uma vez que o procedimento construtivista opera “por reflexão, usando nossos poderes da razão”, e a “razão não é transparente à própria razão”, o único meio de não se equivocar no uso da razão é assegurando que “a luta pelo equilíbrio reflexivo continue indefinidamente”.³⁷⁸

Seguindo uma estratégia argumentativa similar, Habermas desenvolveu uma concepção da Constituição e dos direitos adequada às condições da sociedade contemporânea a partir de duas ideias matrizes: a soberania popular e os direitos

³⁷⁷ RAWLS, John. *Political Liberalism*, p. 8.

³⁷⁸ RAWLS, John. *Political Liberalism*, pp. 96-97.

humanos.³⁷⁹ Segundo Habermas, a soberania popular e os direitos humanos são as únicas ideias que podem legitimar a política e o direito moderno, visto que nelas estão sedimentados os únicos conteúdos que permanecem quando a “substância normativa de um *ethos* baseado em tradições religiosas e metafísicas se vê obrigada a passar no filtro da justificação pós-tradicional”. Assim, em oposição a uma visão lockeana que trata os direitos como um limite absoluto ao exercício da soberania popular, e em oposição a uma visão rousseaniana que, ao contrário, localiza na vontade soberana da comunidade a única fonte legítima para a criação dos direitos, Habermas vislumbra a cooriginalidade dessas duas ideias, de tal maneira que a ideia de direitos nem seja imposta como um limite para o legislador soberano nem seja instrumentalizada para propósitos legislativos.

A dinâmica construtivista que conecta a soberania popular aos direitos constitucionais arranca do argumento segundo o qual devem ser os próprios cidadãos a decidir os direitos que eles desejam atribuir-se, se quiserem regular legitimamente a sua vida com o direito. Esse requisito de legitimidade pressupõe que as normas jurídicas tenham que ser racionalmente aceitas por todos os afetados, o que, a sua vez, demanda uma prática política discursiva na qual, à base de argumentos racionais, os cidadãos são levados a alcançar consenso nas questões de interesse comum e a negociar os seus interesses particulares. É nesse ponto que se estabelece, numa construção obviamente auto-referente, a conexão entre os direitos humanos e a soberania popular: são os próprios direitos humanos reconhecidos aos indivíduos que permeiam a institucionalização jurídica da prática da autonomia pública mediante a

³⁷⁹ A conexão intrínseca entre os direitos constitucionais e a soberania popular é o *core* do paradigma procedimental da política e do direito desenvolvido por Habermas em *Faktizität und Geltung*. A descrição que se segue da estratégia do equilíbrio reflexivo de Habermas baseia-se em HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, pp. 89-118; e HABERMAS, Jürgen. “Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”.

qual se cria o direito legítimo. É certo que Habermas reconhece que essa imbricação é evidente apenas para os direitos que asseguram a autonomia política, como os direitos de expressão e participação. Para estendê-la aos direitos de liberdade que expressam a autonomia privada dos indivíduos, Habermas recorre ao argumento de que com a pretensão de institucionalização da autonomia política com os meios do *direito* queda *a priori* estabelecida qual dever ser a linguagem a ser utilizada: a linguagem do direito, pois que apenas como sujeitos de direitos podem os indivíduos participar do processo de criação do direito. Portanto, para que a prática política discursiva de formação legítima do direito seja institucionalizada como um direito político, impõe-se a referência ao código do direito. Esse, a sua vez, remete ao *status* de pessoas jurídicas que, como titulares de direitos subjetivos, pertencem a uma comunidade jurídica e que, quando necessário, podem reclamar esses seus direitos subjetivos.

Diferentemente do empreendimento construtivista de Rawls, em que a identificação dos princípios políticos que permitem um consenso justo entre indivíduos livres e iguais procura assumidamente alienar-se de quaisquer influências das “contingências do mundo social” — isso é um pressuposto para a eliminação das “barganhas” que invariavelmente surgem na dinâmica histórica³⁸⁰ —, no paradigma discursivo de Habermas se admite que as experiências históricas possam ser relevantes na conformação de um *Bill of Rights* e, até mesmo, levar a uma refutação “palavra por palavra” do contexto de injustiça.³⁸¹ Todavia, essa abertura dos direitos à história não pode produzir implicações mais consequentes, visto que os impulsos normativos da história estão, por assim dizer, submetidos pelo tribunal da razão, no

³⁸⁰ RAWLS, John. *Political Liberalism*, p. 23. Nada obstante, Rawls pretendeu diferenciar o construtivismo político da sua concepção de *justice as fairness* do construtivismo mais especulativo de Kant; cf. RAWLS, John. *Political Liberalism*, pp. 99-101.

³⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, p. 389.

continuum de argumentos reflexivos, a um controle da sua conformidade aos princípios previamente estabelecidos como estruturantes da política e da Constituição legítima.³⁸² Há aqui, como destaca Kari Palonen com explícita referência a Rawls e Habermas, um paternalismo de um normativismo político que se limita a recomendar, com total independência das possibilidades históricas, princípios especulativamente concebidos para estruturar uma “boa ordem”.³⁸³

Esses esforços para justificar uma concepção especulativa dos direitos, alienada da política e da história, adquiriram plena articulação no que viria a ser conhecido na teoria constitucional como uma *rights-based theory*.³⁸⁴ A compreensão dos direitos dominante nos discursos políticos e constitucionais contemporâneos em termos de uma *rights-based theory* deriva do debate suscitado por Dworkin com a publicação de *Taking Rights Seriously*.³⁸⁵ Com essa terminologia, Dworkin pretendeu evidenciar que a categoria deôntica dos direitos subjetivos (*rights*) é fundante para o conceito de direito (*law*) e, mais ainda, tem prioridade sobre a categoria deôntica dos deveres (*duties*). Ao lado dessa *right-based theory*, Dworkin também identificou duas outras variantes de teorias de moralidade política: a *duty-based theory* e a *goal-based theory*.

Analisando o modelo proposto por Dworkin, Waldron, em um influente trabalho, impugnou a possibilidade de se estabelecer distinções rigorosas

³⁸² Essa argumentação contínua em termos auto-referentes suscita aqueles problemas referidos na literatura bíblica como “dançar em círculos” (“*Im circuitu impij ambulat*”; Salmo 11:9, na *Vulgata*): uma interminável *petitio principii*. Para a crítica à circularidade, cf. MICHELMAN, Frank. “Democracy and Positive Liberty”, p. 6; e BELLAMY, Richard. *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, p. 128.

³⁸³ Cf. JASMIN, Marcelo; e FERES Júnior, João (org.). *História dos Conceitos. Debates e Perspectivas*, p. 129.

³⁸⁴ A análise que se segue resume os argumentos discutidos em ROCHA JÚNIOR, José Jardim. “Para a crítica à compreensão dominante dos direitos fundamentais”.

³⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, pp. 90-96 e 170-177.

entre esses modos de articular argumentos de moralidade política.³⁸⁶ Segundo Waldron, é extremamente problemática a subsistência de uma diferenciação entre teorias *right-based* e *duty-based*, quando se considera que ordinariamente se define a condição de “alguém ter um direito” em termos da correspectiva condição de “outrem ter um dever”. Também a diferenciação entre uma *right-based theory* e uma *goal-based theory* revela-se controversa. Resumidamente, o critério que sustenta essa diferenciação reporta-se ao tipo de interesse a que se visa satisfazer com o argumento de moralidade política: se a preocupação é o interesse individual, a teoria é *right-based*; se a preocupação é o interesse coletivo, a teoria é considerada *goal-based*. A crítica aqui decorre do fato de que alguns dos mais relevantes interesses que são considerados de natureza social — por exemplo, a prosperidade nacional — não podem ser concebidos sem consideração aos interesses dos indivíduos. Aliás, como já demonstramos, na moralidade da economia política smithiana é apenas com referência aos interesses dos indivíduos que se pode alcançar objetivos de interesse comum. Waldron considera, nada obstante, ser possível distinguir uma preocupação focada em um interesse individual particular de uma preocupação genérica com os interesses. Ele ilustra essa situação com a questão da proibição da tortura. Um argumento contra a tortura seria *right-based* apenas se a condenação à tortura de qualquer indivíduo for considerada suficiente para sustentar a proibição. E, ao contrário, um argumento no sentido de que, além da consideração com a situação de um particular indivíduo, deve ser verificado o reflexo da proibição ou não da tortura sobre outros interesses relevantes, seria um argumento *goal-based*.

³⁸⁶ Cf. WALDRON, Jeremy. “Introduction”, p. 12.

Embora possa haver diferenças de detalhes entre os autores, pode-se resumir nos argumentos que se seguem os traços essenciais que conformam a compreensão *rights-based* subjacente ao constitucionalismo *lochneriano*.³⁸⁷ O ponto de partida é o argumento segundo o qual o fundamento dos direitos humanos fundamentais é a dignidade da pessoa humana, a ideia inefável, “agora no *core* do pensamento e da prática democrático-liberal moderna por todo o mundo”, segundo a qual “os seres humanos têm uma dignidade que merece consideração das leis e instituições sociais”.³⁸⁸ Como proclamado solenemente na Constituição alemã, “a dignidade humana é inviolável” e “todas as autoridades públicas têm o dever de respeitá-la e protegê-la” (art. 1º, n. 1). A proteção jurídica da dignidade humana pressupõe a categoria dos direitos subjetivos, visto que a linguagem do direito (*law*) “é” intrinsecamente a linguagem dos direitos (*rights*) subjetivos.³⁸⁹ Portanto, para a concepção *rights-based*, também os direitos constitucionais, porquanto direitos públicos subjetivos *fundamentais*, devem ser compreendidos e realizados valendo-se dessa peculiar linguagem.

Esses direitos humanos fundamentais são direitos *individuais*, no sentido de que são direitos dirigidos precipuamente a proteger um âmbito da liberdade humana de intromissões do poder político. Por óbvio, com isso não se está a dizer que, em um determinado Direito Constitucional positivo ou no Direito Internacional dos Direitos Humanos, grupos ou mesmo pessoas jurídicas não possam ser titulares de direitos humanos, mas tão-somente destacando-se que o propósito basilar do

³⁸⁷ Para essa questão, entre tantos, cf. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*; DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*; PERRY, Michael. *The Idea of Human Rights: Four Inquiries*; WALDRON, Jeremy. “A rights-based critique of constitutional rights”; WALDRON, Jeremy. “Introduction”; e WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*.

³⁸⁸ NUSSBAUM, Martha. *Sex and social Justice*, p. 5.

³⁸⁹ PERRY, Michael. *The Idea of Human Rights: Four Inquiries*, p. 45.

reconhecimento e da efetivação desses direitos é a salvaguarda da dignidade do *indivíduo*.³⁹⁰ Depois, considera-se que, por protegerem a dignidade humana, as normas de direitos humanos constituem um *higher law*, que confere a essas normas supremacia no ordenamento jurídico. Nas palavras sempre influentes de Dworkin, o decisivo do constitucionalismo é a ideia de que a vontade da “maioria deve ser limitada com vistas à proteção dos direitos individuais”, sendo, então, os direitos entendidos como *trumps* para impedir que a “maioria seja juiz em sua própria causa”.³⁹¹

Como quinto e decisivo argumento, sustenta-se que a proteção da dignidade humana na via da linguagem dos direitos humanos pressupõe a existência de uma autoridade com poderes contramajoritários para assegurar a supremacia do *higher law* que assegura esses direitos. Portanto, a possibilidade de juízes invalidarem atos e normas do Poder Público que ameaçam ou violam os direitos humanos, é dizer, o exercício do *judicial review*, é uma mera consequência desse compromisso do direito contemporâneo de levar realmente a sério a dignidade humana. A tese afirmativa da existência de uma conexão necessária entre a proteção dos direitos humanos fundamentais e o *judicial review* é dominante no direito contemporâneo, alcançando o ambiente norte-americano, europeu e os países por eles influenciados. Por evidente, para a maior parte dos Estados que adotaram novas Constituições no pós-guerra, a atribuição aos juízes, particularmente a um tribunal constitucional, da competência para tutelar a observância dos direitos humanos por parte dos poderes públicos é uma questão de Direito Constitucional positivo. Na experiência norte-americana, ao

³⁹⁰ Richard Primus tem argumentado que é recente essa ênfase na titularidade dos direitos fundamentais apenas pelos indivíduos. Segundo Primus, a experiência norte-americana revela que os *Founding Fathers* eram muito mais expansivos na utilização da linguagem dos direitos, atribuindo a sua titularidade a sujeitos tais como “as legislaturas, os governos, cidades, colônias, nações, comunidades específicas, e ‘o povo’, entendido como uma entidade coletiva distinta dos indivíduos”, in PRIMUS, Richard. *The American Language of Rights*, p. 85.

³⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, pp. 131-49.

contrário, no recorrente debate acerca da “constitucionalidade” do estabelecimento do *judicial review* a partir de *Marbury v. Madison*,³⁹² o argumento majoritariamente evocado a favor dessa prática é histórico. Com efeito, embora não haja consenso quanto ao entendimento de que os *Founding Fathers* pretenderam instituir o *judicial review* no sistema institucional dos Estados Unidos, é incontroverso que essa prática é agora um elemento distintivo do Direito Constitucional daquele país. Nas palavras de Perry, no “sentido que o *judicial review* é agora uma característica definitiva do sistema de governo norte-americano — uma característica *constitutiva* —, o *judicial review* é constitucional”.³⁹³

A versão mais difundida dessa tese leitura que conecta a tutela dos direitos constitucionais ao exercício do *judicial review* é a formulada por Dworkin.³⁹⁴ Segundo Dworkin, existem dois diferentes modos de se conceber as normas constitucionais que asseguram os direitos humanos. De um lado, os direitos podem ser concebidos como preceitos articulados numa “linguagem moral sobremaneira abstrata”, que demandam ao Poder Público respeito aos “mais fundamentais princípios de liberdade e decência” e um tratamento a “todos os cidadãos com igual consideração e respeito”. Nesse caso, no momento da aplicação das normas de direitos humanos para a resolução das controvérsias constitucionais será necessário estabelecer o preciso sentido dessas normas, o que exigirá do intérprete uma “leitura moral” da Constituição, uma leitura balizada pela compreensão de que os direitos humanos “evocam princípios morais sobre decência política e justiça”. De outro lado, as normas

³⁹² 5 US 137, 1803.

³⁹³ PERRY, Michael. *The Constitution in the Courts: Law or Politics?*, p. 26.

³⁹⁴ A exposição que se segue baseia-se na minha análise do Capítulo 5 de *Lifes's Dominion* (cf. DWORKIN, Ronald. *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, pp. 118-147) e da Introdução de *Freedom's Law* (cf. DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*, pp. 1-38); cf. ROCHA JÚNIOR, José Jardim. *Os direitos humanos como problema do direito positivo: Apontamentos para uma análise deferente às demandas republicanistas do constitucionalismo*, pp. 185-189

que asseguram os direitos podem ser concebidas “como expressando apenas as expectativas concretas e bem específicas dos constituintes que as escreveram e aprovaram”. Nesse caso, assume-se que as normas de direitos humanos foram enunciadas como regras precisas que já contêm o entendimento original dos próprios constituintes acerca do seu preciso sentido, e não como princípios abstratos carecedores de posterior interpretação.

Nada obstante considerar que é uma *questão de fato* a opção pela primeira alternativa no constitucionalismo contemporâneo, Dworkin reconhece que a leitura moral da Constituição provoca um “drama constitucional”, em decorrência das divergências suscitadas pela interpretação das normas de direitos humanos enunciadas na linguagem abstrata dos princípios quando da resolução das polêmicas questões de moralidade política. Para superar esse drama decorrente da leitura moral da Constituição, Dworkin considera que existem duas possibilidades. Ambas assumem que os direitos humanos foram enunciados como princípios, todavia, divergem quanto a quem deve deter a palavra final na resolução das questões controversas de moralidade política. Uma alternativa é assumir a *premissa majoritária*, aceitando que são constitucionalmente legítimas as decisões tomadas pela maioria dos cidadãos mediante o processo político ordinário. Nesse caso, reconhece-se que os indivíduos devem ter os seus direitos fundamentais protegidos, todavia atribui-se à própria vontade majoritária da sociedade a decisão acerca de quais são esses direitos e como eles devem ser protegidos. A segunda alternativa, conquanto reconhecendo que a *premissa majoritária* é um elemento essencial das sociedades democráticas contemporâneas, assume que em algumas ocasiões a vontade da maioria não pode prevalecer. Considera-se aqui que não se pode reconhecer à própria maioria a

autoridade para decidir em que casos ela aceita restringir o seu poder para salvaguardar os direitos humanos. Esse é o cerne do argumento de Dworkin favorável ao *judicial review*: “o *judicial review* assegura que as mais fundamentais questões de moralidade política serão propostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político, uma diferença que não pode ser observada, ao menos não totalmente, no âmbito da própria legislatura”.³⁹⁵

Finalmente, o último traço da compreensão dominante dos direitos fundamentais é mais caracteristicamente disseminado na expressão europeia do Estado Constitucional e nos países — tais como o Brasil — influenciados por esse paradigma. Cuida-se da ideia segundo a qual o elemento distintivo do *judicial review* dos direitos humanos é a aplicação do princípio da proporcionalidade, em decorrência da necessidade de ponderação entre princípios constitucionais em colisão. E aqui é oportuno destacar uma singularidade em relação à argumentação de Dworkin antes sumarizada, que, como vimos, justifica o *judicial review* dos direitos humanos a partir da necessidade de uma leitura moral das normas constitucionais que asseguram esses direitos. Nos Estados Constitucionais europeus, a *ratio* invocada para o reconhecimento dessa competência tem sido derivada principalmente da ideia de que os direitos fundamentais, ao lado da sua dimensão tradicional como direitos públicos subjetivos, isto é, como direitos individuais à salvaguarda da liberdade e de participação no exercício do poder estatal, têm também uma dimensão de princípio objetivo. Entendidos como *princípios objetivos*, os direitos fundamentais caracterizariam regulações constitucionais da vida em comunidade alheias à estrutura individualista da concepção dos direitos públicos subjetivos, com o que não se

³⁹⁵ DWORKIN, Ronald. “Rights as Trumps”, p. 70.

enquadrariam na clássica problematização em termos da dialética indivíduos x Estado, entre liberdade individual e limitação à liberdade individual.

Mas, uma vez firmado o reconhecimento dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais, abriu-se o caminho para o aparecimento e, em seguida, o avassalador predomínio do *princípio da proporcionalidade* no exercício do *judicial review* dos direitos humanos. É que como na conformação da vida das sociedades contemporâneas articulam-se diversas concepções de justiça e moral com pretensões de validade, cada uma prestigiando um particular princípio objetivo, os tribunais constitucionais têm que ponderar esses princípios quando da decisão acerca de qual das concorrentes ordens de valores deverá prevalecer na sociedade. E essa necessidade de ponderação entre os princípios constitucionais tem sido interpretada, precisamente, em termos da necessidade de observância do princípio da proporcionalidade.

Interessa aqui destacar a conexão entre essa *fundamentação* dos direitos fundamentais, na via da ponderação dos direitos fundamentais, e o *judicial review* dos direitos fundamentais. Segundo Alexy, essa conexão é rigorosa e decorre da dimensão de princípio objetivo de que revestem os direitos fundamentais: a dimensão de princípio objetivo dos direitos humanos “implica a máxima da proporcionalidade” e, assim, o *judicial review*. Reversamente, “a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (postulado do meio mais benigno) e da proporcionalidade em sentido estrito (o postulado da ponderação propriamente dito) se infere logicamente do caráter de princípio”.³⁹⁶ A ponderação de princípios constitucionais em colisão, concebida por Alexy como “um aspecto do que é requerido”

³⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 111-112.

pelo mais compreensivo *princípio da proporcionalidade*, é expressamente mencionada como um dos elementos definidores da sua concepção *right-based* do constitucionalismo, por ele mais recentemente denominada de “constitucionalismo discursivo”.³⁹⁷ Segundo Alexy, as duas principais objeções dirigidas a aplicação do princípio da proporcionalidade mediante a ponderação — a saber, (i) o seu caráter subjetivo e insuscetível de condução segundo um procedimento racional e (ii) a conversão de questões deontológicas acerca da validade de normas jurídicas em questões axiológicas acerca da adequação ou inadequação de valores — são refutadas quando se conhece a estrutura da ponderação.³⁹⁸ Resumidamente, essa estrutura revelaria três estágios na ponderação: no primeiro estágio estabelece-se o grau de não satisfação de um primeiro princípio; no segundo estágio estabelece-se a importância de satisfazer o princípio concorrente; finalmente, no terceiro estágio verifica-se se a não satisfação do primeiro princípio pode ser justificada com base na importância da satisfação do segundo princípio. O argumento de Alexy é no sentido de que, uma vez que é possível enunciar juízos racionais nesses três estágios, tornam-se insustentáveis as objeções dirigidas à ponderação.

5.3 A superação do constitucionalismo *lochneriano*: os conceitos avaliativos e a *prison-house of language of rights*

Por mais paradoxal que possa parecer, a gênese histórica e o predomínio da rearticulação *lochneriana* da política liberal explicam-se em grande medida pelas implicações extraídas pela cultura jurídica contemporânea de dois dogmas inerentes à

³⁹⁷ Ao lado da ponderação, os outros elementos constitutivos desse “constitucionalismo discursivo” são os direitos constitucionais, o *judicial review*, o discurso e a representação; cf. ALEXY, Robert. “Balancing, constitutional review, and representation”; e ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*.

³⁹⁸ Cf. ALEXY, Robert. “Balancing, constitutional review, and representation”, p. 574.

concepção positivista do direito. Em primeiro lugar, a ideia de que o direito é um conjunto de normas, sejam elas elaboradas pelo legislador ou construídas a partir da atividade dos tribunais; e, derivando dessa ideia, a crença de que a atividade que singulariza o direito é a atividade de interpretação judicial dessas normas que *constituem* o direito, seja para verificar a licitude de condutas particulares seja, como é característico das questões constitucionais, para aferir a conformidade de uma norma em face de outra. Essa moderna crença positivista — acolhida, como vimos, por antipositivistas tão ilustres como Dworkin e Robert Alexy — é, finalmente, relacionada à convicção bastante generalizada e fundada na sociedade ocidental de que a atividade judicial de interpretação do direito existente é de natureza distinta da atividade política de criação e modificação do direito.³⁹⁹

O acolhimento desses dogmas positivistas por tão influentes constitucionalistas encontra explicação numa tendência que, inicialmente e principalmente na cultura jurídica anglo-saxã, foi se consolidando simultaneamente à prevalência da crença de que qualquer dominação política legítima pressupunha a sua sujeição ao império do direito, ao *rule of law*. É que o princípio fundamental do *rule of law* foi sendo progressivamente interpretado como conferindo tanto maior legitimidade à dominação política quanto mais ele pudesse ser percebido como significando, de fato, a sujeição da sociedade a um direito impessoal, distinto de um direito produzido por atos concretos da vontade humana. Nessa visão, assume-se que não existe direito mais artificialmente humano e datado do que o direito posto pelo legislador; e, contrariamente, que não existe direito menos dependente da vontade

³⁹⁹ Como assinala Ely, se, interpretando uma norma, um juiz se declarar insatisfeito com o seu conteúdo e manifestar a intenção de substituí-la por outra referência normativa, fundada em valores que ele entenda melhor expressar a vontade da sociedade, poderíamos concluir que “ele não estaria fazendo o seu trabalho”, que ele é um “lunático”; cf. ELY, John. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, p. 3.

artificial e datada dos homens do que um direito produzido numa tradição de sucessivas e imemoriais interpretações pelos juízes do material juridicamente autoritativo.⁴⁰⁰ Assim, com o progressivo desenvolvimento dessa ideia da primazia moral do direito descoberto a partir da atuação dos juízes sobre o direito inventado pelo legislador, não houve dificuldade alguma para que os positivistas — como, paradigmaticamente, fez Joseph Raz⁴⁰¹ —, ao tempo em que preservavam o dogma de que o direito é definido em termos de uma hartiana regra social ou institucional de reconhecimento, com independência da moralidade ou não do seu conteúdo, passassem a associar essa regra ao “reconhecimento por um tribunal da validade da decisão de um outro tribunal, e não do reconhecimento por um tribunal da edição de um ato normativo pelo legislador”. Assim, o “ato deliberado, explícito, de legislar — do tipo que envolve o parlamento, e não os tribunais — começou a desaparecer do *core* da perspectiva positivista”.⁴⁰²

Dessa forma, foi a recepção desses dogmas juspositivistas em uma cultura jurídica comprometida com um constitucionalismo preocupado com a salvaguarda dos direitos fundamentais dos indivíduos que forneceu os ingredientes para a consolidação e a disseminação de uma concepção do direito hostil à política. O ponto de partida na construção dessa concepção despolidizada do direito é o

⁴⁰⁰ Obviamente, a vitória do Parlamento na Revolução Gloriosa não eliminou as críticas que os defensores do *commom law* continuaram a fazer ao direito legislado. Blackstone, por exemplo, contrastava ironicamente os anos de estudo e a competência que se exigiam de um mestre da *jurisprudence*, de um médico ou de um teólogo, com a circunstância de que “qualquer homem de fortuna superior se considerava como tendo nascido um legislador”, in BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*, p. 9 (vol. 1, *Introduction, Section the First: On the Study of Law*).

⁴⁰¹ Cf. RAZ, Joseph. *The Authority of Law*; e RAZ, Joseph. *Practical Reasons and Norms*.

⁴⁰² WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*, p. 15. Com pertinência, Waldron assinala o equívoco em que incorrem alguns críticos do positivismo jurídico, como Oakeshott e Hayek, ao não perceber que os positivistas contemporâneos mantêm-se distantes de “qualquer teoria jurídica (*jurisprudence*) centrada na criação auto-consciente e deliberada do direito no Parlamento”, fixando-se antes numa teoria jurídica baseada em “tribunais, argumentação judicial e o que é considerado ser o crescimento implícito, espontâneo e orgânico do *Commom Law*”, in WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*, p. 23.

reconhecimento de que o âmbito de liberdade dos juízes no exercício da atividade de interpretação que singulariza o direito é determinado pela particular teoria interpretativa que se considera legítima. No que concerne à interpretação das normas constitucionais, como tipicamente ocorre com respeito às questões mais relevantes de moralidade política, é amplamente dominante na prática dos juízes e nas formulações teóricas que a justificam a concepção de que o exercício do *judicial review* da constitucionalidade das normas não se identifica com a visão tradicional da interpretação jurídica como a silogística verificação da subsunção de fatos a regras, distinguindo-se antes pela uma alargada apreciação (ponderação) da compatibilidade e do sentido a ser atribuído em um caso específico aos diversos princípios constitucionais que se revelam relevantes ao deslinde do caso.⁴⁰³ Com isso, reconhece-se aos juízes da constitucionalidade, no âmbito de uma refinada e disseminada *hermenêutica* constitucional, uma amplíssima liberdade para conhecer, examinar e decidir sobre questões de moralidade política, questões que haviam sido objeto da anterior apreciação e decisão das instâncias políticas do Estado. Essa liberdade é reputada tão aparentada à liberdade de que dispõem essas próprias instâncias políticas para tratar das questões de moralidade política que, na feição final do seu desenvolvimento, o exercício pelos juízes do controle de constitucionalidade dos atos e normas pôde ser qualificado, sem maiores constrangimentos, como um legítimo exercício de “*constitutional policymaking by the judiciary*”.⁴⁰⁴

⁴⁰³ Para descrições populares desse *fait accompli* da teoria e da prática constitucional contemporânea, cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mitte*, pp. 146-63; e ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*, pp. 159-77.

⁴⁰⁴ Cf. PERRY, Michael. *The Constitution, the Courts, and Human Rights. An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*. Para a discussão dos problemas afetos a essa visão dominante acerca do escopo e da amplitude da interpretação constitucional, cf. ELY, John. “Another such Victory: Constitutional Theory and Practice in a World where Courts are not different from Legislatures”; e ROCHA JÚNIOR, José Jardim. “Problemas com o ‘governos dos juízes’: sobre a legitimidade democrática do *judicial review*”.

Portanto, a partir da combinação das crenças positivistas de que (i) o direito é o conjunto das normas jurídicas vigentes e (ii) que a atividade judicial de interpretação dessas normas é a atividade que singulariza o direito, potencializada pela crença de que essa atividade permite a descoberta de um direito menos dependente da vontade humana arbitrária, com (iii) a noção bastante fundada de que a atividade judicial de interpretação do direito tem uma natureza distinta da atividade política de criação e modificação do direito, a cultura constitucional contemporânea entendeu o sentido e o âmbito da interpretação da Constituição para legitimar os juízes, em detrimento das instâncias políticas da sociedade, como a *potestas* competente para proferir a última palavra nas questões de moralidade pública, e, com isso, conseguiu erigir uma concepção do direito que se pretende apartada da política. De fato, aqui a decisão final sobre as questões mais relevantes de moralidade política, a decisão final sobre as questões políticas, é deferida aos juízes e não aos políticos, no âmbito do processo judicial e não do processo político. Todavia, ainda que se possa compreender o propósito desse esforço de purificação do direito — afinal, não fora na via judicial da interpretação do direito, essas questões teriam que ser decididas na via política da sua criação e modificação —, não deixa de ser paradoxal que a pretendida despolitização do direito tenha sido engendrada mediante uma alargada judicialização da política. Que os trabalhos mais frequentemente qualificados como de *direito constitucional* sejam contaminados por essa visão, levando a essa obsessão que conhecemos pela discussão de temas relacionados ao controle de constitucionalidade, ao *judicial review*, ainda se pode entender como uma implicação da orientação desses trabalhos ao problema mais específico da determinação do sentido concreto do direito constitucional vigente. Todavia, é incompreensível o amplo acolhimento dessa

concepção também em trabalhos relacionados ao particular domínio de estudo que se tem denominado de *teoria constitucional*,⁴⁰⁵ esse esforço mais abrangente de compreensão da relação entre o direito, a Constituição, em especial, e a legitimidade do exercício do poder político, como é o caso, exemplarmente, dos trabalhos de Rawls, em muito maior medida, e de Habermas.⁴⁰⁶

Mais grave ainda é que o acolhimento de uma concepção tão pálida do direito, implicando, ademais, o acolhimento da empobrecedora noção de que haveria uma única atividade que, porquanto típica, mais relevante etc., o distinguiria, inviabiliza por completo uma compreensão historicamente situada da tradição jurídica ocidental, na medida em que nessa tradição o direito nunca foi socialmente estimado como dizendo respeito preferencialmente, menos ainda exclusivamente, ao problema da interpretação e aplicação judicial de textos jurídicos. Para usar os termos de uma discussão já clássica, mais do que *law in books* o direito no Ocidente sempre foi socialmente estimado e praticado como um *living law*, como, na formulação célebre de Lon Fuller, o abrangente “empreendimento de sujeitar as condutas humanas ao império das normas”.⁴⁰⁷ Assim compreendido, o direito diz respeito igualmente à sujeição das condutas realizadas pelos juízes no exercício da função jurisdicional e por outros agentes públicos no exercício de outras funções estatais, assim como pelos cidadãos entre si no exercício de suas atividades privadas, já que, no mais das vezes, o direito é realizado, as normas são cumpridas, sem que se faça necessária alguma

⁴⁰⁵ A esse respeito, cf. o tópico 1.1 na primeira parte da tese.

⁴⁰⁶ Entre os teóricos constitucionais mais importantes, Waldron é quase um anacoreta defendendo uma maior atenção à “dignidade da legislação” (cf. WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*), às “virtudes” da multidão (cf. WALDRON, Jeremy. “The Wisdom of Multitude: Some Reflections on Book 3, Chapter 11 of Aristotle’s Politics”; e WALDRON, Jeremy. “Virtue *En Masse*”).

⁴⁰⁷ “Se o direito é o ‘empreendimento de sujeitar as condutas humanas ao império das normas’, então esse empreendimento é conduzido não em dois ou três âmbitos, mas em milhares deles”, in FULLER, Lon. *The Morality of Law: Revised Edition*, p. 124.

performance do Estado. E, mais ainda, como tem enfatizado Harold Berman, o direito no Ocidente tem ordinariamente alcançado outras importantes dimensões da “*governance*” que não se enquadram tão claramente no empreendimento de elaboração e aplicação de normas para a sujeição de condutas, como é o caso, por exemplo, do exercício do voto, ou da nomeação de agentes públicos. Em suma, o direito na cultura ocidental tem sido constituído pela prática multiforme dos cidadãos de “legislar, julgar, administrar, negociar e se envolver em outras atividades jurídicas”.⁴⁰⁸

Essa contexto evasão da política provocada pela compreensão *lochneriana* da Constituição e do vocabulário dos direitos constitucionais que lhe é subjacente tem suscitado uma profusão de apreciações e críticas.⁴⁰⁹ Num arriscado esforço de síntese, pode-se dizer que o cerne das impugnações reside no fato de que a linguagem dos direitos se converteu numa retórica que subtraiu à política liberal os fundamentos históricos da sua legitimação como uma referência para a confrontação e a superação da opressão política e a efetivação da liberdade. Essa retórica dos direitos tem pouco a ver com “dignidade humana e liberdade”, degradando-se num discurso e numa prática política comprometida com a efetivação de meros “desejos insaciáveis”. Uma sociedade inteiramente voltada ao reconhecimento como direitos fundamentais desses desejos “não pode prover objetivos para uma existência humana valiosa e plenamente desenvolvida”. Enfim, a cultura política que tem emergido no constitucionalismo contemporâneo tem se distinguido por sua “prodigalidade com o

⁴⁰⁸ BERMAN, Harold. *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, pp. 4-5.

⁴⁰⁹ Para o enquadramento geral das críticas, cf. por todos GLENDON, Mary Ann. *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*; GALSTON, William. “Practical philosophy and the Bill of Rights: perspectives on some contemporary issues”; WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*; e BELLAMY, Richard. *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*.

rótulo *direitos*, o seu caráter legalístico, o seu hiper-individualismo, o seu isolamento, e seu silêncio com respeito a responsabilidades coletivas, cívicas e pessoais”.⁴¹⁰

Em geral, essas apreciações consideram que, se enriquecida em algumas das suas dimensões, a política dos direitos ainda se revela como uma expressão defensável para a compreensão e a resolução dos nossos conflitos em matéria de moralidade política. Outras apreciações, ao contrário, propugnam o descarte *tout court* dos direitos como uma linguagem estruturante de uma prática política legítima, comprometida com a liberdade e a igualdade de todos os membros da comunidade. É precisamente nessa linha a contundente e influente crítica à linguagem dos direitos enunciada no âmbito do movimento *Critical Legal Studies*.⁴¹¹ O *Critical Legal Studies* apresenta-se como um intento radical de desconstrução do direito a partir da sua apreensão como o produto de conflitos sociais e políticos, dos quais jamais se pode razoavelmente esperar alguma consistência.⁴¹² Dessa perspectiva, considera-se que a linguagem dos direitos não se fundamenta em considerações neutras, mas sim nos interesses e valores dos segmentos sociais mais poderosos política e economicamente. Portanto, a despeito da retórica que os envolve, os direitos são de nenhuma utilidade para aqueles que, em razão de sua exclusão, não dispõem da liberdade real para gozar da proteção que eles proclamam. Mais ainda, o *Critical Legal Studies* enfatiza a total dependência dos direitos em relação ao papel exercido pelos juízes no sistema jurídico, fato que é atribuído à natureza intrinsecamente indeterminada que o direito assume

⁴¹⁰ GLENDON, Mary Ann. *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, pp. x e 171; e GALSTON, William. “Practical philosophy and the Bill of Rights: perspectives on some contemporary issues”, p. 264..

⁴¹¹ O que se segue baseia-se na minha anterior apreciação da crítica à linguagem dos direitos formulada pelo *Critical Legal Studies*, principalmente na obra *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, de Duncan Kennedy; cf. ROCHA JÚNIOR, José Jardim. *Os direitos humanos como problema do direito positivo: Apontamentos para uma análise deferente às demandas republicanistas do constitucionalismo*, pp. 57-62.

⁴¹² Para uma rica análise do *Critical Legal Studies*, cf. UNGER, Roberto M. “The Critical Legal Studies Movement”.

quando os juízes detêm a primazia na sua dicção. Koskenniemi atribui essa indeterminação ao fato de que os direitos não encerram um conjunto coerente de postulações capazes de orientar a vida da sociedade.⁴¹³ Nada obstante a sua alegada neutralidade com respeito aos valores, a linguagem dos direitos reduz-se rotineiramente a conflitos acerca de concepções políticas do bem, cujo equacionamento se dá por meio do reconhecimento de *direitos* mediante atividades de ponderação por parte dos poderes estatais.⁴¹⁴ E, uma vez que os *direitos* são criados apenas no curso desse processo decisório, o próprio processo não pode ser orientado pelos direitos. Com isso, a decantada prioridade dos direitos sobre as concepções do bem, tão enfatizada na teoria liberal, degradar-se-ia num apelo inconsistente.

Nesse contexto, o êxito da retórica dos direitos, segundo Kennedy, não depende do seu conteúdo ou da sua compatibilidade às circunstâncias fáticas, mas sim de um conjunto de fatores que envolvem a identidade e a dedicação daqueles que reivindicam os direitos, o apoio político recebido pelos seus argumentos sobre os direitos, a oportunidade e, até mesmo, a sorte. Em especial, ao contrário do que supõe Dworkin, os argumentos veiculados no discurso dos direitos não têm qualquer diferença em relação aos apelos tipicamente políticos ou aos argumentos sobre políticas. Aqueles que acreditam que os materiais e procedimentos especificamente jurídicos é que determinam os resultados do sistema jurídico devem reconhecer que os juízes agem movidos por má-fé, valendo-se dos procedimentos apenas como um modo de utilizar os materiais para produzir o resultado que desejam. Só nos resta, então, perder a fé nos direitos, o que não significa eliminar ou mesmo reduzir a

⁴¹³ Cf. KOSKENNIEMI, Martti. "The Effect of Rights on Political Culture", p. 99.

⁴¹⁴ Também Kennedy considera que a "proliferação de testes de ponderação reduz as questões de direitos constitucionais a questões de política"; cf. KENNEDY, Duncan. "The critique of rights in critical legal studies", p. 199.

proteção jurídico-constitucional dos indivíduos, mas, ao contrário, é consistente com “uma crença apaixonada na radical expansão dos direitos do cidadão contra o Estado” e com um “projeto de esquerda de mudança em uma direção igualitária e comunitária”.⁴¹⁵

O mero descarte da linguagem dos direitos, como reclamado na autoproclamada crítica revolucionária de Duncan Kennedy, se revela politicamente ingênuo, na medida em que não se considera aí um aspecto decisivo para a compreensão dos direitos: a sua conformação como um termo ou conceito avaliativo (*appraisive term*).⁴¹⁶ A noção de um *appraisive term* procura evidenciar o fato de que, por conta do modo como são empregados nos contextos sociais, alguns termos e conceitos se revestem de um tal sentido valorativo que fica totalmente inviabilizada a possibilidade de sua utilização em atos de fala para expressar um juízo avaliativo de sinal contrário. Quando utilizado para descrever uma ação ou um estado de coisas, um termo avaliativo já encerra uma determinada apreciação positiva ou negativa dessa ação ou estado de coisas: ele só pode ser utilizado para “desempenhar atos de fala recomendando ou aprovando, ou, ao contrário, condenando e criticando, quaisquer ações que eles são utilizados para descrever”.⁴¹⁷ Os conceitos avaliativos configuram uma *prison-house of language*, impedindo-nos de escapar da semântica inerente ao valor revelado com o seu uso nos atos de fala. Skinner exemplifica essa possibilidade discursiva com o adjetivo “corajoso”. Ninguém pode considerar que está empregando legitimamente o qualificativo “corajoso” se desconhecer “que ele é usado para elogiar, expressar aprovação, e, especialmente, para expressar (e solicitar) admiração para

⁴¹⁵ KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, pp. 334 e 342.

⁴¹⁶ Para essa questão, cf. SKINNER, Quentin. “Language and political change”; e SKINNER, Quentin. “Moral principles and social change”, pp. 148-155.

⁴¹⁷ SKINNER, Quentin. “Moral principles and social change”, p. 148.

qualquer ação que ele descreve”.⁴¹⁸ Em suma, não há a possibilidade linguística de se depreciar alguém ou algum ato qualificando-o como corajoso; dizer que alguém é corajoso sempre significará uma apreciação positiva dessa pessoa.

Como um desses termos avaliativos, a ideia de *direito* sempre expressará um juízo positivo acerca de um determinado interesse ou postulação moral ou constitucional. Mais ainda, no contexto social prevalecente contemporaneamente no Ocidente, caracterizado pela impossibilidade de se compartilhar amplamente algum *ethos* de base religiosa ou filosófica, a qualificação como *direito* é virtualmente a qualificação mais elevada que se pode atribuir a esse interesse ou postulação. Portanto, não há como perder a fé nos direitos porquanto nas discussões de moralidade política a imputação de um juízo aprobatório a um determinado interesse ou postulação, a reivindicação para que ele mereça acolhimento social, será invariavelmente enunciada em termos de que esse interesse ou postulação é um *direito*.

Enfim, na compreensão e resolução dos nossos problemas de moralidade política, enquanto não sobrevier uma revolução conceitual que transforme as linguagens estruturantes da nossa política, enquanto não inventarmos novos *appraisive terms*, nós estaremos condenados à *prison-house of language of rights*: estaremos condenados a fazer da nossa política uma política dos direitos, a fazer política com os direitos. Até que tenhamos inventado essas novas linguagens da nossa política, fugir da cultura dos direitos, do mundo dos direitos, só nos conduziria a

⁴¹⁸ SKINNER, Quentin. “Language and political change”, pp. 10-11.

“entrar no delírio e na ausência de comunicação”;⁴¹⁹ só nos levaria a silenciar os nossos discursos políticos, a eliminar a política.

Na última parte desta tese, eu empreendo um esforço de superação do constitucionalismo *lochneriano* que leve a sério esse caráter avaliativo da linguagem dos direitos. Esse intento de ressignificação da linguagem constitucional dos direitos é animado fundamentalmente por dois impulsos: em primeiro lugar que, contra os esforços especulativos de concepção de teorias dos direitos que possam alicerçar a hostilidade do constitucionalismo com respeito à política, devemos pensar os direitos como resultado da experiência de enfrentamento e superação dos contextos históricos de opressão e carência, como um discurso político que, a partir da memória da privação dos direitos e da dignidade, viabiliza lutas políticas pela superação desse *status quo*; e ainda que um tal uso da linguagem dos direitos apenas pode ser conduzido se acolhermos a reivindicação de Maquiavel para o reconhecimento do caráter inarredavelmente conflitivo da experiência social.

⁴¹⁹ GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes*, p. 20.

PARTE III

**REPÚBLICA, LIBERDADE E MEMÓRIA: A LINGUAGEM DOS
DOS DIREITOS COMO PRÁTICA DO CONFLITO**

1. A “invenção” dos republicanismos

1.1 Os *republican revivals* e suas aporias

A pretensão de se valer de elementos prestigiados na visão política republicana para a apreciação e a crítica do constitucionalismo não é nenhuma novidade na teoria constitucional contemporânea. Os constitucionalistas deram causa a um expressivo e instigante *republican revival*, produzindo, a partir de categorias e argumentos identificados com a tradição republicana, uma miríade de reconsiderações do sentido da Constituição e dos direitos dominante no nosso tempo, abarcando diversos aspectos do *design* institucional liberal e contemplando um igualmente variado espectro de proposições. Julgando-se inspirados pela tradição republicana, constitucionalistas discutiram, ou discutiram mais enfaticamente, questões como a relevância das preocupações com o bem comum, em detrimento dos interesses privados, nos debates políticos; a necessidade de fortalecimento dos vínculos sociais entre os membros da comunidade política; os benefícios de um processo de formação da vontade política baseado em argumentos deliberativos; e, obviamente, as deficiências da concepção *lochneriana* da Constituição, do *judicial review* e dos direitos.⁴²⁰

A despeito da diversidade de questões examinadas e posições assumidas, consolidou-se uma tendência entre os constitucionalistas envolvidos nesse esforço reinterpretaivo para considerar que os influxos da tradição republicana simplesmente renovariam a visão constitucional dominante, sem derribar ou mesmo abalar os

⁴²⁰ Para uma suma das questões discutidas ou enfatizadas na teoria constitucional por influência do *revival republican*, cf., entre tantos, FALLON, Richard. “What is Republicanism, and is It Worth Reviving”, pp. 1696-1687; GEY, Steven. “The Unfortunate Revival of Civic Republicanism”, pp. 804-830; e GALSTON, Miriam. “Taking Aristotle Seriously: Republican-Oriented Legal Theory and the Moral Foundation of Deliberative Democracy”, pp. 334-335.

fundamentos do edifício político *lochneriano*. A orientação dominante, assim, foi no sentido de que seria possível uma reconciliação entre os ideais do liberalismo e do republicanismo para produzir uma espécie de republicanismo liberal, algo como um liberalismo mais qualificado, deferente a uma visão mais cívica do constitucionalismo.

Em *Beyond the Republican Revival*, Cass Sunstein desenvolveu expressamente o projeto de articulação de um “republicanismo liberal”, uma visão política baseada na tradição republicana que, na sua apreciação, não seria tão antiliberal como teriam sido algumas concepções do período formativo do constitucionalismo norte-americano, por conta da caricatura do liberalismo que elas haviam tomado como referência.⁴²¹ Para Sunstein, os *founding fathers* estavam profundamente influenciados pelos valores do republicanismo, buscando o estabelecimento de um governo no qual cidadãos investidos de iguais prerrogativas decidiriam as questões públicas com consideração a argumentos compartilhados pela comunidade, e não aos interesses de facções ou classes sociais.⁴²² Esse compromisso com os valores republicanos assumido na Constituição norte-americana deveria, segundo Sunstein, ser renovado, com o acolhimento dos princípios fundamentais do republicanismo como uma fonte de orientação para a organização da atividade do governo e, mais particularmente, para a interpretação do *corpus* constitucional em consonância com as aspirações de uma comunidade que persegue o interesse público.⁴²³

No tocante especificamente ao sentido dos direitos constitucionais, Sunstein reconhece que a concepção republicana conflita radicalmente com a

⁴²¹ Cf. SUNSTEIN, Cass. “Beyond the republican revival”, pp. 1541-1567.

⁴²² Cf. SUNSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*, pp. 17-39.

⁴²³ Cf. SUNSTEIN, Cass. “Beyond the republican revival”.

concepção dos direitos subjacentes ao constitucionalismo *lochneriano*. A tradição republicana compreende a visão *lochneriana* como uma limitação da dinâmica política a partir da crença na “existência de uma esfera privada natural ou pré-política”, ignorando, em consequência, “as funções constitutivas do direito”, a dependência das práticas sociais das decisões tomadas no sistema jurídico. Diferentemente dessa concepção, a tradição republicana interpreta os direitos “ou como a pré-condição ou como o resultado de um processo deliberativo não distorcido”, de tal maneira que a existência de “espaços de autonomia privada dever ser justificada em termos públicos”. Todavia, uma vez que, na interpretação de Sunstein, a abordagem *lochneriana* dos direitos já teria sido superada — a Era *Lochner* teria sido apenas um desvio momentâneo no constitucionalismo —, a concepção republicana dos direitos é por ele avaliada como plenamente compatível com a concepção dos direitos constitucionais agora dominante e com o *design* institucional a ela subjacente: “Republicanos, obviamente, acreditam nos direitos, se compreendidos como o resultado de um processo deliberativo adequado; conseqüentemente, republicanos apoiam entusiasticamente o uso do constitucionalismo para controlar as maiorias populares”.⁴²⁴

Na mesma linha, Bruce Ackerman impugnou a dicotomia entre visões liberal e republicana da Constituição, salientando que a prática constitucional norte-americana tem sido caracterizada pela combinação de elementos liberais mais individualistas nos momentos ordinários da política, e elementos republicanos deliberativos nos momentos constitucionais da política.⁴²⁵ Ackerman sugere que o ideário republicano pode prestigiar uma linha mais progressista do liberalismo, que,

⁴²⁴ SUNSTEIN, Cass. “Beyond the republican revival”, p. 1551 e 1579-1580.

⁴²⁵ Cf. ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*, pp. 6-21.

por exigir que a autonomia privada seja efetivamente assegurada na vida social, pode reconhecer como direitos constitucionais legitimamente amparados Na *Equal Protection Clause* certas demandas sociais, em oposição a um liberalismo mais conservador que, por se contentar com uma proclamação formal da autonomia privada, só tem utilidade para os agentes que por si mesmos já desfrutam das condições sócio-econômicas para o livre exercício da sua liberdade.⁴²⁶

Embora, diferentemente de Sunstein e Ackerman, Michelman não enuncie explicitamente adesão ao projeto de elaborar um liberalismo republicano (ou um republicanismo liberal), as suas posições, pelo menos as posições que ele sustentava entre as décadas de 1980 e 1990, também evidenciam um intento de renovação, e não de superação, da compreensão *mainstream* do constitucionalismo a partir de subsídios republicanos.⁴²⁷ Michelman vê na concepção republicana não uma mera opção, mas, antes, uma necessidade para a conformação do direito contemporâneo, particularmente para a legitimação do reconhecimento como direitos constitucionais dos requisitos sociais e econômicos necessários ao exercício de uma cidadania ativa: “o republicanismo tem sido, *par excellence*, uma corrente do pensamento constitucional deferente ao reconhecimento da dependência da política legítima de condições sociais e econômicas capazes de sustentar uma ‘ativa e informada cidadania (...)’, assim como do reconhecimento da dependência dessas condições, a sua vez, da ordem jurídica”.⁴²⁸ Todavia, para Michelman, a recepção da

⁴²⁶ Cf. ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*, pp. 29-30.

⁴²⁷ As posições de Michelman são notoriamente mais complexas. Embora se identificando com as dimensões do republicanismo associadas ao diálogo e ao uso da razão, Michelman rejeita outras dimensões que ele considera constitutivas dessa tradição, como a noção de virtude cívica e bem comum; cf. MICHELMAN, Frank. “Laws’ Republic”, pp. 1493-1499; e MICHELMAN, Frank. “Traces of Self-Government”, pp. 38-45. Fallon, ao contrário, considera que a principal referência teórica de Michelman é o “santo dos santos liberal, Immanuel Kant”; in FALLON, Richard. “What is Republicanism, and is It Worth Reviving?”, p. 1730.

⁴²⁸ MICHELMAN, Frank. “Laws’ Republic”, pp. 1504-1505.

tradição republicana não pode legitimar a defesa de um tipo de comunitarismo estático e paroquial; ao contrário, deveria enfatizar as dimensões participativas e pluralistas da visão republicana, evidenciando “como a renovação da comunidade política, mediante a inclusão dos que estavam excluídos, enriquece a liberdade política de todos”.⁴²⁹

Esses esforços dos constitucionalistas para lustrar a visão *lochneriana* do constitucionalismo com elementos republicanos, sem abalá-la nos seus fundamentos, encontra uma simetria nos esforços de alguns teóricos políticos para renovar a política com fundamentos republicanos sem, todavia, enfrentar as implicações desse *republican turn*⁴³⁰ sobre alguns dos elementos estruturantes da política constitucional contemporânea, como, particularmente, o que diz respeito à resolução das questões de moralidade política em termos de reconhecimento e proteção de direitos constitucionais. Com isso, republicanização débil do constitucionalismo *lochneriano*, de um lado, e constitucionalização insuficiente da teoria política republicana, de outro lado, acabam por produzir o mesmo resultado: a formulação de compreensões da política e do direito incapazes de conferir viabilidade a uma prática constitucional de sentido republicano.

A maior expressão dessa tendência é o trabalho de Philip Pettit. Pettit, mesmo elaborando, *à la* Rawls, uma exaustiva concepção do republicanismo como “uma teoria da liberdade e do governo”,⁴³¹ dedicou escassa atenção à problemática dos direitos na perspectiva constitucional que os coloca como um elemento fundamental na prática política da sociedade contemporânea. Ressaltando que a visão política republicana não pode ser entendida, seja por imaginação ou má compreensão, como

⁴²⁹ Cf. MICHELMAN, Frank. “Laws’ Republic”, p. 1495.

⁴³⁰ Para a percepção da relevância dessa nova ênfase como um “giro republicano”, cf. PETTIT, Philip. *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, p. 4.

⁴³¹ Cf. PETTIT, Philip. *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*.

uma “tradição de direitos similar àquela que é algumas vezes associada ao liberalismo”, Pettit sustenta que os “republicanos não têm nenhuma razão para pensar dos direitos — ainda que concebidos de modo mais enriquecido — como os únicos recursos para proteger e assegurar que as pessoas não serão dominadas”. A visão política republicana, ao contrário, reivindicaria que os indivíduos são mais eficientemente protegidos quando a eles é concedido poder para se contrapor àqueles que desejem dominá-los. Pettit argumenta com os exemplos dos movimentos dos trabalhadores e feministas, que tiveram muito mais êxitos na defesa dos seus interesses com o exercício do poder e a mudança de padrões culturais, como consequência da ação política, do que com o reconhecimento formal de direitos. Esse argumento de Pettit é politicamente consistente; todavia, ele negligencia que, por conta do caráter *appraisive* dos direitos, as reivindicações dos trabalhadores e das mulheres, e mesmo os poderes e as mudanças culturais que levaram ao seu reconhecimento, foram invariavelmente enunciados como demandas por reconhecimento e efetivação de direitos. Assim vistas as coisas, forçoso é reconhecer que a tradição republicana só poderá ter relevância para a sociedade contemporânea se ela explicitar o sentido que a linguagem dos direitos assumiria numa prática política e constitucional informada por categorias republicanas.

Viroli também revela uma inclinação semelhante para negligenciar o sentido específico que os direitos assumiriam numa prática política e constitucional republicana, mas por razões opostas às evidenciadas por Pettit. É que, partindo da noção da república como “a comunidade política dos cidadãos soberanos fundada sobre o direito e o bem comum”, Viroli localiza o cerne das aspirações republicanas no

ideal do “governo della legge”,⁴³² com o que as suas posições tendem a se aproximar de um apelo amortecido pela renovação cívica do *rule of law* característico do discurso político liberal.

Nos tópicos que se seguem, eu tentarei sustentar uma concepção da Constituição e dos direitos que avance além das aporias evidenciadas nesses *republican revivals*, explicitando o sentido específico que a linguagem dos direitos pode assumir quando se toma como referência a visão republicana acerca da relação entre a política legítima e o direito, particularmente, como já ressaltado, a visão da liberdade prestigiada por Maquiavel, baseada na fundamentalidade da discórdia civil para a política e a ordem constitucional. Ao final, esse esforço de ressignificação da linguagem constitucional dos direitos será radicalizado com os subsídios do outro impulso que eu indiquei como balizador desse intento reinterpretaivo, qual seja, a compreensão dos direitos como uma prática política discursiva que, a partir da memória do sofrimento, confronta e busca superar o *status* de injustiça e opressão (tópicos 3.3 e 3.4).

1.2 O problema “Maquiavel”, a historiografia da Renascença e a “invenção” do republicanismo

O êxito histórico do discurso político liberal, como evidenciado na análise levada a efeito na segunda parte desta tese, não impediu o pensamento político e jurídico ocidental de procurar outros caminhos para a compreensão e a conformação da vida social a partir da modernidade. Ao contrário, revelou-se extremamente pobre a leitura triunfalista que sempre pretendeu reduzir as possibilidades interpretativas à

⁴³² VIROLI, Maurizio. *Repubblicanesimo*, p. vii. Para essa crítica à concepção republicana de Viroli, cf. BACCELLI, Luca. *Critica del repubblicanesimo*, pp. 118-121.

formulação e à progressiva prevalência de uma visão individualista e contratualista da política, comprometida, tendo por referência a linguagem dos direitos, com o estabelecimento da moldura institucional necessária ao funcionamento da sociedade comercial. Com efeito, uma robusta pesquisa historiográfica empreendida a partir da metade dos anos 50 e o começo dos anos 60 do século XX,⁴³³ produzida por especialistas na Renascença, preocupados, inicialmente, com a interpretação do pensamento de Maquiavel, permitiu revelar um conjunto expressivo de autores que do *trecento* italiano às revoluções liberais do final do século XVIII, falando uma linguagem bastante diferenciada da linguagem dos direitos, defenderam visões da política e do direito distintas da concepção liberal vitoriosa, visões essas ao final referidas como *republicanismo*. Republicanismo, para dizê-lo agora de algum modo, no sentido de concepção da política e do direito que vê o decisivo da liberdade não na ausência de interferência na esfera privada, como fazem os liberais, ou na autonomia política, como fazem os democratas, mas sim na ausência de sujeição à dominação arbitrária de qualquer *dominus*.

O impulso que estava na base dessa ênfase no estudo da política da Renascença, é dizer, o esforço para decifrar o enigma do pensamento de Maquiavel, não era nenhuma novidade no universo político ocidental. A fama de Maquiavel como o maligno defensor de uma “razão de Estado” que deu origem ao pensamento político moderno e, portanto, à degeneração da visão clássica da política não é uma invenção de Strauss.⁴³⁴ Ao contrário, já em 1539 o Cardeal Reginald Pole, adversário de Henrique VIII, sustentava na sua *Apologia ad Carolum Quintum Caesarem* que, após

⁴³³ Destaque-se, todavia, o influente artigo publicado ainda em 1939 por Felix Gilbert, a seguir discutido; cf. GILBERT, Felix. “The humanist concept of the prince and *The Prince* of Machiavelli”.

⁴³⁴ “Se é verdade que apenas um homem perverso se disporia a ensinar máximas de gangsterismo público e privado, então somos forçados a reconhecer que Maquiavel foi um homem perverso (*an evil man*)”, in STRAUSS, Leo. *Thoughts on Machiavelli*, p. 9.

haver lido *Il Principe* em 1527-28, desde as primeiras páginas havia notado que “embora apresentasse o nome e o estilo de um ser humano, aquele livro havia sido escrito pela mão de um demônio”.⁴³⁵ Na medida em que o generalizado conhecimento desse *maquiavelismo*, do *maquiavélico*, precedia e, quase sempre, dispensava o conhecimento das próprias concepções de Maquiavel, foram sempre intelectos mais atentos, percebendo as implicações da sua obra para a *fortuna* da política ocidental, que procuraram compreender, para acolher ou refutar, a visão política maquiaveliana para além dessa difundida noção popular. Autores de épocas, com concepções e fazendo avaliações tão diferentes como Bacon, Harrington, Rousseau, Fichte, Frederico II, Meinecke, Croce, Cassirer e Gramsci foram todos seduzidos pela complexidade e relevância da visão da política de Maquiavel.⁴³⁶

Para a dinâmica historiográfica que levou à redescoberta do republicanismo, todavia, de muito maior importância é o fato de que esse inicial interesse pela interpretação da obra de Maquiavel levou, na segunda metade do século XX, a um interesse e a um vigoroso debate acerca de uma nova forma de entender a política identificada com o tempo em que viveu e com o próprio pensamento político de Maquiavel: a visão que viria a ser conhecida como o *humanismo cívico*. Nesse debate estariam envolvidos, inicialmente, alguns intelectuais alemães emigrados, por causa do nazismo, para os Estados Unidos, como Felix Gilbert, Hans Baron e Paul Oskar

⁴³⁵ *Apud* STOLLEIS, Michael. “Arcana imperii’ e ‘ratio status’. Osservazione sulla teoria política del primo Seicento”, p. 36. Stolleis também compila diversas passagens evidenciando que, já na segunda metade do século XVI, qualificativos derivados do nome de Maquiavel (“*machiavellistes*”, “*machiavellisti*”) eram utilizados em sentido depreciativo, por exemplo, para identificar os “*politici*”, ou seja, os adversários do partido católico; cf. STOLLEIS, Michael. “Il leone e la volpe. Una massima política del primo assolutismo”, pp. 19-22.

⁴³⁶ Para uma visão do conjunto das interpretações de Maquiavel, entre tantos, cf., sinteticamente, BERLIN, Isaiah. “O Problema de Maquiavel”; e BARON, Hans. “Machiavelli: The Republican Citizen and the Author of ‘The Prince’”. Mais exhaustivamente, cf. PROCACCI, Giuliano. *Studi sulla fortuna del Machiavelli*; e LEFORT, Claude. *Le travail de l’oeuvre Machiavel*.

Kristeller, e, posteriormente, dois autores fundamentais na apreensão e disseminação da história e da visão política republicana: John Pocock e Quentin Skinner.⁴³⁷

Para o entendimento desse debate historiográfico que resultou na redescoberta da visão política republicana, pode-se tomar como referência o influente artigo publicado em 1939 por Felix Gilbert. Nesse artigo, Gilbert, assumindo estar fazendo uma contribuição inovadora para revelar as visões políticas do humanismo, ofuscadas, na sua opinião, pela “filosofia social sistemática do período medieval precedente e pela ciência política ‘realista’ que se seguiu”, interpretou *Il Principe* como defendendo uma visão da política que, a um só tempo, recepcionava e superava as anteriores visões acolhidas nas formulações humanistas da tradicional literatura de aconselhamento aos príncipes (*os espelhos para o príncipe*).⁴³⁸ Na leitura de Gilbert, a contribuição específica dos humanistas a esse gênero literário foi a radical modificação por eles introduzida nos fundamentos invocados para orientar a conduta do príncipe: exemplos históricos extraídos da Antiguidade, e não mais argumentos teóricos abstratos, frequentemente de base teológica. A partir dessa nova orientação, puderam os humanistas encarar sob outra perspectiva a discussão tradicional sobre os catálogos de virtudes, examinando a dimensão mais pessoal, e não tanto institucional da temática do governo, e, em consequência, a questão, de notória inspiração aristotélica, atinente à submissão ou não do príncipe ao mesmo balizamento ético a que estavam sujeitos os cidadãos em geral. Embora fundamental para o seu propósito de ler *Il*

⁴³⁷ Para recentes reavaliações desse debate, cf. a obra editada por Jamis Hankins (HANKINS, James. *Renaissance Civic Humanism: Reappraisals and Reflections*) e o artigo de Boutcher incluído no volume comemorativo dos 25 anos da publicação de *The Foundations of Modern Political Thought*, de Skinner (BOUTCHER, Warren. “Unoriginal authors: how to do things with texts in the Renaissance”).

⁴³⁸ GILBERT, Felix. “The humanist concept of the prince and *The Prince* of Machiavelli”, p. 452. As contribuições anteriores foram classificadas por Gilbert ou como “incompletas ou desatualizadas” ou como “sintéticas”. O único esforço comparável ao seu, segundo Gilbert, teria sido um artigo publicado em 1898 por F. von Bezold (“Republik und Monarchie in der italienischen Literatur des 15. Jahrhunderts”, nota de rodapé na página citada).

Principe como uma expressão da visão política humanística, não se revelou convincente historicamente esse argumento de Gilbert dando conta que, comparativamente aos seus predecessores medievais, os humanistas, porque influenciados pela concepção individualista que seria dominante àquela época, enfatizavam mais as virtudes pessoais do governante, em detrimento da dimensão institucional da política.⁴³⁹

Segundo Gilbert, conquanto inserindo-se nessa tradição política humanista, Maquiavel produziu resultados inovadores ao assumir as consequências lógicas da ideia de que as *virtus* do príncipe deveriam ser diferentes das *virtus* dos cidadãos comuns. Gilbert sustentou que os predecessores humanistas de Maquiavel não puderam alcançar esses resultados em razão de que a sua abordagem ainda se orientava pela consciência política idealista do Medievo, ingenuamente alheia e pretensamente soberana em face da *fortuna* da história. Todavia, Maquiavel, consciente que a história poderia revelar-se a “manifestação de um poder incontrolável e incompressível”, que punha em risco a própria subsistência do *stato*, dirigiu as suas preocupações para o conhecimento das leis que determinariam o curso dos acontecimentos históricos. Essas leis, uma vez descobertas, poderiam ser utilizadas pelo príncipe para prevalecer sobre a *fortuna*. Portanto, para Gilbert, o realismo político de *Il Principe*, que influenciou sobremaneira o *cinquecento*, resultou do esforço consciente de Maquiavel para substituir “todos os traços da personalidade

⁴³⁹ Cf. GILBERT, Felix. “The humanist concept of the prince and *The Prince of Machiavelli*”, pp. 461-464. Para uma apreciação contrastante à de Gilbert nesse aspecto, sublinhando, ao contrário, a ausência em Maquiavel de qualquer preocupação com a aquisição de virtudes pessoais a partir da educação, e a sua recusa em justificar as virtudes com referencia a um catálogo de qualidades morais pessoais, cf. SKINNER, Quentin. *The Foundations of Modern Political Thought: The Renaissance, Vol. 1*, pp. 122-126.

humana idealizada”, compartilhados por seus predecessores humanistas,⁴⁴⁰ por uma “concepção suprapessoal das razões do Estado”.⁴⁴¹

Seguindo e radicalizando a interpretação de Gilbert, Hans Baron fez uma decisiva contribuição ao tema ao interpretar como um “humanismo cívico” a recepção no Renascimento dos ideais políticos oriundos da Grécia antiga e da Roma republicana. O termo “humanismo cívico” (*Bürgerhumanismus*) havia sido introduzido por um jovem Baron em 1925, ainda na Alemanha, na sua análise da obra *Soziale Probleme der Renaissance*, de F. Engel-Jànosi.⁴⁴² Todavia, a sua inovação linguística só adquiriu notoriedade após a publicação do seu livro *The Crisis of the Early Italian Renaissance: Civic Humanism and Republican Liberty in an Age of Classicism and Tyranny*, em 1955, quando Baron já vivia nos Estados Unidos.⁴⁴³ Na sua análise da história do pensamento político florentino entre o *trecento e o quattrocento*, Baron acolheu os argumentos sustentados por Jacob Burckhardt em *Die Kultur der Renaissance in Italien: Ein Versuch*, de 1860, obra que popularizou a crença na existência de um período histórico entre o final do Medievo e o início da Modernidade no qual a Europa — e a Itália em particular — teria vivenciado o *rinascimento* da cultura e dos valores clássicos.⁴⁴⁴ Na visão de

⁴⁴⁰ Gilbert defendeu que os capítulos XV a XIX de *Il Principe*, que fizeram a fama de maldito de Maquiavel, constituíam um conjunto independente do resto do livro, escrito com “o propósito expresso de acrescentar uma continuação e uma refutação dos catálogos de virtudes humanistas”; cf. GILBERT, Felix. “The humanist concept of the prince and *The Prince* of Machiavelli”, pp. 469-470. Esse argumento de Gilbert é assumidamente baseado na hipótese formulada por Meineck, que fora seu Professor na Alemanha, para a composição de *Il Principe*: originalmente um tratado, intitulado *De principatibus*, composto apenas pelos onze primeiros capítulos, tratando sobre “a natureza do principado, suas diversas espécies, e de como eles são conquistados, mantidos e perdidos”, ao qual teriam sido adicionados, como a segunda parte da obra, os capítulos seguintes; cf. GILBERT, Felix. “The humanist concept of the prince and *The Prince* of Machiavelli”, pp. 480-483

⁴⁴¹ Cf. GILBERT, Felix. “The humanist concept of the prince and *The Prince* of Machiavelli”, pp. 469-470. Essa visão, inclusive com referencia em nota de rodapé, é claramente tributária da concepção de Meineck; cf. MEINECKE, Friedrich. *La idea de la razón de Estado em la Edad Moderna*, pp. 27-35.

⁴⁴² Cf. FUBINI, Riccardo. “Renaissance Historian: The Career of Hans Baron”, p. 560.

⁴⁴³ Na edição de 1955, a obra tinha dois volumes; posteriormente, em 1966, foi republicada num volume único.

⁴⁴⁴ Escrevendo em 1960, em comemoração ao centenário da publicação de *Die Kultur der Renaissance in Italien*, Baron afirmou que a “visão de Burckhardt revela-se equivalente e pode ainda, eventualmente, revelar-

Burckhardt, o Renascimento, essa “reprodução humanista da Antiguidade”, configurava uma radical ruptura com o imediato passado histórico medieval, em direção ao mundo moderno da individualidade, algo como um salto para trás sobre um abismo de trevas, para o resgate da “venerada Antiguidade”, com vistas a avançar para o mundo iluminado moderno.⁴⁴⁵ Como afirmado numa passagem célebre de *Die Kultur der Renaissance in Italien*:

“Na Idade Média, ambas as faces da consciência — aquela voltada para o mundo exterior e a outra, para o interior do próprio homem — jaziam, sonhando ou em estado de semivigília, como que envoltas por um véu comum. De fé, de uma prevenção infantil e de ilusão tecera-se esse véu, através do qual se viam o mundo e a história com uma coloração extraordinária; o homem reconhecia-se a si próprio apenas pela raça, povo, partido, corporação, família ou sob qualquer das demais formas do coletivo. Na Itália, pela primeira vez, tal véu dispersa-se ao vento; desperta ali uma contemplação (sic) e um tratamento *objetivo* do Estado e de todas as coisas deste mundo. Paralelamente a isso, no entanto, ergue-se também, na plenitude dos seus poderes, o *subjetivo*: o homem torna-se um *indivíduo* espiritual e se reconhece como tal”.⁴⁴⁶

A cosmovisão dominante no *rinascimento* passou a ser compreendida e propagada como revelando o triunfo da centralidade do indivíduo sobre a tirania de uma ordem social concebida em termos holísticos. Assim, de modo geral, humanistas passaram a ser reputados aqueles que, a partir do início do século XIV,⁴⁴⁷ se valeram

se superior às visões concorrentes sobre a natureza da transição para a era moderna”, in BARON, Hans. “Burckhardt’s ‘Civilization of the Renaissance’ A Century after its Publication”, p. 222.

⁴⁴⁵ BURCKHARDT, Jacob. *A Cultura do Renascimento na Itália*, p. 197.

⁴⁴⁶ BURCKHARDT, Jacob. *A Cultura do Renascimento na Itália*, p. 145. A compreensão do Renascimento como o triunfo do humanismo ou, mais radicalmente, como na visão de Burckhardt, da emergência do indivíduo no sentido moderno, ainda que amplamente acolhida na doutrina (cf. por todos DUMONT, Louis. *Ensaio sobre o individualismo: uma perspectiva antropológica sobre a ideologia moderna*), é impugnada como uma anacrônica imputação de valores do século XIX a um período histórico anterior (cf. a excelente Introdução de James Hankins a *Renaissance Civic Humanism: Reappraisals and Reflections*, pp. 11-12), ou como a invenção de um mito, acriticamente recepcionado no século XX como uma descrição histórica da condição do mundo ocidental a partir da modernidade (cf. GREENBLATT, Stephen. *Renaissance Self-fashioning: From More to Shakespeare*).

⁴⁴⁷ Seguimos, assim, a cronologia que Skinner estabeleceu com base na mudança por ele entrevista no padrão do uso dos textos clássicos por parte dos juristas: “Os esforços desses juristas do início do século XIV para estudar os clássicos pelo seu valor literário, antes do que meramente para seu uso [retórico], conferem a eles a condição de primeiros verdadeiros humanistas — os primeiros escritores para quem ‘a luz começou a brilhar’, como Salutati afirmaria mais tarde, no meio da escuridão absoluta da sua época”, in SKINNER, Quentin. *Foundations of Modern Political Thought: The Renaissance, Vol. 1*, p. 37.

da tradição e dos textos de filósofos, poetas, oradores e historiadores gregos e romanos para interpretar e, em seguida, polemizar com a sua condição histórica. Como já destaquei,⁴⁴⁸ Baron, embora acolhendo essa noção, criticou-a por não estabelecer uma diferenciação nítida entre os primeiros humanistas do *trecento*, mais próximos do tipo descrito por Burckhardt, individualistas e alienados das questões políticas, e os humanistas do *quattrocento*, que, sob a contingência da crise política de Florença, adquiriram uma nova consciência e se valeram de um novo vocabulário político a partir do resgate da ideia de um *vivere civile* que se entendia característico da *polis* aristotélica.⁴⁴⁹ Baron foi enfático em estabelecer o momento e o contexto histórico da crise que deu origem a essa nova consciência política: a Florença entre os anos de 1390-1402, na sua luta por liberdade cívica em face das pretensões imperialistas do milanês Giangaleazzo Visconti.⁴⁵⁰ Particularmente, Baron sustentou que os eventos políticos dos anos 1401-02 tiveram a função de um “catalizador da emergência das novas ideias”.⁴⁵¹

A principal reação à interpretação de Baron foi sustentada por Paul Kristeller, que defendeu a existência de uma continuidade entre o pensamento e a retórica medieval e renascentista. O cerne da sua impugnação foi o desprezo que Baron teria devotado ao fato de que os humanistas do *quattrocento* já exerciam de há muito significativa influência social e literária com o exercício da retórica.⁴⁵² Para Kristeller o humanismo que se desenvolveu progressivamente no Renascimento produziu apenas um modo para ensinar a retórica orientado pelos valores clássicos e para glosar os textos então descobertos, não tendo produzido qualquer expressão nova

⁴⁴⁸ Cf. o tópico 4.1, na Primeira Parte.

⁴⁴⁹ Cf. BARON, Hans. *The Crisis of the Early Italian Renaissance*, pp. 49-58, 121 e 443-450.

⁴⁵⁰ Cf. BARON, Hans. *The Crisis of the Early Italian Renaissance*, pp. 28-42.

⁴⁵¹ BARON, Hans. *The Crisis of the Early Italian Renaissance*, p. 446.

⁴⁵² Cf. KRISTELLER, Paul. *Medieval Aspects of Renaissance Learning*.

de pensamento político, menos ainda um pensamento político vinculado à tradição das virtudes cívicas.⁴⁵³ Em resumo, segundo Kristeller, os humanistas teriam apenas “introduzido um estilo novo, classicista, na tradição da retórica medieval”.⁴⁵⁴ Essa visão despolitizada do humanismo influenciou diversos estudiosos, que passaram a focar no seu trabalho principalmente temas pedagógicos do estilo literário latino ou a história dos manuais de *elocutio* ou de tropos de linguagem.⁴⁵⁵

Importa agora elucidar a posição de Skinner e Pocock com respeito a esse debate historiográfico e atinar para a sua conexão com a visão que cada um deles professa com respeito ao republicanismo. Pocock adere à tese de Baron quanto ao caráter de ruptura do humanismo cívico com o pensamento político que lhe antecedeu. Para Pocock, a questão da precisa localização da emergência do discurso político humanista na virada do *trecento* para o *quattrocento* não tem a mesma relevância que tem o conhecimento das implicações das mudanças ocorridas na linguagem política utilizada àquele momento e das causas para essas transformações. Todavia, Pocock avalia que algumas críticas à cronologia proposta por Baron revelam impugnações muito mais graves, pois que colocariam em cheque a própria legitimidade da autonomia do humanismo cívico como um pensamento político, seja por considerarem irrelevante para o acolhimento e a defesa da *vita activa* a tomada de consciência dos indivíduos quanto à sua condição de cidadãos, seja por considerarem que os florentinos

⁴⁵³ Um aspecto específico da crítica dirigida à interpretação de Baron concentra-se na sua obsessão em identificar o preciso momento histórico em que o humanismo cívico teria feito a sua aparição na história. Nessa linha crítica, por exemplo, John Najemy, um discípulo de Kristeller, ironizou a inclinação de Baron para converter “problemas de interpretação em quebra-cabeças cronológicos”, in NAJEMY, John. “Baron’s Machiavelli and Renaissance Republicanism”, p. 128. No mesmo sentido, cf. SEIGEL, Jerrold. “‘Civic Humanism’ or Ciceronian Rethoric? The Culture of Petrarch and Bruni”, pp. 41-43. Na doutrina brasileira, Bignotto considera “consensual” a procedência das críticas à pretensão de Baron em datar a crise política que teria produzido o humanismo cívico; cf. BIGNOTTO, Newton. *Origens do republicanismo moderno*, p. 28.

⁴⁵⁴ KRISTELLER, Paul. *Tradição Clássica e Pensamento do Renascimento*, p. 34.

⁴⁵⁵ Para essa crítica e os seus desdobramentos, cf. BOUTCHER, Warren. “Unoriginal authors: how to do things with texts in the Renaissance”, pp. 76-77.

não dependiam de uma nova linguagem política humanista para expressar a sua condição de cidadãos.⁴⁵⁶

Skinner, a sua vez, revela uma posição muito mais complexa em relação a esse debate historiográfico.⁴⁵⁷ Em síntese, pode-se dizer que a sua interpretação enquadra o humanismo cívico no âmbito de um processo de *longue durée* de consolidação do pensamento humanista em geral. Esse processo teria se iniciado com os textos pré-humanistas, continuado com os escritos dos humanistas do *quattrocento* e culminado com os trabalhos mais claramente políticos dos humanistas republicanos do *cinquecento*. Skinner também considera que Baron, ao negligenciar a influência dos mestres e instrutores da retórica (os *dictatores*) sobre os argumentos cívicos, não pôde reconhecer a conexão entre o humanismo em geral e o pensamento político dos escritores florentinos do início do século XV. Segundo Skinner, ao enfatizar a importância dos acontecimentos ocorridos em Florença na virada do *trecento* para o *quattrocento* na emergência do novo discurso político republicano, Baron teria subestimado o fato de que as ideias articuladas nesse discurso não eram radicalmente novas, mas antes “uma herança das cidades-repúblicas da Itália Medieval”.⁴⁵⁸ Por outro lado, Skinner sustenta que, a despeito desses problemas cronológicos, Baron, diferentemente de Kristeller, conseguiu perceber algo fundamental: que realmente emergira no Renascimento uma nova visão da política e da liberdade, construída a partir de ideias formuladas “no curso dos dois séculos anteriores por precedentes

⁴⁵⁶ Cf. POCOCK, John. *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, pp. 55-59.

⁴⁵⁷ Hankins considera que Skinner, menos dogmático do que Baron e mais empírico do que Pocock, tem demonstrado uma notável capacidade para “repensar categorias e descrições fundamentais no seu trabalho sobre a tradição republicana”, in HANKINS, James. *Renaissance Civic Humanism: Reappraisals and Reflections*, p. 5.

⁴⁵⁸ SKINNER, Quentin. *Foundations of Modern Political Thought: The Renaissance, Vol. 1*, p. 71.

escritores escolásticos e pré-humanistas”,⁴⁵⁹ ainda que não haja consenso quanto ao *momentum* decisivo nessa transformação. A tese de Kristeller no sentido de que a Renascença não teria conhecido qualquer concepção política nova, menos ainda uma concepção cívica, não ofereceria qualquer explicação para a evidência histórica dando conta de que no início do século XV essas ideias pré-existentes estavam sendo revividas com grande intensidade nos debates travados em Florença por conta da ameaça da invasão milanesa. Enfim, Skinner considera plausível a tese de Baron no sentido de que a defesa da liberdade de Florença teria levado os seus cidadãos a “reviver e expandir as tradições disponíveis da teoria política republicana”, levando à consolidação de uma nova e influente linguagem política no início da modernidade ocidental.⁴⁶⁰

O último aspecto a salientar é que essa diferente tomada de posição com respeito à historiografia da Renascença repercute nas visões de Pocock e Skinner quanto às origens históricas da tradição política republicana: para Pocock, a visão da política de Aristóteles, baseada na existência de uma *polis* na qual o pleno desenvolvimento do indivíduo é considerado dependente da sua atuação como cidadão, um agente político livre que participa nas decisões dos assuntos de interesse de uma comunidade política soberana; para Skinner, que, como já indicado, antevê uma gênese para o discurso republicano anterior a repercussão da tradução da filosofia moral e política de Aristóteles, a influência decisiva na redescoberta da nova linguagem política será a visão romana da liberdade, como descrita por autores como Cícero, Salustio e Sêneca.

⁴⁵⁹ Para a ênfase de Skinner na origem pré-humanista da visão política republicana, cf. em especial SKINNER, Quentin. “Machiavelli’s *Discorsi* and the pre-humanist origins of republican ideas”.

⁴⁶⁰ Cf. SKINNER, Quentin. *Foundations of Modern Political Thought: The Renaissance, Vol. 1*, p. 103.

1.3 Republicanismos: humanismo cívico e teoria neo-romana da liberdade

Embora não concordando em todos os aspectos concernentes à história, significado e valor da tradição republicana, entre os trabalhos que devem necessariamente ser lembrados como fundamentais na redescoberta dessa tradição estão: de Felix Gilbert, o precursor artigo discutido no tópico precedente e o livro *Machiavelli and Guicciardini: Politics and History in Sixteenth Century Florence* (1965); de Hans Baron, principalmente o livro *The Crisis of the Early Italian Renaissance: Civic Humanism and Republican Liberty in an Age of Classicism and Tyranny* (1955) e o artigo “Machiavelli: The Republican Citizen and the Author of ‘The Prince’” (1961); de Zera Fink, *The Classical Republicans: An Essay in the Recovery of a Pattern of Thought in 17th Century England* (1962); de Felix Raab, *The English Face of Machiavelli. A Changing Interpretation - 1500-1700* (1964); e de John Pocock, o artigo “Machiavelli, Harrington and English Political Ideologies in the Eighteenth Century” (1965) e o livro *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition* (1975). Em seguida, já refletindo a recepção dessa historiografia no debate sobre os fundamentos político-filosóficos da Revolução norte-americana, as obras de Bernard Baylin, *The Ideological Origins of the American Revolution* (1967); de Gordon Wood, *The Creation of the American Republic* (1969); e de Gerald Stourzh, *Alexander Hamilton and the Idea of Republican Government* (1970).⁴⁶¹

A percepção mais clara da existência e, mais ainda, da relevância dessa linguagem alternativa ao constitucionalismo liberal adveio, sem dúvida, com a

⁴⁶¹ A importância dessas e de outras obras para a formulação de uma síntese republicana impugnando o paradigma liberal como a única influência relevante na formação do constitucionalismo norte-americano — na linha do “Locke *et praeter nihil*” —, é discutida em SHALHOPE, Robert E. “Towards a Republican Synthesis: The Emergence of an Understanding of Republicanism in American Historiography”.

publicação em 1975 do influente *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, de John Pocock. A investigação historiográfica empreendida por Pocock a partir da década de 1960, baseada nos pressupostos metodológicos da Escola de Cambridge discutidos anteriormente, foi orientada pela sua crítica ao modelo dominante de interpretação da história do pensamento político ocidental no período compreendido entre o início da Renascença e as revoluções liberais. Segundo Pocock, esse modelo de historiografia apresentava duas características já evidenciadas na análise levada a efeito na Segunda Parte desta tese: de um lado, compreendia o pensamento político moderno em termos predominantemente jurídicos, acentuando o sentido conferido aos conceitos de direitos naquele período; de outro lado, entrevia nessa evolução histórica a progressiva afirmação de um paradigma de institucionalização da vida social baseado no reconhecimento e proteção jurídica dos direitos necessários aos indivíduos para realizar os seus interesses. Como consequência desse modelo dominante de historiografia, os autores preponderantemente estudados eram aqueles considerados como relevantes na formação e desenvolvimento da linguagem jurídica subjacente ao discurso liberal, em especial, no mundo anglo-saxão, Hobbes e Locke. Pocock postulava que, se, em vez de conferir-se relevância às questões que retrospectivamente interessavam à apologia desse paradigma liberal, a pesquisa historiográfica tivesse considerado adequadamente os discursos políticos e constitucionais que efetivamente eram pronunciados na experiência ocidental moderna, o peso das contribuições desses autores seria provavelmente relativizado.⁴⁶²

⁴⁶² Para essa discussão, cf. SPITZ, Jean-Fabien. “La face cachée de la philosophie politique moderne”, pp. 307-310.

Embora o trabalho de Pocock tenha sido antecedido e influenciado pela análise de Hans Baron, levando-se em conta os impressionantes resultados alcançados por essa historiografia alternativa a partir da publicação de *The Machiavellian Moment*, não é nenhum exagero dizer que Pocock praticamente "inventou" o republicanismo como um modelo diferenciado de interpretação da política e do direito da modernidade ocidental, ao enfatizar *ad nauseam* nas discussões historiográficas a contínua e expressiva influência dessa linguagem no âmbito dos discursos políticos enunciados entre os séculos XV e XVIII na Europa, mas também na América do Norte.⁴⁶³ Com isso, na identificação das linguagens utilizadas nos discursos políticos ocidentais, surgiu uma historiografia na qual "o paradigma do direito natural ocupa apenas uma parte do palco", permitindo-nos reconhecer "idiomas não redutíveis à combinação de linguagens da filosofia e do direito".⁴⁶⁴

Na leitura de Pocock, o cerne para a compreensão do ideário republicano é a antinomia corrupção-virtude.⁴⁶⁵ Aqui se parte de uma filosofia da história que considera a comunidade como submetida a um processo inevitável de corrupção, em face do qual a única reação eficaz é a virtude cívica, entendida no sentido de

⁴⁶³ A particular relevância da obra de Pocock no redescobrimento da visão republicana é um tópico recorrente nos trabalhos doutrinários, sendo enunciado tanto por simpatizantes quanto por críticos dessa tradição. A esse respeito, veja-se, entre tantos, SKINNER, Quentin. "The republican ideal of political liberty", p. 300, e "The idea of negative liberty: philosophical and historical perspectives", p. 203; GOODIN, Robert. "Folie Républicaine", p. 55; ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*, pp. 27-28; O'FERRALL, Fergus. "Civic-Republican Citizenship and Voluntary Action," p. 128; PINZANI, Alessandro. "Repubblicanesimo e democrazia liberale: un binomio inconciliabile?", p. 300. Para a qualificação de Pocock como "inventor" do republicanismo, cf., entre os simpatizantes dessa visão política, BACCELLI, Luca. *Critica del repubblicanesimo*, p. 4; e, entre os críticos, MAFFETONE, Sebastiano. "Liberalism and its critique. Is the therapy worse than the disease?", p. 22. No debate brasileiro, cf. BIGNOTTO, Newton. *Origens do republicanismo moderno*, pp. 19-20.

⁴⁶⁴ POCOCK, John. "Virtues, rights, and manners. A model for historians of political thought", p. 38.

⁴⁶⁵ Cf. POCOCK, John. "Civic Humanism and its Role in Anglo-American Thought", pp. 85-90; POCOCK, John. *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, pp. 49-80. Para declarações mais recentes de Pocock acerca do sentido do ideário republicano, cf. POCOCK, John. "Cambridge paradigms and Scotch philosophers: a study of the relations between the civic humanist and the civil jurisprudential interpretation of eighteenth-century social thought", pp. 235-236; e o Posfácio à nova edição de *The Machiavellian Moment*, em que ele analisa a repercussão e os debates desencadeados por sua obra, 27 anos após a sua publicação (cf. POCOCK, John. *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, pp. 553-583).

compromisso com o destino da cidade: *virtù vince fortuna*. A realidade de uma prática política informada por essa virtude cívica depende da institucionalização de um governo republicano. Portanto, no pensamento republicano há uma conexão entre instituições e virtude, enunciada nos termos seguintes: as instituições republicanas são o pressuposto da preservação de uma prática de cidadania virtuosa, observado que, ultrapassado certo umbral de corrupção política, não há instituição que preserve o governo republicano.

Para Pocock, uma solução óbvia para o estabelecimento desse governo republicano é a concepção aristotélica da república como uma *polis* "universal porque auto-suficiente e teoricamente imortal porque universal". Com isso a república era entendida como uma constituição política na qual todos dependiam de todos, e não uma constituição em que alguns homens dependiam da vontade de alguns, se associando para efetivar os interesses gerais. Essa associação política era em si mesma considerada valiosa, o que levava a se atribuir mais elevada reputação à *victa ativa*, ou seja, a vida como cidadão envolvido nos assuntos que afetavam o bem comum.

É certo que mesmo entre os defensores dessa tradição há divergências com respeito à interpretação de Pocock do republicanismo como uma reelaboração da política aristotélica. Entende-se aqui que o elemento distintivo da concepção grega da liberdade, a participação democrática, não traduz o essencial do ideário republicano. Skinner, por exemplo, distingue o *humanismo cívico* — esse, sim, aristotélico — do *republicanismo clássico*, influenciado pelo pensamento romano e enunciado antes mesmo da tradução latina da filosofia prática de Aristóteles.⁴⁶⁶ Mais recentemente, Skinner, reportando-se aos escritores ingleses dos séculos XVI e XVII defensores dos

⁴⁶⁶ Cf. SKINNER, Quentin. "Machiavelli's *Discorsi* and the pre-humanist origins of republican ideas", pp. 121-141.

ideais da *commonwealth*, passou a denominar o republicanismo clássico de teoria neoromana da liberdade, em razão de que o uso do termo republicano poderia suscitar ambiguidades, visto que nem todos aqueles autores eram contrários à monarquia.⁴⁶⁷

2. A concepção republicana da liberdade

2.1 *Joshua vs. Lochner*

Em 1980, um ano após o nascimento de Joshua DeShaney, um menino norte-americano, os seus pais divorciaram-se.⁴⁶⁸ Por decisão de um tribunal de Wyoming, Joshua ficou sob a guarda de seu pai. Esse, levando consigo Joshua, em seguida mudou-se para Winnebago County, no estado de Wisconsin, onde casou novamente. Em janeiro de 1982, quando o pai de Joshua estava se divorciando pela segunda vez, a sua madrasta procurou a polícia da cidade para denunciar que Joshua tinha apanhado severamente do seu pai. Ele foi ouvido pelo Departamento de Serviço Social da cidade, negou todas as acusações, e o caso foi encerrado.

Em janeiro de 1983, Joshua deu entrada num hospital apresentando diversas escoriações. Os médicos, suspeitando de abuso contra a criança, notificaram o Departamento de Serviço Social de Winnebago County, que obteve uma ordem judicial para deixar Joshua sob custódia temporária do hospital. Passados três dias, o tribunal determinou que uma equipe de especialistas examinasse o caso de Joshua, tendo-se concluído que não havia evidência suficiente de abuso para justificar a permanência da sua custódia. Assim, o tribunal determinou o retorno de Joshua à guarda de seu pai.

⁴⁶⁷ Cf. SKINNER, Quentin. *Liberdade antes do liberalismo*, pp. 22-23 e 52-53.

⁴⁶⁸ O relato dos fatos e as referências às *opinions* dos juízes da Suprema Corte norte-americana baseiam-se nos registros oficiais do caso, em *DeShaney v. Winnebago County Depto. of Social Services* (489 US 189, 1989).

Um mês depois, o hospital comunicou à funcionária do Departamento de Serviço Social que cuidava do caso de Joshua que ele havia sido novamente atendido em razão de ferimentos que pareciam resultar de agressões. A funcionária, por considerar que não havia qualquer elemento que pudesse respaldar alguma ação, nada fez. Pelos próximos seis meses, ela realizou visitas mensais à residência dos DeShaney, tendo observado alguns ferimentos suspeitos na cabeça de Joshua. Diligentemente ela registrou todas essas ocorrências, assim como manteve a permanente suspeita de que alguém na casa estava agredindo Joshua: “Eu simplesmente sabia que algum dia o telefone tocava e Joshua estaria morto”. Mais não fez. Em novembro de 1983, nova notificação sobre ferimentos em Joshua, com indicação de que presumivelmente foram causados por agressões físicas, foi feita pela emergência do hospital ao Departamento de Serviço Social. Nas suas duas próximas visitas à casa, a funcionária não pode ver Joshua — “ele estava muito doente”, disseram-lhe.

Em março de 1984, Joshua tinha então quatro anos, o seu pai o espancou tão violentamente que ele entrou em coma profundo. Ele não morreu, mas os danos cerebrais foram tão graves que ele foi definitivamente internado em uma instituição especializada, com diagnóstico de deficiência mental irreversível. O pai de Joshua foi processado e condenado por abuso contra menor.

Joshua e sua mãe processaram o Departamento de Serviço Social de Winnebago County e alguns dos seus funcionários, reivindicando indenização para custear em melhores condições o seu tratamento e subsistência. Eles alegaram a privação da sua liberdade com violação do *substantial due process of law* da XIV

Emenda da Constituição⁴⁶⁹ norte-americana, em razão da omissão dos acusados em fornecer a assistência social necessária para proteger Joshua da violência do seu pai, que por eles era conhecida.

Após percorrer as instâncias judiciais de sempre, em 1989 a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, acolhendo voto do seu *Chief Justice*, William Rehnquist, decidiu que Joshua não tinha direito constitucional à indenização, uma vez que o Departamento de Serviço Social de Winnebago County “não tinha qualquer dever constitucional de proteger Joshua contra a violência de seu pai, sua falha em assim proceder — embora calamitosa, vista após o ocorrido — simplesmente não constitui uma violação da *Due Process Clause*”. É que, como se disse, “a *Due Process Clause* não confere qualquer direito positivo à ajuda governamental, ainda quando tal ajuda possa ser necessária para assegurar a vida, a liberdade ou os interesses de propriedade, os quais nem mesmo o governo pode privar o indivíduo”. O seu único objetivo é “proteger os indivíduos do Estado, não assegurar que o Estado os proteja dos demais”. Ora — é lógico —, se a Constituição “não requer que o Estado forneça a seus cidadãos determinados serviços de proteção, segue-se que o Estado não pode ser responsabilizado (...) por ofensas que poderiam ter sido evitadas caso ele tivesse escolhido fornecer os serviços”.

Como explicou didaticamente Rehnquist, os danos que Joshua sofreu “não ocorreram enquanto ele estava sob a custódia do Estado, mas enquanto ele estava sob a custódia do seu pai”, obviamente “em nenhum sentido um agente público”. Mesmo estando consciente dos perigos que Joshua corria, o Poder Público “não tomou parte em sua criação, nem fez qualquer coisa que pudesse tornar Joshua ainda mais

⁴⁶⁹ Segundo a *Due Process Clause* da Seção 1 da XIV Emenda da Constituição norte-americana, “nenhum Estado poderá privar qualquer pessoa da sua vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal”.

vulnerável a eles”. Bem esclareceu ainda Rehnquist que era indiferente a esse entendimento o fato de que Joshua esteve temporariamente sob a custódia do Poder Público, porquanto, após retornar à guarda do seu pai, o menino não foi colocado em “nenhuma situação pior do que a que ele estaria, se o Poder Público não tivesse agido”. Enfim, como disse Rehnquist, “o Estado não se transforma em um guardião permanente da segurança de um indivíduo por ter uma vez lhe oferecido proteção”.

É certo que Rehnquist reconhecia que, num caso difícil como esse, os juízes e os juristas, homens que são, “são movidos por natural simpatia para encontrar um modo para que Joshua e sua mãe recebam adequada compensação pela dolorosa ofensa que lhes foi causada”. Mas — advertiu Rehnquist — a refrear esse impulso piedoso está a consciência de “que a ofensa não foi causada pelo estado de Wisconsin, mas pelo pai de Joshua”. O máximo que se poderia dizer é que “os agentes públicos assistiram e nada fizeram quando circunstâncias suspeitas ditavam uma conduta mais ativa da parte deles”. Mas — advertiu outra vez Rehnquist —, em defesa daqueles funcionários “deve também ser dito que, tivessem eles agido logo para retirar do pai a custódia do seu filho, provavelmente eles seriam acusados de intrometer-se indevidamente no relacionamento pai-filho”, acusações que, eis a ironia, seriam fundadas na mesma *Due Process Clause* em que se baseara o pedido de Joshua.

Concluiu Rehnquist ensinando que, *se quisesse*, o povo de Wisconsin poderia ter estabelecido um sistema que atribua ao Poder Público e seus agentes a obrigação de fornecer assistência positiva a pessoas em situações como a enfrentada por Joshua e, então, de ser responsabilizado por sua violação. Mas é o próprio povo que deveria assim proceder, de acordo com o processo ordinário de criação do direito, e

não os juízes, ao expandir indevidamente a *Due Process Clause* para, a partir de apelos morais, criar direitos constitucionais.

Assim decidindo, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América enunciava em termos clássicos uma das teses tradicionalmente defendidas para delimitar o sentido e o valor das pretensões que, como uma questão de direitos, os indivíduos podem postular em sociedades em que a regulação da convivência social é determinada fundamentalmente pelo direito positivo. Segundo essa variante democrática dos argumentos sobre os direitos, baseada numa concepção dita *positiva* da liberdade, apenas a vontade expressa do povo, mas jamais postulações de base moral, pode impor ao Poder Público a obrigação de assegurar aos indivíduos, como uma questão de direitos, a satisfação de certas pretensões subjetivas que se reputam valiosas.

Oitenta e quatro anos antes, o *core* desse argumento sobre os direitos fora refutado pela mesma Suprema Corte ao decidir *Lochner v. New York*. De fato, o povo de Nova York observara o processo ordinário de criação do direito ao adotar a lei que limitara a duração do trabalho nas padarias em 10 horas diárias e 60 horas semanais. Não obstante, a Suprema Corte, em uma de suas decisões de maiores consequências para a história norte-americana, considerou aquela lei inconstitucional, destituída de qualquer valor jurídico. Assim, invocando a mesma *substantial due process of law clause* da XIV Emenda em que depois se basearia para decidir *contra* Joshua, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América firmava um distinto argumento sobre os direitos e, como vimos, inaugurava uma nova compreensão, *lochneriana*, da Constituição: segundo esse argumento *lochneriano*, nem mesmo o povo pode estabelecer direitos para a proteção dos indivíduos de determinadas situações

desfavoráveis decorrentes do convívio social, quando tais direitos implicam restringir direitos outros que, porquanto havidos inerentes aos indivíduos, se reputam mais valiosos. Por exemplo, em *Lochner*, a liberdade de celebrar contratos.

O debate em torno do significado assumido pela linguagem dos direitos nos discursos políticos e constitucionais contemporâneos articula-se em torno dessas duas conflitantes leituras acerca do modo como esses direitos devem ser compreendidos, conducentes a duas antagônicas postulações acerca do significado do constitucionalismo.⁴⁷⁰ A primeira dessas postulações, a leitura “liberal” do constitucionalismo, identifica o triunfo do constitucionalismo e dos direitos naquela situação na qual a autodeterminação dos indivíduos traduz-se numa ordem jurídica “cujas propriedades estruturais asseguram a liberdade”.⁴⁷¹ Aqui o apelo fundamental é pela limitação da política com vistas à garantia dos superiores direitos dos membros da comunidade, residindo, portanto, o título de legitimidade do poder na correção do *conteúdo* desses direitos reconhecidos pelo sistema jurídico. A segunda postulação identifica o constitucionalismo com aquela situação em que “a autonomia política dos cidadãos incorpora-se à auto-organização de uma comunidade que cria livremente o seu próprio direito”.⁴⁷² Aqui o cerne das demandas é no sentido de se assegurar que todos os afetados pelas leis que encerram as decisões fundamentais da comunidade possam participar no processo de sua criação. Portanto, nessa leitura, a “bondade” do poder político exercido na comunidade está vinculada à *origem legítima* dos direitos positivados no sistema jurídico, sendo, então, reclamado um arranjo institucional que

⁴⁷⁰ Na visão de McCloskey, essa divisão dos “corações políticos” entre a vontade do povo e o *rule of law* é determinada pela inclinação da sociedade contemporânea para “compartilhar idéias contraditórias simultaneamente”, in MCCLOSKEY, Robert. *The American Supreme Court*, p. 7.

⁴⁷¹ HABERMAS, Jürgen. “Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, p. 766.

⁴⁷² HABERMAS, Jürgen. “Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, p. 767.

assegure a autonomia do povo soberano, a quem se reconhece o direito supremo de decidir livremente acerca do conteúdo das normas que regularão a convivência social.

2.2 Três conceitos de liberdade?

Como interpretado em nosso tempo,⁴⁷³ o republicanismo se entende como aquela concepção da política vinculada à antiga aspiração pelo estabelecimento de uma comunidade de membros livres fundamentada no direito e no bem comum. Cícero formulou em termos clássicos o conceito que está na base do republicanismo: a *res publica* significa a “coisa do povo” (*res publica = res populi*), precisando-se, a sua vez, que por povo há de se entender não “qualquer multidão de homens reunidos de algum modo, mas uma reunião de pessoas associadas por consenso acerca do direito (*iuris consensu*) e pela comunhão de interesses (*utilitatis communione societatus*)”.⁴⁷⁴ O segundo elemento distintivo do republicanismo reside na sua concepção da liberdade como ausência de submissão aos desejosos caprichosos de outrem. Novamente, afirma Cícero que só há liberdade naquela “república na qual o povo tem o supremo poder”, visto que a liberdade não decorre de se ter “um senhor justo, mas sim em não ter nenhum senhor”.⁴⁷⁵

O entendimento dominante entre os mais expressivos defensores do republicanismo nos nossos dias é o de que, embora influenciada por anteriores contribuições do período clássico grego, particularmente de Aristóteles, a plena formulação desse ideário ocorreu em Roma, emergindo “em simbiose com as

⁴⁷³ O relato que se segue baseia-se principalmente em POCOCK, John. *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*; SKINNER, Quentin. “Machiavelli’s *Discorsi* and the pre-humanist origins of republican ideas” e *Liberdade antes do liberalismo*; VIROLI, Maurizio. *Repubblicanesimo*; e PETTIT, Philip. *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*.

⁴⁷⁴ *De Republica*, I.25.

⁴⁷⁵ *De Republica*, II.23.

instituições da Roma republicana, servindo para legitimar e influenciar a forma assumida por essas instituições”.⁴⁷⁶ Desenvolvido na Roma antiga principalmente nos escritos históricos de Políbio, Tito Lívio⁴⁷⁷ e outros, e nos textos jurídicos e filosóficos de Cícero, o ideário republicano teria um novo período de prestígio na Itália renascentista.⁴⁷⁸ Nos seus *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, Maquiavel toma como exemplo de excelência institucional a Roma republicana, afirmando ser “maravilhosíssimo considerar quanta grandeza adquiriu Roma depois que se libertou de seus reis”, feito esse cujas causas seriam “fáceis de entender”: “não é o bem particular, mas o bem comum que faz a grandeza das cidades”. E “este bem comum é observado apenas nas repúblicas”, visto que, quando há um príncipe, “na maioria das vezes o que o favorece é prejudicial à cidade; e o que favorece à cidade é prejudicial a ele”.⁴⁷⁹ Esses ideais do republicanismo teriam um impacto significativo sobre as formulações de importantes escritores ingleses a partir do século XVI, particularmente Harrington, os quais, valendo-se da noção republicana da liberdade como ausência de dominação, defenderiam, nas palavras de Skinner, que “só é possível ser livre num Estado livre”.⁴⁸⁰

Cumpra agora precisar o sentido do elemento que singulariza a visão republicana da política e que tem motivado a atenção a ele dirigida por parte de expressivos segmentos da doutrina: a concepção da liberdade como ausência de dominação arbitrária. O ponto de partida dos defensores contemporâneos do

⁴⁷⁶ PETTIT, Philip. *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, p. 283-4.

⁴⁷⁷ Como assentado por Lívio em uma passagem extremamente significativa, uma república livre é uma comunidade que se autogoverna e na qual “o império das leis é superior ao de qualquer homem”.

⁴⁷⁸ No conjunto dos mais expressivos defensores do republicanismo, no período após a Roma antiga e até o Renascimento, momento no qual ocuparia “uma posição de absoluto relevo Maquiavel, verdadeiro e próprio fundador do republicanismo moderno” (VIROLI, Maurizio. *Repubblicanesimo*, p. XIII), devem ser lembrados Ambrogio Lorenzetti e os teóricos do humanismo civil florentino, como Coluccio Salutati, Leonardo Bruni, Matteo Palmieri e Alamanno Rinuccini.

⁴⁷⁹ MACHIAVELLI, Niccolò. *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, p. 233.

⁴⁸⁰ SKINNER, Quentin. *Liberdade antes do liberalismo*, p. 56.

republicanismo é o argumento de que a concepção dualista da liberdade implícita nas leituras liberal e democrática do constitucionalismo é equivocada, visto que esse esquema interpretativo não consegue abarcar a compreensão republicana da liberdade. Como antes mencionado, no debate contemporâneo, normalmente são reconduzidas a duas alternativas excludentes as possibilidades de compreensão do constitucionalismo e do seu subjacente conceito de direitos: ou um constitucionalismo em linha liberal, a exigir a limitação do poder político, com vistas a assegurar a intangível esfera de direitos atribuída a cada indivíduo; ou um constitucionalismo em linha democrática, a demandar o efetivo exercício do direito político de cada indivíduo de decidir livremente acerca do modo como governar a sua convivência social. No debate contemporâneo, precursora e influente é a formulação de Frank Michelman para essa distinção. Segundo Michelman, liberal é a leitura do constitucionalismo associada ao ideal de que “as pessoas são politicamente livres na medida em que elas são governadas por leis e não por homens”; e republicana (para nós, democrática) é a leitura do constitucionalismo associada ao ideal de que as “pessoas são politicamente livres na medida em que elas são governadas coletivamente por si próprias”.⁴⁸¹

As formulações clássicas dessa dicotomia recorrente foram enunciadas por Benjamin Constant e Isaiah Berlin. Constant identificava na primeira a “liberdade dos modernos” e na segunda a “liberdade dos antigos”. Berlin, falando em “duas atitudes em relação à vida profundamente divergentes e irreconciliáveis”, distinguia a “liberdade negativa”, defendida na primeira concepção, da “liberdade positiva”, afirmada na segunda.⁴⁸² Para Berlin, o indivíduo é livre negativamente quando nenhum outro indivíduo ou a sociedade interfere nas suas atividades, quando ele é

⁴⁸¹ MICHELMAN, Frank. “Laws’ Republic”, p. 1500.

⁴⁸² Cf. CONSTANT, Benjamin. *Political Writings*; e BERLIN, Isaiah. “Two Concepts of Liberty”, pp. 51-52.

deixado só pelos outros. Nessa concepção, portanto, liberdade significa “simplesmente o domínio dentro do qual uma pessoa pode agir sem ser limitada por outrem”. E, ao oposto, o indivíduo é livre positivamente quando ele consegue obter autonomia com respeito aos outros, quando ele logra ser o seu próprio governante. Liberdade aqui significa viver uma forma de vida qualificada pelo fato de ser a pessoa governada por si própria ou, quando menos, de tomar parte no processo por meio do qual se decide como a sua vida será governada.⁴⁸³

Fundamental é notar que essa dicotomia é ainda amplamente aceita entre os estudiosos, com independência da concepção (liberal ou democrática) que se tenha acerca do constitucionalismo. Isso faz com que, ao defender a sua própria posição (liberal ou democrática), cada autor sempre tome como referência para a crítica a outra posição havida como a única alternativa concorrente (democrática ou liberal). Assim — e apenas para ficar no âmbito das formulações mais diretamente relacionadas às discussões de teoria constitucional —, Dworkin, um expoente da leitura liberal do constitucionalismo, confronta diretamente a leitura democrática, sustentando que nenhum arranjo constitucional que permita à maioria tomar ordinariamente decisões que envolvam os direitos fundamentais, sem admitir um controle posterior por parte de juízes, pode ser considerado democrático.⁴⁸⁴

Do outro lado, Waldron, talvez a mais expressiva defesa recente de um constitucionalismo deferente à plena autonomia política da comunidade para tratar das questões de direitos, toma como encargo impugnar esse recorrente argumento liberal da “tirania da maioria”, alegando que nenhuma opressão ocorre entre maioria e

⁴⁸³ BERLIN, Isaiah. “Two Concepts of Liberty”, pp. 122 e 129.

⁴⁸⁴ Segundo Dworkin, qualquer concepção democrática que demanda “deferência a maiorias temporárias em questões de direitos individuais é (...) brutal e espúria (DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*, p. 71).

minoria quando “assumimos que os membros da comunidade estão examinando com boa fé questões controversas sobre os direitos”. Aceita essa premissa, um voto não representaria o espúrio interesse de um indivíduo, mas sim “uma opinião individual sobre uma questão de preocupação comum” com respeito à qual os membros da comunidade apresentam posições razoáveis, conquanto divergentes. Invocando uma célebre passagem de William Cobbet, Waldron defende a preeminência de um constitucionalismo em linha democrática argumentando que os direitos de livre participação política são decisivos precisamente em situações como as verificadas nas sociedades contemporâneas, nas quais, em face do pluralismo de valores, ocorre seriíssimo desacordo entre os indivíduos não apenas no tocante a que direitos eles devem ter, mas também acerca do próprio modo como eles devem resolver esse seu desacordo acerca dos direitos.⁴⁸⁵

E mesmo quem, como Habermas, logrou perceber os déficits dessa contraposição e procurou superá-los numa síntese pretensamente mais elaborada, como intentado no seu monumental esforço de formulação de um paradigma procedimental do direito, não conseguiu vislumbrar elementos outros a partir dos quais trabalhar senão precisamente as duas ideias estruturantes das leituras liberal e democrática do constitucionalismo: os direitos humanos e a soberania popular. É certo que não pode ser acusada de unilateralmente liberal ou, ao contrário, unilateralmente democrática a concepção que sustenta que a ideia de direitos nem pode ser imposta como um limite para o legislador soberano nem pode ser instrumentalizada para propósitos legislativos. Todavia, avança-se muito pouco na efetiva superação desses

⁴⁸⁵ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*, p. 13. A passagem de Cobbet mencionada — e que inspira o capítulo intitulado “Participation: The Right of Rights”, de *Law and Disagreement* — tem o teor seguinte: “O grande direito de cada homem, o direito dos direitos, é o direito de participar na criação das leis” (*apud* WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*, p. 232).

unilateralismos quando o que se tem a oferecer é apenas uma aproximação relativizadora entre as duas concepções concorrentes do constitucionalismo a partir da noção de uma conexão intrínseca entre os direitos humanos e a soberania popular.⁴⁸⁶

Pettit afirma que essa concepção dualista é mal concebida, enganosa e, mais ainda, omite na sua análise a “validade filosófica e a realidade histórica de um terceiro e radicalmente diferente modo de compreender a liberdade e as demandas institucionais decorrentes dessa liberdade”.⁴⁸⁷ Na mesma linha, Viroli sustenta que “é fácil ver que a concepção republicana da liberdade não é nem a liberdade negativa nem a liberdade positiva descritas por Berlin e Constant”.⁴⁸⁸

Para o pensamento republicano, o verdadeiro sentido da liberdade é a condição de não se viver em sujeição ao domínio arbitrário de alguém.⁴⁸⁹ Nas palavras de Skinner, um indivíduo ou um corpo político “está em liberdade se, e somente se, ele não está sujeito a constrangimento externo”.⁴⁹⁰ Com isso, o republicanismo reputa como ausência de liberdade não apenas a situação em que o indivíduo sofre efetiva interferência na sua vida, mas também a situação em que, embora não ocorrendo real interferência, a todo momento existe a possibilidade da sua ocorrência, por conta da presença de algum domínio arbitrário. Portanto, como acentua Viroli, a situação de não interferência vivida pelos súditos de um déspota moderado seria uma condição de “liberdade negativa” no esquema de Berlin, mas não atenderia a condição de liberdade

⁴⁸⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, p. 89-118.

⁴⁸⁷ PETTIT, Philip. *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, p. 19.

⁴⁸⁸ VIROLI, Maurizio. *Repubblicanesimo*, p. 24.

⁴⁸⁹ Cf. SKINNER, Quentin. “Machiavelli’s *Discorsi* and the pre-humanist origins of republican ideas”; SKINNER, Quentin. “The republican ideal of political liberty”; e SKINNER, Quentin. *Liberdade antes do liberalismo*; VIROLI, Maurizio. *Repubblicanesimo*; e PETTIT, Philip. *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*.

⁴⁹⁰ SKINNER, Quentin. “Machiavelli’s *Discorsi* and the pre-humanist origins of republican ideas”, p. 301.

do ideal republicano, vez que a qualquer momento, segundo a sua vontade, o déspota poderia interferir na vida dos seus súditos.

Com respeito à “liberdade positiva” do esquema de Berlin, a concepção republicana, conquanto acolhendo o entendimento de que a existência de restrições sobre o exercício democrático de uma comunidade configura uma situação de ausência de liberdade, não se contenta com a mera existência de leis livremente postas para reconhecer o *status* de liberdade dessa comunidade. Ela exige, ademais, que essas leis persigam efetivamente o interesse comum dessa comunidade, impedindo que interesses particulares de alguns constrem a vontade de outros. Em suma, a concepção republicana seria uma concepção qualificada da liberdade, que postula requisitos adicionais àqueles que satisfazem quer a concepção em linha liberal quer a concepção em linha democrática.

É por tais características que se tem insistido na necessidade de se considerar o republicanismo como uma alternativa legítima para o enfrentamento de algumas importantes questões políticas, morais e jurídicas que preocupam as sociedades contemporâneas. Viroli, por exemplo, com exacerbado otimismo, considera que o republicanismo pode fundamentar “uma nova utopia política” capaz de renovar a paixão pela liberdade cidadã que as concepções políticas ora dominantes não tem logrado realizar.⁴⁹¹ Ademais, considera-se que, uma vez que a concepção de liberdade do republicanismo é compreensiva das demandas por liberdade ecoadas por liberais e democratas, não haveria razão para que os partidários dessas duas postulações lhe negassem atenção.

⁴⁹¹ VIROLI, Maurizio. *Repubblicanesimo*, p. xi.

2.3 Ordem, desordem e liberdade: a concepção republicana de Maquiavel

As instituições e os valores associados à visão política republicana, particularmente na linha defendida por Maquiavel, que agora apresentarei, podem respaldar uma compreensão da política capaz tanto de propiciar segurança e estabilidade para uma particular comunidade quanto de cultivar nos cidadãos dessa comunidade a *virtù* de uma vida ativa de participação e contestação política, baseada no exercício da liberdade e do autogoverno. A visão republicana lograria, assim, superar a antinomia que se tem normalmente entendido caracterizar a relação entre duas dimensões fundamentais da política: a ordem e o conflito. Na tradição política ocidental, é bastante disseminada a concepção que Aristóteles sustentou haver entre conflito e ordem, interpretada, de modo geral, como afirmando o caráter natural da ordem política e, em consequência, criticando a possibilidade de que as divergências no corpo social possam produzir conflitos generalizados, a discórdia civil.⁴⁹² A outra concepção acerca da relação entre ordem e conflito influente na tradição ocidental é a de Hobbes. Diferentemente de Aristóteles, para Hobbes o estado natural da humanidade é um estado de desordem, de conflito generalizado. É precisamente a superação, artificialmente produzida pelos homens, dessa guerra de todos contra todos que dá origem à ordem social; e, uma vez estabelecida, a discórdia civil representa sempre uma ameaça para a ordem, razão pela qual ela deve ser continuamente controlada.⁴⁹³

⁴⁹² Para evitar interpretações reducionistas do pensamento de Aristóteles a partir da idéia do caráter natural da ordem política, remeto aqui às observações que fiz na Primeira Parte da tese, tópico 1.2.

⁴⁹³ Para as diversas visões acerca da relação entre conflito e ordem política, cf. GEUNA, Marco. "La tradizione repubblicana e i suoi interpreti: famiglie teoriche e discontinuità concettuali".

A concepção de Maquiavel acerca dessa questão apresenta singularidades tanto com respeito à visão aristotélica quanto com respeito à visão que seria posteriormente associada a Hobbes. No que se segue, eu tentarei demonstrar que a relação estabelecida por Maquiavel entre discórdia civil, ordem e liberdade dos cidadãos constitui o aspecto mais expressivo da sua concepção política, e o que oferece mais possibilidades para uma atualização do seu pensamento como uma referência para a política contemporânea. Eu friso, desde logo, que o entendimento dessa singular concepção política reclama a devida atenção ao fato de que, na sua argumentação, Maquiavel combinou, e, na sua percepção, logrou harmonizar, duas das principais linguagens políticas faladas ao início da modernidade europeia: a linguagem republicana do *vivere civile* e a emergente linguagem da *ragion di stato*. É a negligência em perceber que, na visão de Maquiavel, o cidadão que vive em liberdade numa república tem que estar preocupado com a grandeza dessa república que tem suscitado essas infundáveis interpretações parciais da sua obra, no mais das vezes convidando-nos a escolher um dos dois conflitantes Maquiavéis: ou o pernicioso autor de *Il Principe* ou o cidadão republicano dos *Discorsi*.⁴⁹⁴

O argumento central de Maquiavel em *Il Principe* — que a preservação do governo e o poder do príncipe dependiam da sua *virtù* para superar a *fortuna* ou os *accidenti*⁴⁹⁵ — era amplamente compartilhado pelos autores clássicos que foram recepcionados e popularizados entre os humanistas cívicos. Cícero, por exemplo, havia

⁴⁹⁴ A crítica clássica a esse dilema imputado ao pensamento político de Maquiavel ainda é a de Baron; cf. BARON, Hans. “Machiavelli: The Republican Citizen and the Author of ‘The Prince’”. Frise-se que a argumentação que se segue é compatível com a influente hipótese desenvolvida por Baron nesse artigo para a cronologia das obras de Maquiavel: inicialmente, a redação de *Il Principe*, por volta de 1513, e, posteriormente, o aprofundamento da visão política republicana nos *Discorsi*.

⁴⁹⁵ John McCormick considera inacurada a oposição celebrizada entre *virtù* e *fortuna* no pensamento de Maquiavel, destacando, ao contrário, na formulação dos seus argumentos o papel atribuído aos eventos acidentais; cf. MCCORMICK, John. “Addressing the political exception: Machiavelli’s ‘accidents’ and the mixed regime”.

argumentado nas *Tusculanae Disputationes* que a maior graça que a *fortuna* poderia dispensar era a glória, dom que ela atribuía principalmente ao verdadeiro homem (*vir*), àquele que possuía a *virtù* no mais elevado grau.⁴⁹⁶ Da mesma forma, Tito Lívio recolheu na sua história de Roma, cujos dez primeiros livros são analisados por Maquiavel nos *Discorsi*, diversos exemplos de feitos romanos atribuídos à circunstância de a *fortuna* geralmente sorrir para aqueles que revelam *virtù*.⁴⁹⁷ Portanto, é essa ordem de idéias que Maquiavel está acolhendo quando, com o seu peculiar sarcasmo, afirma que a *fortuna* é “*donna*”, sendo, pois, necessário àquele que a deseje dominar “*batterla e urtarla*”.⁴⁹⁸ Mais importante, todavia, é a recepção por Maquiavel — e não apenas na suas duas obras mais conhecidas, mas também na *Arte XXX della guerra* e na *Istorie Fiorentine* — dos argumentos que os humanistas cívicos haviam descoberto em Aristóteles e Cícero no sentido de que é o engajamento da cidadania nos assuntos da república, seja mantendo a constituição do Estado, seja exercendo as magistraturas ou simplesmente participando das deliberações públicas, que cria as condições para a preservação da comunidade política.

É a partir dessa moldura conceitual que Maquiavel vai desenvolver a sua concepção acerca da função da discórdia civil na preservação da república. Nessa concepção, Maquiavel, embora sustentando a ideia que seria celebrizada por Hobbes quanto à origem humana e, portanto, artificial da ordem social, não vai chancelar a ideia de que o estabelecimento dessa ordem tenha que resultar na eliminação dos

⁴⁹⁶ “Porque a palavra virtude (*virtus*) deriva de homem (*vir*); e o que é próprio do homem é a coragem, que tem dois deveres principais: desdenhar a morte e a dor. Assim, nós devemos observar esses deveres se quisermos ser homens de virtude, ou melhor, se quisermos ser homens, porque o verdadeiro nome da *virtus* é *vir*”, in CICERO. M. Tulli. *Tusculanae Disputationes*, II.43

⁴⁹⁷ Cf. SKINNER, Quentin. *Machiavelli*, p. 34. A fundamentalidade dos escritores romanos, notadamente Cícero, para a concepção republicana de Maquiavel tem sido amplamente destacada por Skinner; cf. em especial SKINNER. Quentin. “The idea of negative liberty: philosophical and historical perspectives”, pp. 211-217.

⁴⁹⁸ MACHIAVELLI, Niccolò. *Il Principe*, p. 226 (Capítulo XXV, n. 4).

conflitos, na despolitização da política. E, no tocante à posição de Aristóteles, ele vai refutar a ideia de que a generalização do elemento agônico inerente à política na discórdia civil possa colocar em risco uma ordem naturalmente existente. Ao contrário, na sua apreciação do nexo entre o conflito e a ordem social e política, Maquiavel vai salientar o aspecto que, ao seu ver, singulariza e, mais ainda, enriquece o fenômeno político: a existência de interesses conflitantes, de diferentes *umori*, entre os cidadãos. E embora, em *Il Principe*, Maquiavel, valendo-se do sentido médico que *umori* tinha no vocabulário do seu tempo, use o termo com mais frequência para referir-se à saúde do corpo político, que tem no príncipe o seu médico e na *ars* da política a sua ciência, é a conotação imputada ao termo principalmente nos *Discorsi* que tem relevância para o que reputo de mais fundamental na sua filosofia política.

Para Maquiavel em toda comunidade política existem sempre “duas inclinações diversas (*due umori diversi*), a do povo (*quello del popolo*), e a dos poderosos (*quello de' grandi*)”.⁴⁹⁹ Essas inclinações se colocam forçosamente em conflito porquanto “o povo deseja não ser dominado nem oprimido pelos poderosos”, ao passo “que os poderosos desejam dominar e oprimir o povo”.⁵⁰⁰ Na concepção organicista que dominava tradicionalmente a política, *popolo* e *grandi* seriam reconhecidos como realidades políticas desiguais, no mais das vezes desiguais por natureza, que alcançariam a sua harmonia num *stato* no qual cada um encontraria o seu *locus* predeterminado e a sua específica razão de ser. Maquiavel, ao contrário, como resumiu com precisão Baccelli, desenvolveu uma “antropologia que reconhece uma inexorável tendência à conflitualidade, radicada no descompasso entre os

⁴⁹⁹ MACHIAVELLI, Niccolò. *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, p. 38 (Livro Primeiro, Capítulo 4).

⁵⁰⁰ MACHIAVELLI, Niccolò. *Il Principe*, p.128 (Capítulo IX, n. 1).

ilimitados desejos humanos e a escassez dos recursos para satisfazê-los”.⁵⁰¹ E, também em oposição às crenças até então dominantes, Maquiavel não avalia esses conflitos como oferecendo risco à república, mas, ao contrário, como enriquecendo e dinamizando a política, ao possibilitar o exercício da liberdade por parte dos cidadãos e, assim, a evolução institucional e social.⁵⁰² Com essa inovadora argumentação, Maquiavel conseguiu extrair do que, de outro modo, seria apenas um *fait accompli* da política, a existência de conflitos entre os estratos e as classes sociais, subsídios valiosos para renovar as possibilidades de compreensão e da prática da política.

O argumento de Maquiavel quanto ao caráter positivo da discórdia civil para a ordem política e social se baseia na sua interpretação histórica das causas da liberdade e da grandeza da república romana. Por óbvio, a história era a única *magistra vitae* que Maquiavel poderia aceitar, já que ele sabia muito bem o que alguns de nós ainda não conseguimos aprender: que todos que discorrem sobre governos e políticas imaginárias, descrevendo especulativamente sobre modos que deveríamos viver tão estranhos aos modos como realmente vivemos, encontram apenas a ruína.⁵⁰³ No interpretar a história da república romana, Maquiavel — no famoso capítulo dos *Discorsi* intitulado “*Che la disunione della Plebe e del Senato romano fece libera e potente quella repubblica*” — não nega que a dinâmica da política em Roma poderia causar perplexidade:

“E se alguém dissesse: os modos eram extraordinários, quase selvagens, ver o povo todo acusando aos gritos o Senado, e o Senado ao povo; os cidadãos correndo em tumulto pelas estradas, fechando as lojas, partindo toda a plebe de Roma. O quadro, de fato, apavora. Todavia, eu

⁵⁰¹ BACCELLI, Luca. *Critica del repubblicanesimo*, p. 22.

⁵⁰² Pocock, resumindo uma apreciação generalizada, reputa o argumento de Maquiavel como “chocante e inacreditável para mentes que identificavam a harmonia com estabilidade e virtude, e o conflito com inovação e decadência”, in POCOCK, John. *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, p. 194.

⁵⁰³ Cf. MACHIAVELLI, Niccolò. *Il Principe*, p.164 (Capítulo XV, n. 1).

afirmo que toda cidade deve ter os modos com os quais o povo possa satisfazer os seus interesses, principalmente nas cidades em que as coisas importantes são resolvidas com consideração à vontade do povo”.⁵⁰⁴

Mas no que tradicionalmente se veria confusão e a dissolução da ordem social Maquiavel vislumbrou apenas o desejo dos “povos livres” de defender a sua liberdade; um desejo que decorria precisamente da opressão política em que vive a comunidade ou do temor de que essa opressão a ela sobrevenha. Esses desejos raramente prejudicariam a liberdade, pois que, se a reação popular estiver equivocada, há sempre o recurso à virtude epistêmica que o debate político encerra:

“há o remédio das assembleias (*concioni*), que existem justamente para convencer o povo, bastando que um homem de bem, discursando, demonstre o seu equívoco. Como disse Cícero (*Tullio*), o povo, mesmo quando ignorante, é capaz de compreender a verdade, e facilmente é convencido quando um homem digno de fé sabe revelá-la”.⁵⁰⁵

Maquiavel, todavia, estabelece um princípio bem preciso para identificar as situações em que a discórdia civil tem um valor positivo, operando para manter a ordem republicana e restaurar, preservar ou ampliar a liberdade dos cidadãos:

“Não se pode de modo algum chamar, razoavelmente, de uma república desordenada aquela que deu tantos exemplos de virtude (*virtù*). Pois os bons exemplos nascem da boa educação; a boa educação das boas leis, e **as boas leis desses conflitos (*tumulti*) que muitos, equivocadamente, criticam.** Porque quem examinar adequadamente o resultado desses conflitos perceberá que eles nunca produziram o exílio ou violência em prejuízo do interesse público (*commune bene*), **mas apenas leis e ordenações em benefício da liberdade pública**”.⁵⁰⁶

Portanto, para Maquiavel a discórdia civil tem um caráter fisiológico, é dizer, preserva a república e a liberdade dos cidadãos, apenas quando dela resulta uma

⁵⁰⁴ MACHIAVELLI, Niccolò. *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, p. 39 (Livro Primeiro, Capítulo 4).

⁵⁰⁵ MACHIAVELLI, Niccolò. *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, p. 39 (Livro Primeiro, Capítulo 4). O argumento maquiaveliano da virtude epistêmica dos discursos políticos é central à teoria política de Rousseau.

⁵⁰⁶ MACHIAVELLI, Niccolò. *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, pp. 38-39 (Livro Primeiro, Capítulo 4 – destaques acrescentados).

ordem jurídica capaz de levar os cidadãos a praticar a *virtù*, a se envolver com os assuntos que são de interesse de todos. É essa lógica, constrangedoramente elementar, mas, ao contrário da misteriosa mão invisível smithiana, de explícita base histórica e institucional, que anima o argumento de Maquiavel apresentando a república como uma constituição política legítima: o processo político desencadeado pelos *tumulti* resulta em leis que inspiram o povo a se envolver com os assuntos de interesse público, produzindo a liberdade individual e a grandeza da república. Nessa dinâmica política, o radical antagonismo entre o povo e os poderosos não é aristotelicamente (ou ciceronicamente) disfarçado numa vislumbrada *concordia ordinum*, muito menos hobbesianamente reprimido, mas sim liberado e potencializado como um recurso mediante o qual se pode proteger o interesse geral a partir do império das leis. Os grupos sociais em conflito continuam, obviamente, obcecados com a defesa dos seus interesses próprios, e mesmo reputando legítima essa sua preocupação; todavia a instauração da discórdia civil, dos *tumulti*, impõe a cada segmento social, em detrimento da preocupação com a tutela dos seus interesses próprios, uma ênfase na produção de leis que assegurem o interesse geral e, com isso, a liberdade de todos. As leis resultantes da discórdia civil utilizam os antagonismos e conflitos sociais em benefício de toda a comunidade, obrigando, por assim dizer, os cidadãos a serem livres politicamente ao obrigá-los a exercer a *virtù* cívica como a possibilidade única de superação das práticas sociais egoístas e corrompidas.

Pode-se interpretar essa argumentação de Maquiavel como uma releitura conflitualista da doutrina do governo misto.⁵⁰⁷ Ainda que como um mal

⁵⁰⁷ Para essa interpretação, cf. MCCORMICK, John. "Addressing the political exception: Machiavelli's 'accidents' and the mixed regime", pp. 893-894. Mais apropriadamente, Faro considera que a rejeição de Maquiavel da visão de Cícero da *concordia ordinum* como um pressuposto do *vivere civile* seria um dos impulsos para a superação da doutrina clássica do governo misto, que sofreria um abalo definitivo com a consolidação pelo

menor,⁵⁰⁸ a permanente busca de equilíbrio e neutralização das inclinações discrepantes entre os *umori* continuamente conflitantes do povo e dos poderosos enseja a preservação de uma constituição pluralista, que, reconhecendo a impossibilidade de um consenso (*concordia*) que possa estabelecer uma uniformidade de interesses entre os *umori* antagônicos, não admite, por outro lado, pretensões de hegemonia de qualquer das partes. Essa resolução do conflito político numa política de interesses plurais não leva, como era característico nas concepções políticas anteriores, à defesa da virtude da moderação. Na filosofia política de Maquiavel não se estabelece qualquer contraposição entre uma expressão radicalizada e uma moderada da discórdia civil, mas tão-somente entre antagonismos que levam à defesa do interesse público mediante as leis da república e as pretensões de hegemonia de grupos privados, que configurariam uma manifestação patológica do conflito social, pois que suprimiriam a liberdade dos cidadãos e poriam em risco a própria existência da república.

O último aspecto relevante da concepção política de Maquiavel é exatamente a diferenciação que ela estabelece entre essas expressões patológicas do conflito social e a discórdia civil que resulta na instituição de uma ordem jurídica que assegura a liberdade e a grandeza da república. Já em *Il Principe* Maquiavel havia vislumbrado as três possíveis consequências que podem advir do antagonismo entre

direito natural moderno das noções “de ‘cisão’ política e de movimento no sentido da mudança radical”; in CASTRO, Marcus Faro. “Violência, Medo e Confiança: Do Governo Misto à Separação dos Poderes”, p. 160.

⁵⁰⁸ A qualificação da discórdia como o mal menor é desenvolvida por Maquiavel no Capítulo 6 do Primeiro Livro dos *Discorsi*, quando ele discute “Se seria possível estabelecer em Roma um Estado que eliminasse a inimizade entre o Povo e o Senado”: “Portanto, não sendo possível equilibrar esta coisa, (...) torna-se necessário para estabelecer a república optar pela solução mais honrosa. (...) E, para voltar ao meu argumento inicial, creio que é necessário seguir a constituição (*ordine*) romana, e não a das outras repúblicas, pois não é possível encontrar uma alternativa intermediária entre essas constituições. Eu creio que é preciso tolerar as discórdias (*inimicizie*) que surgem entre o povo e o senado como um mal (*inconveniente*) necessário para a grandeza de Roma”, in MACHIAVELLI, Niccolò. *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, pp. 50-51 (Livro Primeiro, Capítulo 6).

os “*appetiti*” do povo e dos nobres: a liberdade na república, a monarquia ou a desordem (“*o principato o liberta o licenza*”).⁵⁰⁹ A liberdade é o resultado que se pode esperar quando o conflito entre os cidadãos se desenvolve de um “modo ordinário”: “é útil e necessário que a república, com as suas leis, ofereça ao povo (*universalità*) um meio de expressar a sua ira contra algum cidadão”. Mas, não existindo esse modo ordinário, o povo se verá obrigado a enfrentar o conflito político com os “modos extraordinários”, seja recorrendo a um príncipe ou à desordem, com efeitos terríveis para a república.⁵¹⁰ Essa percepção da possibilidade de que, em determinadas situações, o conflito político pode assumir uma feição claramente perniciosa, pondo em risco a república e a liberdade dos cidadãos, foi desenvolvida por Maquiavel na *Istorie Fiorentine*.⁵¹¹ Aqui a linguagem de Maquiavel passa a incorporar uma variedade de termos para descrever criticamente uma dinâmica social caracterizada pela exacerbação dos interesses privados e, em consequência, da pura hostilidade e confrontação política: *fazioni, parti, sette*. A conversão dos antagonismos entre os *umori* em *fazioni* tem por objetivo a conquista de poder político com vistas à satisfação de interesses particulares, valendo-se, para tanto, os partidos de *modi privati* — suborno para a obtenção de decisões favoráveis dos magistrados e mesmo o acesso indevido à magistratura, e *panis et circencis* para o povo —, em detrimento dos *modi publicci* que levam ao benefício da república:

⁵⁰⁹ MACHIAVELLI, Niccolò. *Il Principe*, p. 129 (Capítulo IX, n. 1).

⁵¹⁰ MACHIAVELLI, Niccolò. *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, p. 53 (Livro Primeiro, Capítulo 7).

⁵¹¹ Seguimos, assim, a interpretação que identifica uma compatibilidade, e não uma oposição, entre os *Discorsi* e a *Istorie Fiorentine* no tocante à avaliação de Maquiavel acerca do papel do conflito para a ordem política. Com essa leitura da compatibilidade, cf. BOCK, Gisela. “Civil discord in Machiavelli’s *Istorie Fiorentine*”; e IVISON, Duncan. *The Self in Liberty: Political Arguments and the Art of Government*, pp. 69-71. Para uma visão menos harmônica entre as concepções apresentadas nas duas obras, cf. a posição de Viroli, sustentando que Maquiavel não “modificou os objetivos da política, que continuam sendo para ele o ‘*vivere politico*’; entretanto, ele procurou argumentar que o ‘*vivere politico*’ poderia coexistir com a discórdia civil, desde que, obviamente, o conflito não exceda as fronteiras da civilidade”, in VIROLI, Maurizio. *From Politics to Reason of State: the acquisition and transformation of the language of politics, 1250-1600*, pp. 160-166.

“É preciso porém saber que há duas maneiras de um cidadão adquirir reputação em uma cidade: no modo público ou no modo privado. Publicamente, se adquire reputação vencendo uma batalha campal, tomando uma cidade, sendo solícito e prudente numa missão, aconselhando sábia e felizmente uma república. Pelo modo privado, beneficiando este e aquele cidadão, defendendo-o das magistraturas, dando-lhe empréstimos em dinheiro, conseguindo-lhe cargos públicos sem merecimento, com verbas e diversões públicas gratificando a plebe. Dessa maneira de proceder nascem os partidos e os partidários, e tanto esta reputação, obtida desta maneira, ofende, quanto aquela que não está misturada com os partidos beneficia, por estar fundada no bem comum, não em um bem privado”⁵¹²

Na medida em que os membros das facções efetivamente logram realizar os seus interesses particulares com a hegemonia política obtida com esses *modi privati*, eles não se sentem mais obrigados a se engajar em negociações e embates políticos que levam ao estabelecimento das leis necessárias à tutela do interesse geral. Com isso, rompe-se a dinâmica política fisiológica que, a partir da discórdia civil, ensejava o estabelecimento da ordem jurídica que assegurava a preservação da república e a liberdade dos cidadãos. E, como já ressaltado, se não é a liberdade, será a desordem ou o governo de um príncipe que resultará do antagonismo político. A desordem instaura-se quando, no intento de perseguir os seus interesses privados, as facções não conseguem preservar o governo da comunidade política, por conta da contestação e sublevação popular. Para superar a desordem tanto o *popolo* quanto os *grandi* podem se ver obrigados a se submeter ao governo de um príncipe: os *grandi* porque, “não podendo resistir ao povo, exaltam a reputação de um dos seus e o investem como príncipe, para poder sob as sua proteção efetivar os seus interesses

⁵¹² MACHIAVELLI, Niccolò. *História de Florença*, pp. 329-330 (Livro VII, n. 1).

(*appetito*"); o *popolo* porque, "não podendo resistir aos poderosos, exalta alguém e o faz príncipe para protegê-lo com sua autoridade".⁵¹³

Na concepção republicana de Maquiavel não há espaço para a irrupção desses poderes privados com base nos quais as facções querem fazer prevalecer os seus interesses particulares. Realista que é, Maquiavel reconhece a possibilidade de que mesmo na república é possível que alguma injustiça seja cometida contra algum cidadão. Todavia, essas eventuais injustiças seriam perpetradas com base nas leis e na ordem pública, "que têm os seus limites bem delimitados", com o que elas causariam "pouco ou nenhuma desordem na república". Diversamente, a opressão das facções, porque baseada na ilimitada "força privada", arruína a república e o "*vivere libero*".⁵¹⁴ Em suma, algumas expressões do conflito político beneficiam as repúblicas, outras as prejudicam: "as que as prejudicam nascem junto aos partidos e os partidários, as que as beneficiam se mantêm sem estes nem aqueles". E, uma vez que não se pode impedir que na república "existam inimizadas", deve-se pelo menos providenciar para que nela "não existam partidos".⁵¹⁵

3. Republicanismo conflitivo e o sentido da linguagem dos direitos

3.1 Os direitos na república democrática de direito: a linguagem dos direitos como prática do conflito

⁵¹³ MACHIAVELLI, Niccolò. *Il Principe*, p. 129 (Capítulo IX, n. 1).

⁵¹⁴ MACHIAVELLI, Niccolò. *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, p. 53 (Livro Primeiro, Capítulo 7). Na mesma passagem, referindo às execuções executadas pelos *grandi* em face da revolta popular, sem a atuação do poder público, Maquiavel argumenta: "porque delas nasceriam ofensa de particular a particular, gerando o medo; o medo torna necessária a proteção; para a proteção se fazem necessários os partidários; dos partidários nascem as facções nas cidades; das facções advêm a ruína. Mas sendo a ação realizada por aquele que tinha autoridade se poderia evitar os males que poderiam resultar do exercício de autoridade privada".

⁵¹⁵ MACHIAVELLI, Niccolò. *História de Florença*, p. 329 (Livro VII, n. 1).

A noção de prática social foi utilizada por Taylor para distinguir as situações sociais cuja existência depende de uma articulação linguística. É a linguagem que atribui à determinado prática um sentido especificamente social: é a crença religiosa que interpreta como um *batismo* o ato que, fora desse contexto, constitui simplesmente a aspersão de água sobre uma criança. Os direitos são uma expressão dessas realidades sociais *language-dependent*. É apenas a existência de um determinado modo de falar e debater sobre questões políticas que nós identificamos como uma *linguagem dos direitos* que nos legitima a tratar essa prática política com dizendo respeito a *direitos*. Desgraçadamente, não existem direitos fora do contexto social no qual argumentos, estratégias e procedimentos jurídicos dirigidos a efetivar determinadas preferências, interesses e aspirações são, por efeito dessa peculiar linguagem da política, qualificados como um discurso sobre direitos. Fora da prática social de discursar sobre a política com base num vocabulário de preferências, interesses e aspirações fundamentadas juridicamente, os direitos nada são.

Esse caráter *language-dependent* das práticas sociais tem implicações hermenêuticas, na medida em que a pretensão de se atribuir um sentido coerente à prática social confrontará uma diversidade de interpretações, determinada pelas inúmeras possibilidades semânticas dos conceitos constitutivos da linguagem. Obviamente, a determinação do âmbito das práticas políticas que delimitam um discurso sobre os direitos está sujeita a muito mais controvérsia do que, por exemplo, o âmbito das práticas religiosas que identificam o ato de aspergir água sobre uma criança como um *batismo*. E isso, fundamentalmente, por conta do sistema de autoridade que estabelece as práticas conformes às regras delimitadoras do evento religioso, muito menos sujeito à contestação do que o âmbito das práticas sociais que revelam o uso de

uma linguagem dos direitos. É essa circunstância que explica um dos traços mais significativos do debate constitucional sobre os direitos: é que, a par de ser um *medium* para a política — e só por isso já imerso em conflitos —, o discurso sobre os direitos se vê ele próprio sujeito a contestações entre os juristas, que discutem *ad eternum* quais as situações que caracterizam expressões legítimas do uso da linguagem dos direitos. Aqueles que têm consciência do caráter político do conflito social não alimentam nenhuma dúvida acerca do fato de que o discurso sobre os *direitos* é um *discurso* sobre os direitos. Todavia, no âmbito da teoria jurídica, particularmente, da teoria constitucional, por força do *imperium* da crença na possibilidade de se identificar os direitos com base em critérios ontológicos ou em argumentos reflexivamente equilibrados, considera-se possível e, mais ainda, necessário distinguir as situações nas quais a prática social de tratar as questões de moralidade política em termos de um vocabulário de interesses revelaria um uso legítimo da linguagem dos direitos das situações nas quais o uso da linguagem dos direitos indicaria pura retórica política, uma ilegítima invocação dos direitos constitucionais.

A crítica a essa indeterminação da linguagem dos direitos teve em Wesley Hohfeld um ilustre precursor. Num trabalho de monumental influência, Hohfeld empreendeu um esforço para identificar o que ele reputava ser um uso indevido de algumas categorias jurídicas, produzindo efeitos negativos sobre a prática jurídica norte-americana.⁵¹⁶ Num nível mais geral, Hohfeld impugnou a tendência de segmentos da *jurisprudence* para confundir conceitos jurídicos com conceitos não jurídicos. Todavia, o alvo principal da sua crítica foi a ambiguidade e a imprecisão” da terminologia jurídica, principalmente no tocante ao uso dos termos *direito* (*right*) e seu

⁵¹⁶ Cf. HOHFELD, Wesley. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Para uma abrangente discussão da análise de Hohfeld, cf. por último KRAMER, Matthew. “Rights Without Trimmings”.

correlativo *dever* (*duty*).⁵¹⁷ Aqui Hohfeld identificou um grande obstáculo “à compreensão clara, enunciação precisa e à verdadeira solução dos problemas jurídicos” por conta da suposição dominante na *jurisprudence* de que todas as relações jurídicas poderiam ser enunciadas com referência à contraposição entre direitos subjetivos e deveres, e de que essas categorias seriam apropriadas para descrever todos os tipos de interesses passíveis de significação jurídica. A partir de um impressionante trabalho de sistematização de precedentes judiciais, Hohfeld refutou essa suposição, identificando quatro tipos de relações que abarcariam as diversas situações subjetivas que teriam expressão no sistema jurídico: *rights in the strict sense* (*claim-rights*) e *duties; privileges* e *no-rights; powers* e *liabilities*; e *immunities* e *disabilities*. Embora todas as posições subjetivas ativas nessas relações fossem indistintamente referidas nos discursos jurídicos como *direitos*, Hohfeld sustentou que apenas o seu uso no sentido de uma pretensão (*claim*) à qual corresponderia um dever revelava-se apropriado. A utilização do termo *direito* para designar a posição subjetiva ativa naquelas outras três relações jurídicas, como um “camaleão”, seria apenas uma evidência da pobreza conceitual da teoria jurídica.⁵¹⁸

Hohfeld percebeu claramente que a linguagem dos direitos era utilizada com uma variedade de significações nos discursos jurídicos. Todavia, ele avaliou essa realidade como uma patologia que poderia ser curada com a sua terapia analítica, que distinguia as diversas relações intersubjetivas passíveis de relevância jurídica e

⁵¹⁷ HOHFELD, Wesley N. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, p. 32. Como um erudito no *Law of Trusts*, Hohfeld, obviamente, dirigiu a sua preocupação também às imprecisões no uso do conceito de “propriedade”: “A palavra ‘propriedade’ oferece um exemplo expressivo. Tanto para os leigos quanto para os especialistas esse termo carece de uma conotação definida ou estável. Por vezes, ele é utilizado para indicar o objeto físico com o qual se relacionam vários direitos, privilégios etc.; outras vezes, ele é empregado — com muita maior determinação e acerto — para denotar o interesse jurídico (o conjunto de relações jurídicas) que correspondem a esse objeto físico. Com frequência observa-se uma mudança rápida e falaciosa de um significado a outro”, in HOHFELD, Wesley. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, pp. 32-33.

⁵¹⁸ Cf. HOHFELD, Wesley N. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, pp. 45-87.

identificava os conceitos que deveriam ser apropriadamente utilizados para designá-las. Que um jovem positivista do início do século XX tivesse feito uma leitura tão *naïf* da complexa prática social dos direitos talvez ainda se possa compreender. Mais intrigante é que esse desapontamento com o uso impreciso e contraditório da linguagem dos direitos seja ecoado também no âmbito de uma apreciação tão refinada da prática jurídica, tão perceptiva do caráter intrinsecamente político dos discursos jurídicos, como o é a crítica aos direitos formulada no âmbito do movimento *Critical Legal Studies* por Duncan Kennedy.⁵¹⁹

Analisando o papel exercido pela linguagem dos direitos na cultura política e jurídica contemporânea, Duncan Kennedy sustentou que até a 2ª Guerra Mundial os projetos alternativos à política liberal não eram enunciados em termos de direitos, mas sim como formulações reformistas e revolucionárias que atribuíam as injustiças a deficiências na compreensão da realidade social e nas intervenções necessárias à sua transformação. Todavia, segundo Kennedy, esse cenário se modificou e, já ao final da década de 1970, a política propriamente de esquerda se associou a um discurso jurídico progressista, fazendo com que os objetivos antes perseguidos nos projetos revolucionários ou reformistas passassem a ser traduzidos como a luta por direitos constitucionais dos oprimidos. Com isso, a retórica dos direitos passou a ocupar um papel proeminente na cultura jurídica e política ocidental, tanto entre os segmentos conservadoras quanto entre os progressistas.

Segundo Kennedy, essa nova condição histórica foi determinada pelo fato de que a linguagem dos direitos revelou-se um instrumental bastante apropriado para mediar a relação entre interesses de grupos e interesses gerais. A dinâmica seria a

⁵¹⁹ Para o enquadramento mais geral das posições do *Critical Legal Studies* e a crítica de Duncan Kennedy à linguagem dos direitos, cf. o tópico final na segunda parte da tese.

seguinte: um determinado segmento político ou social toma um seu *interesse* particular e o estende a todos a mediante a sua qualificação como um direito constitucional. Uma vez que esse interesse particular é efetivamente acolhido no debate jurídico constitucional como um direito fundamental, o caráter de “factóide” dos direitos faz com que aquele segmento possa formular as suas postulações como demandas jurídicas, e não mais como meras preferências.⁵²⁰ Com isso, todos concordam, ou *têm* que concordar, que *existe* esse direito constitucional, o que implica que apenas por conta de uma equivocada (inconstitucional) interpretação do direito vigente é que se poderia negar o seu reconhecimento como autêntico direito.

A crítica de Kennedy é fervorosamente *hohfeldiana* ao desconsiderar o fato de que não há nenhuma possibilidade de impedir que os direitos sejam utilizados nos discursos constitucionais como argumentos para defender determinados interesses e, mesmo, privilégios de indivíduos, grupos, partidos etc., e, mais ainda, para impedir que a esses interesses e, mesmo, privilégios sejam atribuídos um *status* moral qualificado com a sua imputação como um direito constitucional.⁵²¹ Como eu procurei demonstrar na segunda parte desta tese, a história da linguagem dos direitos é a história da política dos direitos, a história de como nos seus conflitos políticos os variados segmentos da sociedade ocidental — de início, principalmente, *os grandi*, mas, progressivamente, também o *popolo* — valeram-se continuamente dos direitos como uma estratégia política discursiva para verbalizar e reclamar reconhecimento e

⁵²⁰ O caráter de “factóides” dos direitos decorreria do fato de que, uma vez reconhecida “a existência do direito”, então se deve “concordar que a sua observância *requer* x, y e z”; cf. KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, p. 305.

⁵²¹ Esse argumento está na base de algumas das críticas dirigidas por movimentos sociais nos Estados Unidos às formulações de Duncan Kennedy. Por exemplo, expressando a posição do movimento dos negros, Roithmayr argumenta que a linguagem dos direitos ainda é útil para que se possa “operar estrategicamente dentro da estrutura jurídica existente ou para subverter essa estrutura”; cf. ROITHMAYR, Daria. “Left over rights”, p. 1125.

proteção aos interesses e aspirações que eles reputavam valiosos. Demais disso, nas condições de legitimação moral que predomina nas sociedades contemporâneas, caracterizada pela impossibilidade de se compartilhar algum *ethos* baseado em referências religiosas ou filosóficas mais abrangentes, a condição de conceito avaliativo de que se reveste o direito adquire uma significação ainda mais diferenciada: é que, na prática social, não se vislumbra uma qualificação mais elevada ou prestigiosa para se imputar a uma determinada postulação do que atribuir-lhe a condição de um *direito*, mais ainda de um *direito constitucional*.⁵²² Portanto, pretender que a linguagem dos direitos não seja utilizada por conservadores e progressistas como uma retórica política sob a fâcies de um problema de interpretação constitucional revela-se tão *nonsensical* quanto o era a pretensão de Hohfeld de conceber especulativamente um esquema conceitual para capturar todas as possíveis categorias de relações intersubjetivas juridicamente relevantes, de modo a impedir que o conceito de direitos fosse utilizado indiferenciadamente, pervasivamente, para referir-se a todas essas categorias.

3.2 Da história à política: os limites da política da historiografia

Como eu procurei demonstrar na primeira parte desta tese, o esforço para compreender a história da política ocidental — como, de resto, a história de qualquer coisa — pode produzir resultados muito mais promissores quando se dá o devido

⁵²² Como ressalta Richard Primus, “chamar alguma coisa de um direito confere a ela um *status* sagrado; é reputá-la importante e merecedora de especial proteção”. Portanto, “uma necessidade, um interesse, ou uma concepção de bem-estar tem mais possibilidade de ser efetivada quando ela é considerada um direito”; cf. PRIMUS, Richard. *The American Language of Rights*, p. 36. No mesmo sentido, Glendon afirma que, “quando nós queremos proteger alguma coisa, nós tentamos qualificá-la como um direito”, in GLENDON, Mary Ann. *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, p. 31.

valor aos contextos sociais e às práticas linguísticas nas quais a política está imersa. É sempre uma melhor historiografia que resulta de uma análise *évènementiellement* e linguisticamente contextualizada da política e dos conceitos que a animam, ainda que fazer uma historiografia assim contextualizada exija muito mais do que fazer uma historiografia baseada nos grandes temas discutidos por cada um dos grandes autores desde que a política fez a sua aparição no Ocidente ou, mesmo, nas idéias aprioristicamente definidas como determinantes de uma certa dinâmica política. Eu procurei aplicar essa ideia na segunda parte desta tese, tentando demonstrar como a nossa compreensão acerca dos direitos pode ser enriquecida quando os direitos são situados nos discursos em que eles foram utilizados como uma linguagem específica para a prática da política: uma história contextualizada da política pelos direitos revela muito sobre essa categoria tão importante para a nossa experiência social, ainda que implicando colocar em cheque alguns dogmas tão fervorosamente cultuados nas concepções dominantes no âmbito das teorias contemporâneas dos direitos fundamentais.

 Todavia — e é desse ponto que eu quero partir para concluir o meu intento de ressignificação da linguagem constitucional dos direitos —, não é apenas uma “melhor” historiografia que resulta de uma adequada consideração do que ocorre na política historicamente praticada nas sociedades humanas. Mais relevante ainda é que, na medida em que fazer a história da política permite uma compreensão, por assim dizer, mais qualificada da própria política, a prática da história da política pode se revelar um elemento fundamental para a prática da política. Assim, nós podemos pensar em passar da perspectiva do estudioso que interpreta historicamente a política para a perspectiva do cidadão que tem que fazer política e pode fazer política a partir

da história: enfim, nós podemos pensar em nos mover da história da política para a política da história.

Pocock é um dos autores que mais têm defendido a possibilidade de se compreender a história vivida pelos homens, apreensível na historiografia, como uma espécie de pensamento político, como uma fonte de idéias políticas para subsidiar discursos políticos.⁵²³ E o fundamento para isso é que, segundo Pocock, a escrita da história, configurando-se como um tipo de discurso especificamente histórico, enunciado com base em uma linguagem de argumentos históricos, acabou por se qualificar ela mesma como uma das linguagens políticas mediante as quais são articulados os discursos políticos. Na visão de Pocock, compreender a historiografia como uma “forma de pensamento político” enseja não apenas a possibilidade de ver a sociedade revelando um modo no qual ela pode ser concebida, mas também a possibilidade de concebermos a sociedade em variados contextos históricos de transformação política, o que, obviamente, tem relevantes implicações políticas.⁵²⁴

Embora Pocock já tivesse revelado preocupação com esse significado político da historiografia em alguns dos seus trabalhos da década de 1960,⁵²⁵ foi apenas nas duas últimas décadas que ele aprofundou a discussão sobre a possibilidade de se conceber a historiografia como uma forma específica de ação política.⁵²⁶ E ainda que na defesa dessa possibilidade Pocock não tenha negligenciado as dificuldades que

⁵²³ Pocock reconhece que, diferentemente do que ocorre com respeito à sua metodologia contextualista e aos temas nos quais ele tem preferencialmente aplicado essa metodologia, nessa sua empreitada mais politizada ele tem encontrado bem menos “companions”; cf. POCOOCK, John. *Political Thought and History: Essays on Theory and Method*, p. ix.

⁵²⁴ Cf. POCOOCK, John. *Political Thought and History: Essays on Theory and Method*, pp. viii-ix.

⁵²⁵ Cf. “The origin of the study of the past: a comparative approach”, de 1962; e “Time, institutions and actions: an essay on traditions and their understanding”, de 1968 (republicados em POCOOCK, John G. A. *Politics, Language and Time. Essays on Political Thought and History*). Os dois trabalhos estão agora recolhidos em POCOOCK, John. *Political Thought and History: Essays on Theory and Method*.

⁵²⁶ Cf. “The historian as political actor in polity, society and academy”, de 1996; “The politics of history: the subaltern and the subversive”, de 1998; e “The politics of historiography”, de 2005. Esses trabalhos também estão republicados em POCOOCK, John. *Political Thought and History: Essays on Theory and Method*.

se erguem à pretensão de se fazer política a partir das histórias sobre a política que têm sido contadas entre nós, a minha avaliação é que os limites que ele estabeleceu para essa política da historiografia são insuficientes para, como se impõe, fazer uma política democrática, republicana, igualitária para as nossas sociedades. É o que eu pretendo demonstrar a seguir.

O esforço de Pocock para desenvolver uma teoria política a partir da historiografia da política foi balizado por três pressupostos: o caráter escritural da historiografia; o caráter narrativo que a escrita da história assume; e o conteúdo político de que se reveste a história.⁵²⁷ A feição escritural da historiografia significa para Pocock que “a história é algo escrito e que um modo de compreendê-la é investigar como os outros a têm escrito e como nós a escrevemos”. Segundo Pocock, essa investigação dos modos como a história tem sido construída por aqueles que a escrevem revela que a “história da historiografia” tem uma natureza muito diferente da “história da filosofia da história” que tem dominado o trabalho dos historiadores. A segunda premissa de Pocock é que essa historiografia é, em grande medida, uma construção de narrativas. E embora reconhecendo a legitimidade das críticas que se fazem a uma história construída em torno de narrativas,⁵²⁸ Pocock assume o propósito de extrair implicações advindas da redução da política à sua “narrabilidade (*narratability*)”, ou seja, de uma historiografia orientada pela suposição de que a política é constituída por acontecimentos que precisam ser narrados. Finalmente,

⁵²⁷ Para a discussão desses pressupostos, cf. POCOCK, John. “The politics of historiography”, pp. 2-3. As passagens citadas neste parágrafo foram extraídas dessa fonte.

⁵²⁸ Uma das mais contundentes críticas à *histoire événementielle* é desenvolvida precisamente numa das obras mais significativas da historiografia do século XX, a história do Mediterrâneo de Fernand Braudel. Da perspectiva pós-moderna, o *locus* das críticas mais influentes ainda é a obra de Lyotard (cf. LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-moderna*, pp. 35-57). Para a discussão acerca da ressurreição das *grands récits* na historiografia mais recente, cf. STONE, Lawrence. “The revival of narrative”; e BURKE, Peter. “A história dos acontecimentos e o renascimento da narrativa”.

Pocock, tomando como referência o pretensioso *dictum* de John Seeley segundo o qual “a história é a política do passado, e a política é a história do presente”, assume que o conteúdo da história é intrinsecamente político. Pocock refuta as críticas que consideram que uma história concebida essencialmente como uma narrativa da política marginalizaria as histórias que não seriam políticas, argumentando que o oposto é que tem ocorrido, visto que muitos dos esforços para escrever “novas” histórias não políticas (história social, história econômica, história cultural etc.) têm-se revelado como atos políticos deliberados de evasão da política.

É com referência a essas premissas que Pocock vai sustentar a possibilidade e, mais ainda, a legitimidade de uma política baseada na historiografia da política, ainda que reconhecendo o caráter fortemente “autocêntrico” das histórias que tipicamente têm sido objeto de atenção na cultura ocidental moderna: as histórias da institucionalização de sociedades políticas autônomas, as histórias das decisões tomadas por essas sociedades com o fito de estabelecer o seu “sentido” e as condições que viabilizam a sua existência soberana. É que, na medida em que a história dessa gênese da política revela não apenas as decisões envolvidas no processo histórico de institucionalização dessa sociedade, mas também os mitos fundacionais dessa sociedade que logrou se estabelecer como autônoma, ela tende a se converter na “história dos grupos e indivíduos que integram essa sociedade, das relações entre eles, que são a base da estrutura interna da sua política, e dos contextos e situações que essa política tem consolidado”.⁵²⁹ Enfim, os mitos narrados pelos membros dominantes dessa sociedade assumem a função de estabelecer a sua “identidade” (e a subsistência dessa “identidade”) ao legitimar as estruturas sociais que estão na base do

⁵²⁹ Cf. POCOCK, John. “The politics of history: the subaltern and the subversive”, p. 220.

seu sistema de autoridade. De conseguinte, essas narrativas míticas não podem admitir juízos afirmativos da sua verdade ou falsidade, muito menos tolerar dissidência ou postulações para a sua transformação.⁵³⁰

Todavia, como notou o próprio Pocock, nas sociedades ocidentais modernas a feição autocêntrica dessas narrativas míticas não tem impedido que alguns dos seus membros que são iguais em termos políticos aos membros dominantes contestem essas histórias, o que, por vezes, tem feito que mesmo a contestação desses iguais divergentes seja contemplada nas narrativas oficiais. Essa possibilidade de diversificação de narrativas é ampliada quando em algum momento da vida dessa sociedade profissionais começam também a escrever narrativas sobre a sua história. Na medida em que essas narrativas podem ser reescritas a partir de outros pressupostos, de outros mitos fundantes e de outros contextos de referência, parece que o trabalho do historiador não encontraria nenhuma limitação. Todavia, Pocock não pôde deixar de reconhecer que mesmo o historiador não está inteiramente livre para narrar e renarrar a história da sua sociedade política. Ainda que a sua profissão lhes invista de um maior grau de liberdade em relação àqueles que não são especialistas, os historiadores estão constrangidos, como cidadãos ou servidores da sociedade, a também narrar uma história que legitima o modo como está constituída a sociedade em que ele vive; e, como pessoas politicamente envolvidas, estão constrangidos a escrever histórias que assumam a defesa de algum dos discursos políticos enunciados nos conflitos existentes entre os membros da sociedade. Além do mais, Pocock considera que, uma vez que a diversificação de narrativas, se controlada, pode fortalecer “a” história autocêntrica, a sua “força centrípeta” tenderá a incorporar as

⁵³⁰ Cf. POCOCK, John. “The politics of historiography”, p. 3.

narrativas que recontam e diversificam a história da sociedade à narrativa mítica fundante.⁵³¹

Mas, se as coisas são desse modo, se a história da política de uma sociedade tende sempre a se tornar a “história da sua própria autonomia”, enunciada em narrativas nas quais os outros, os diferentes, aparecem apenas como “seres estrangeiros que agem e sofrem na história do *self* principal”, como seria possível uma história “heterocêntrica” da política, uma história na qual os diferentes poderiam ser vistos narrando as suas próprias histórias políticas e contestando as histórias políticas sobre eles narradas?⁵³²

Em “The politics of historiography”, de 2005, Pocock tentou encontrar uma alternativa para a superação dessas dificuldades e a reafirmação da plausibilidade de uma política da historiografia a partir da consideração das consequências que o trabalho do historiador, mesmo de um historiador *partisan*, pode provocar em sociedades como as nossas, nas quais o caráter contestável e contestado da política é acirrado pelo elevado valor atribuído à crítica e pela existência de uma prestigiada autonomia do indivíduo em face da autoridade, e da própria sociedade civil em face do poder. Segundo Pocock, em sociedades com essas características seria possível divisar uma história na qual, ao lado da narrativa heroica e dos mitos que estabelecem os fundamentos e a identidade da sociedade, estariam também presentes elementos de “contestabilidade, de contextualização, e as muitas forças que tornam as narrativas históricas renarráveis e, ao final, criticáveis”. Pocock acredita que esses elementos críticos permitiriam ao historiador — romanticamente definido como uma “irritante classe de seres que segue a lógica do seu discurso ainda que à custa da sua lealdade à

⁵³¹ Cf. POCOCK, John. “The politics of history: the subaltern and the subversive”, pp. 219-220.

⁵³² Cf. POCOCK, John. “The politics of history: the subaltern and the subversive”, pp. 220-221.

sociedade (sic) — disponibilizar à sociedade um “complexo conjunto de discursos” narrando as suas ações e instituições e, assim, criando condições para que a sociedade possa se engajar e se comprometer com a continuidade histórica dessas ações e instituições políticas.⁵³³

Pocock, todavia, não oculta os limites da política baseada nessa diversidade de narrativas historiográficas: ainda que elas revelem uma gênese revolucionária e conflituosa para a sociedade, elas operam inexoravelmente para legitimar a história presente na qual as instituições estão agora pacificadas e ordenadas. Com isso, como reconhece Pocock, a “política da historiografia tem uma forte tendência a se converter num liberalismo conservador”: essa política da historiografia, mesmo admitindo que existem muitos modos de contar e avaliar a história da política da sociedade, não se furta ao reconhecimento de que “existe uma estrutura normativa dentro da qual nós devemos continuar a nos julgar e efetivar as nossas decisões políticas”. Fugir a esse reconhecimento só levaria, segundo Pocock, à tentação pós-modernista para, numa narração ficcional dessa narração, revelar o caráter igualmente ficcional da narrativa legitimante, concluindo-se que “não há a nada a fazer exceto imaginar narrativas sobre a imaginação de narrativas, e assim *ad infinitum* na biblioteca de Babel”.

Diferentemente do quadro vislumbrado na desoladora conclusão de Pocock, as possibilidades de uma política baseada na história não se exaurem entre as alternativas da legitimação da política liberal conservadora que se institucionalizou na história ocidental ou da crítica literária da *philopsychia* pós-modernista, indiferente ao sentido de qualquer política vivenciada na história humana. Como sustentou

⁵³³ Cf. POCOCK, John. “The politics of history: the subaltern and the subversive”, pp. 9-11.

precursoramente no debate político e jurídico George Galindo, é possível ainda uma política legítima a partir da história, mas isso se, e somente se, a política da historiografia lograr converter-se numa verdadeira política da história, numa política da memória. É o que se defende no tópico seguinte.

3.3 A política anamnética: memória, conflito e direitos

A percepção das decisivas diferenças que se oferecem à política quando a história é compreendida num sentido meramente historiográfico ou num sentido propriamente histórico foi enunciada por Galindo na sua abrangente crítica à história do Direito Internacional contemporâneo narrada por Martti Koskenniemi em *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*.⁵³⁴ O cerne da argumentação de Galindo é que, embora *The Gentle Civilizer of Nations* se insira num *historiographical turn* que tem adquirido relevância nas discussões dos internacionalistas, ao pretender “rever (ou mesmo confirmar) a história do Direito Internacional e estabelecer conexões entre o contexto passado e presente das normas, instituições e doutrinas internacionais”, o seu alcance crítico se esvai ao cingir-se à impugnação do caráter a-histórico da racionalidade iluminista, sem, todavia, abrir possibilidades para que a razão “desenvolva a sua própria consciência do seu passado”.⁵³⁵

Segundo Galindo, essa impugnação à razão iluminista pressupõe a atribuição de uma significação meramente historiográfica para a história, no sentido

⁵³⁴ Cf. GALINDO, George. “Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law”,

⁵³⁵ GALINDO, George. “Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law”, pp. 541 e 558-559.

em que aqueles que enunciam a crítica se limitam a defender a necessidade da apreensão das condições culturais e histórias subjacentes às teorias, e da reavaliação das estruturas conceituais em que se baseia a compreensão das próprias teorias. Esse uso da *historiografia*, todavia, não se qualifica como um uso da *história*. É que a história “não é a busca por um tempo perdido ou um retorno ao passado” por conta de desilusões com o presente; a história, ao contrário, pressupõe a compreensão que o “tempo perdido está, de fato, perdido”, e que o passado tem uma dimensão intrinsecamente anamnética, abarcando tanto as “memórias agradáveis quanto as memórias perigosas” que precisamos carregar. Esse compromisso com o “desesquecimento” da história, principalmente da história que lança sobre nós a carga dessas “memórias perigosas”, é, assim, constitutivo de uma “razão anamnética” que — e aqui, para se contrapor às pretensões iluministas da racionalidade comunicativa habermasiana, Galindo invoca Metz — “não está orientada primacialmente por um *a priori* de comunicação e consenso, mas por um *a priori* de sofrimento”.⁵³⁶

Portanto, uma crítica efetiva ao déficit histórico da razão iluminista só pode se apresentar como uma crítica ao déficit anamnético da razão iluminista, à sua incapacidade para atribuir à memória qualquer sentido relevante na sua constituição, principalmente à memória do sofrimento decorrente de atrocidades como as cometidas em Auschwitz, da manipulação de tecnologias capazes de aniquilar a raça humana, ou da opressão econômica sobre países em desenvolvimento.⁵³⁷ E, mais ainda, os intentos críticos ou reinterpretaivos da experiência social só estarão fazendo um uso da história, só estarão fazendo uma política da história, quando a razão dessa política leva em consideração a sua dimensão anamnética: “A razão só pode revelar-se

⁵³⁶ *Apud* GALINDO, George. “Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law”, p. 558.

⁵³⁷ GALINDO, George. “Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law”, p. 557.

autenticamente histórica quando ela se torna anamnética, quando ela se torna consciente das desgraças que ela tem produzido”.⁵³⁸

Embora sempre seja possível uma redescritção dessa “filosofia” da história de modo a virar as coisas de cabeça para baixo,⁵³⁹ é extremamente instigante a sugestão de Galindo de que só é verdadeiramente histórico o que é anamnético, nesse sentido mais qualificado de uma memória da experiência de sofrimento no mundo, e não no sentido óbvio de recordação de uma qualquer experiência histórica. Essa perspectiva de compreensão da história suscita inúmeras possibilidades para enriquecer e mesmo convulsionar aspectos fundamentais das concepções do Ocidente acerca da racionalidade, do sentido da política, da esperança humana, entre outras dimensões constitutivas da sua mundividência. Como têm percebido Rorty e Derrida, o elemento anamnético é a base para uma oposição muito mais significativa do que as distinções que têm tradicionalmente orientado a autocompreensão das nossas sociedades, como, por exemplo, as distinções entre Ocidente e não-Ocidente, fé e razão, Europa e Estados Unidos, modernidade e antiguidade, moderno e pós-moderno, etc. e etc.: a oposição entre a dominante visão helênica do mundo e da vida, comprometida com o ideal do *logos*, do conhecimento legítimo porquanto expressão da *verdade*, e a *Weltanschauung* judaica, orientada pela esperança messiânica de *justiça* na história dos homens.⁵⁴⁰

Nos limites desta tese não há espaço para aprofundar o exame dessas implicações e aferir se uma “razão concebida anamneticamente” pode realmente impedir a “nivelção racionalizante das descontinuidades e rupturas históricas, no

⁵³⁸ GALINDO, George. “Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law”, p. 558.

⁵³⁹ Essa estratégia recorrente, que reentroniza a historiografia no lugar da história, despedindo-se da *histoire même*, é a base da crítica de Alexandra Kemmerer à crítica de Galindo; cf. KEMMERER, Alexandra. “The Turning Aside: On International Law and Its History”, pp. 15-17.

⁵⁴⁰ RORTY, Richard. “Para emancipar a nossa cultura”, p. 91.

interesse da segurança da identidade individual e coletiva dos vivos”, para assegurar “a não arbitrariedade do uso público da história”,⁵⁴¹ ou, ao contrário, se ela seria apenas uma fonte para um permanente ressentimento, uma autotortura que apenas deixaria moralmente doente aquele que, sendo escravo, não consegue, como consegue o senhor, exaurir o ressentimento em “uma reação imediata”, sem se envenenar.⁵⁴² Aqui é suficiente perceber que a noção de razão anamnética confere um novo sentido à percepção dos direitos como uma prática social reativa à experiência de opressão e carência, como um discurso político que, a partir da memória da privação da liberdade e da dignidade, viabiliza lutas políticas pela superação desse *status quo*, em oposição a uma razão a-histórica, que pretende localizar a origem dos direitos constitucionais em teorias omnicompreensivas, sejam elas formuladas, como vimos, em termos de ontologias que estabelecem as condições formais e estruturais que determinam a existência dos direitos, ou à base de *petitio principii* que, reflexivamente, inferem um sistema de direitos a partir de princípios políticos voluntaristicamente selecionados. Essa percepção de que a razão determinante das demandas por direitos é a luta para a superação de uma experiência histórica de opressão e carência, e não o impulso revolucionário de alguma ideologia ou teoria normativa, não tem tido muito acolhimento no debate constitucional. Em geral, nas teorias constitucionais dominantes tem imperado um eloquente silêncio acerca da fundamentalidade da memória da experiência histórica no processo de criação dos direitos. E mesmo quando, excepcionalmente, se afirma que os direitos expressam a reação dos cidadãos

⁵⁴¹ METZ, Johann Baptist. “A razón anamnética. Anotaciones de un teólogo sobre la crisis de las ciencias del espíritu”, pp. 76-77. Esse texto apresenta uma vigorosa crítica ao conceito de racionalidade discursiva de Habermas, respondida em HABERMAS, Jürgen. “Israel o Atenas: A quién pertenece la razón anamnética? Johann Baptist Metz y la unidad en la pluralidad multicultural”.

⁵⁴² Como se nota, essa é a base da defesa de Nietzsche de uma política do esquecimento; cf. NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*, pp. 28-34 (“Primeira Dissertação”, 10 e 11)

a “experiências concretas de repressão e humilhação”,⁵⁴³ esse *insight* não tem suscitado qualquer consequência relevante para a compreensão dos direitos, que permanecem sendo justificados principalmente em termos de implicações conceitualmente necessárias de determinadas conexões vislumbradas entre princípios políticos teoricamente valorados como constitutivos de uma legítima ordem constitucional.

Curiosamente, essa justificação teórica da dinâmica dos direitos prevalece mesmo em apreciações que, alegadamente, têm procurado inspiração na tradição republicana e que, portanto, deveriam ser mais perceptivas à relevância política das experiências de privação da liberdade e dos conflitos que se instauram com vistas à sua superação. Na interpretação de Sunstein, por exemplo, a história dos direitos no constitucionalismo norte-americano não é a história da luta de cidadãos que procuram libertar-se de contextos sociais opressivos e que utilizaram a linguagem dos direitos nos seus discursos políticos dirigidos à justificação dessa libertação, mas, antes, a história do confronto entre as antagônicas idéias da Constituição como processo de deliberação democrática, de inspiração republicana, e da Constituição como a garantia de uma política de interesses de grupos, de inspiração liberal.⁵⁴⁴ E como o propósito de Sunstein é basicamente demonstrar a importância da concepção republicana na definição das instituições básicas da Constituição afinal estabelecida, evidenciando que a promoção da deliberação e a proteção dos direitos foram compreendidas como objetivos conexos, a história concreta das lutas por direitos que produziu a Constituição não se revelou fundamental ao seu empreendimento teórico;

⁵⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, p. 389.

⁵⁴⁴ Cf. SUNSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*, pp. 17-39.

ela pôde sem problemas ser substituída por uma seleção útil do passado (“*usable past*”) que permitisse identificar “as idéias que tiveram um papel proeminente” nesse processo.⁵⁴⁵

A ideia de que uma razão anamnética para os direitos é distinta de uma razão teórica para os direitos não decorre apenas de que uma é histórica e a outra não. Na realidade, o decisivo reside no fato de que o sentido em que se diz que a política anamnética oferece uma razão para os direitos não é o mesmo sentido em que se diz que as teorias de direitos apresentam uma razão para os direitos. No primeiro caso, a razão se apresenta mais como uma causa empírica para os direitos; no segundo caso, ela é enfaticamente uma justificação para os direitos. Razão como justificativa remete a alguma estrutura normativa que legitima a existência de um direito; razão como causa remete ao contexto histórico que determinou o reconhecimento, a invenção do direito.

Richard Primus, todavia, numa instigante interpretação da origem e do desenvolvimento dos discursos dos direitos na história constitucional norte-americana, sustentou que razões causais e razões justificatórias não estão absolutamente desconectadas. Segundo Primus, “idéias sobre justificação são parte da história das causas, e as causas afetam o que as pessoas consideram como justificações adequadas”. Primus exemplifica o seu argumento com a proibição de buscas e apreensões generalizadas estabelecida na IV Emenda à Constituição (*Bill of Rights*).⁵⁴⁶ A razão histórica para o reconhecimento desse direito constitucional foi, sem dúvida, a reação dos revolucionários às medidas de combate ao contrabando que anteriormente eram empreendidas pelos britânicos; todavia, os norte-americanos que assim reagiram

⁵⁴⁵ SUNSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*, p. 18.

⁵⁴⁶ Segundo a IV Emenda, “O direito das pessoas a estar seguras em sua pessoa, domicílio, documentos e bens, contra buscas e apreensões desarrazoadas, não será violado, e nenhuma ordem será emitida, exceto sob causa fundada, respaldada em juramento ou declaração, com descrição particularizada do local a ser examinado e das pessoas ou coisas a serem apreendidas”.

também acreditavam estar justificados ao vedar constitucionalmente as buscas generalizadas. Para Primus, as razões de justificação integraram as razões causais para os direitos da IV Emenda. Reversamente, ele destacou que as experiências dos colonos com a prática disseminada da invasão das suas casas por agentes tributários pode ter convencido alguns deles que a proibição de buscas generalizada era legítima, uma convicção que só pode ser sustentada tão enfaticamente a partir das suas experiências concretas. Assim, “fatores causais podem contribuir para moldar as atitudes subjacentes aos argumentos justificatórios, do mesmo modo como atitudes de justificação estão imersas em processos causais”. Essa imbricação entre razões causais e razões de justificação para os direitos previstos na IV Emenda determinou continuamente o sentido conferido àquele preceito, de tal maneira que quando, no final do século passado, se discutiu a questão do aborto e da concepção em termos de um direito à privacidade, a norma constitucional foi apresentada como justificação para o argumento favorável ao reconhecimento desse direito. Segundo Primus, sem a dinâmica causal determinante do estabelecimento da IV Emenda dificilmente as justificações para um direito à privacidade estariam disponíveis no debate constitucional contemporâneo das questões de concepção e aborto, o que, forçosamente, determinaria uma conformação completamente diferente para o sentido que seria atribuído ao direito à privacidade.⁵⁴⁷

Primus considera que essa conexão entre razões causais e razões de justificação dos direitos caracterizou de modo geral a história dos discursos dos direitos nos Estados Unidos. Essa dinâmica histórica contrasta e constrange a pretensão dos teóricos constitucionais contemporâneos para justificar os direitos

⁵⁴⁷ Cf. PRIMUS, Richard. *The American Language of Rights*, pp. 55-57.

essencialmente com referência aos princípios normativos que os fundamentariam; uma pretensão que, segundo Primus, perpetraria uma falácia naturalista às avessas: ao invés de ver o processo histórico causal como a justificação dos direitos, os teóricos contemporâneos querem converter os argumentos normativos na “causa empírica” dos direitos.⁵⁴⁸

A argumentação de Primus é extremamente convincente, e, mesmo sem fazer qualquer referência à constituição necessariamente anamnética de toda razão com pretensões de compreender adequadamente a política das sociedades humanas, ela tem o inegável mérito de deslegitimar as sofisticadas justificações para os direitos apresentadas nas teorias contemporâneas, ao evidenciar o caráter especulativo, insustentável historicamente, das suas razões. Todavia, eu vislumbro pelos menos duas razões para privilegiar a compreensão especificamente anamnética da política dos direitos, comparativamente à dinâmica descrita por Primus: (i) o exposto compromisso na política anamnética com razões históricas para direitos que decorram da memória de efetivas situações de opressão e carência; e (ii) a possibilidade oferecida pela política anamnética para tomar em consideração também a memória daqueles que não participam dos processos históricos causais que levam à criação dos direitos.

No tocante ao primeiro argumento, é importante perceber que a dinâmica descrita por Primus está mais orientada à explicação do desenvolvimento dos direitos em determinado contexto histórico, no caso, o constitucionalismo norte-americano, do que em legitimar politicamente a luta por direitos daqueles que são concretamente submetidos a histórias de opressão, de privação da liberdade, de

⁵⁴⁸ PRIMUS, Richard. *The American Language of Rights*, p. 58.

indignidade, como é, manifestamente, a pretensão da política fundada numa razão anamnética no sentido defendido por Metz e Galindo. Essa inclinação da abordagem de Primus explica-se pelo paradigma compreensivo da história que ele acolheu na sua argumentação: a noção de “história como desenvolvimento” de Samuel Beer, recepcionada no sentido de um esforço para “explicar como um determinado estado de coisas evoluiu de um anterior estado de coisas, pela influência de quaisquer forças que possam ter sido relevantes”. A partir dessa compreensão, mesmo reconhecendo-se que os discursos dos direitos são fundamentalmente determinados por “problemas e crises concretas”, não se evidencia aí o compromisso inerente à política anamnética de radicalização da política dos direitos a partir da enfática consideração, no conjunto dessas “quaisquer forças que possam ter sido relevantes” para a enunciação de discursos políticos baseados nos direitos, dos contextos reveladores de reais situações de sofrimento.⁵⁴⁹

Note-se, por exemplo, que a dinâmica interpretativa de Primus explicaria com propriedade diversos momentos da política dos direitos analisados nesta tese que em hipótese alguma poderiam ser compreendidos em termos de uma reação a um contexto de opressão ou privação de liberdade: por exemplo, a recepção da linguagem dos direitos naturais na economia política da sociedade comercial, no século XVIII; ou a consolidação da doutrina dos direitos públicos subjetivos no âmbito do positivismo dogmático do século XIX; ou um direito à liberdade contratual, no constitucionalismo *lochneriano*. Nesses casos, não haveria a maior dificuldade para, *à la* Primus, identificarem-se as razões causais que deram causa à verbalização de determinadas

⁵⁴⁹ PRIMUS, Richard. *The American Language of Rights*, p. 45

pretensões como um discursos de direitos, e a sua conexão com argumentos teóricos que se assomaram para justificar e articular racionalmente essas razões.

Por exemplo, como vimos, a linguagem dos direitos naturais foi invocada por Adam Smith para justificar a sua opção política por uma ordem social baseada numa concepção comutativa da justiça, como era o caso da sociedade comercial, em detrimento de uma ordem baseada numa concepção distributiva da justiça, como era o caso da sociedade feudal. Para tanto, Smith desenvolveu uma argumentação que conectava os princípios de justiça estruturantes dessas distintas ordens sociais a argumentos normativos, no caso de natureza ontológica, sobre os direitos: a distinção entre direitos perfeitos e direitos imperfeitos desenvolvida na jurisprudência natural. Com isso, as razões causais para o surgimento de um discurso individualista dos direitos na sociedade comercial, ou seja, a salvaguarda da conduta egoísta dirigida à satisfação dos interesses privado no mercado, foi reforçada por uma justificação teórica que legitimava juridicamente essas condutas como constituindo perfeitos direitos. Consoante uma dinâmica similar, poderiam ser descritas as razões explicativas para a emergência de discursos de direitos nos outros dois contextos políticos acima mencionados.

O segundo argumento é a possibilidade da política anamnética para tomar em consideração também a memória daqueles que não participam dos processos históricos causais que levam à criação dos direitos. E aqui a contribuição de Koselleck é fundamental. Como vimos, Koselleck sustenta a necessidade de que uma compreensão histórico-conceitualmente orientada da política (a *Historik*), reconheça a possibilidade de uma história que não se articula em termos da linguagem. Essa

necessidade se conecta à possibilidade de uma política da memória a partir de duas categorias históricas fundamentais: espaço de experiência e horizonte de expectativa.

Como se sabe, Koselleck, impugnando a concepção formalista que vislumbrava uma oposição semântica e, portanto, uma relação de alternatividade entre essas duas categorias históricas, sustentou, ao contrário, que entre os conceitos de experiência e expectativa não se “propõe uma alternativa; não se pode ter um sem o outro: não há expectativa sem experiência, não há experiência sem expectativa”. Koselleck compreendeu a experiência como “o passado atual, aquele no qual acontecimentos foram incorporados e podem ser lembrados”. Na experiência atual de lembrar a experiência anterior se fundem elementos racionais e inconscientes não apenas da própria experiência de quem lembra, mas também — e esse é o ponto decisivo para o nosso argumento — de sujeitos históricos ausentes da experiência atual do lembrar. Do mesmo modo, a experiência da expectativa, que “se realiza no hoje, é futuro presente, voltado para o ainda-não, para o não experimentado, para o que apenas pode ser previsto”, também se liga a quem espera e a quem está alheio: “Esperança e medo, desejo e vontade, a inquietude, mas também a análise racional, a visão receptiva ou a curiosidade fazem parte da expectativa e a constituem”. Portanto, “esperança e recordação, ou mais genericamente, expectativa e experiência — pois a expectativa abarca mais que a esperança, e a experiência é mais profunda que a recordação — são constitutivas, ao mesmo tempo, da história e do seu conhecimento, e certamente o fazem mostrando e produzindo a relação interna entre passado e futuro, hoje e manhã”.⁵⁵⁰

⁵⁵⁰ KOSELLECK, Reinhart. “Espaço de experiência’ e ‘horizonte de expectativa’: duas categorias históricas”, pp. 307-310.

A consideração da experiência dos ausentes, dos “vencidos”, na conformação das expectativas históricas é sustentada por Koselleck com expressa referência às exortações de Benjamin para o nosso compromisso “messiânico” com as gerações passadas, com o compromisso para ouvirmos também as vozes e os clamores, ainda ecoando, dos que foram silenciados ou, mais ainda, dos que sequer chegaram a articular linguisticamente as suas demandas por direitos: “a relação entre silêncio e manifestação na linguagem e/ou nos símbolos reproduz um problema perene que implica sempre em nos perguntarmos sobre os conceitos políticos silenciados, que dessa forma, seriam aqueles que não são considerados conceitos fundamentais”.⁵⁵¹

⁵⁵¹ Cf. JASMIN, Marcelo; e FERES Júnior, João (org.). *História dos Conceitos. Debates e Perspectivas*, p. 168.

CONCLUSÃO

“Eu não acredito que exista algo que seja funcionalmente – naturalmente – libertador. A liberdade é uma prática. Sempre existirão projetos direcionados a transformar os constrangimentos existentes, a diminuí-los ou mesmo eliminá-los. Mas nenhum desses projetos pode, simplesmente à conta da sua natureza libertadora, assegurar que as pessoas terão automaticamente liberdade, que a liberdade será sempre estabelecida em seguimento ao próprio projeto. A liberdade humana não é nunca assegurada apenas pelas instituições e leis que se propõem a garanti-la. É que todas essas leis e instituições são suscetíveis de serem viradas pelo avesso, e isso não por conta da sua ambiguidade, mas simplesmente em razão de que ‘liberdade’ é o que precisa ser exercido por meio dessas instituições e leis” (Michel Foucault).

Esta tese teve por motor a inquietação provocada pela tendência disseminada nas sociedades ocidentais contemporâneas para discutir as questões de moralidade pública em termos de direitos constitucionais colocando sob permanente suspeita o caráter conflituoso da política que conforma a nossa experiência social. Desde que ganhou curso no mundo ocidental a ideia de que nós precisamos de algum dispositivo institucional para superar o estado de desordem generalizada que se instauraria entre os homens quando eles são deixados livremente em convívio, desde, enfim, que nos tornamos hobbesianos, os direitos têm sido um vocabulário privilegiado, “naturalmente” preordenado para controlar heteronomamente a política desagregadora e produzir *ordem* social. Tornamo-nos ainda mais hobbesianamente crentes nos direitos — e por isso subtraímos-los da política, já agora de joelhos perante o *higher law* — quando passamos a acreditar que essa ordem social tinha que ser uma

sociedade *comercial*, uma infinidade de homens procurando independentemente a satisfação dos seus desejos vãos e insaciáveis e que, pela condução de uma mão invisível, sem saber e sem intencionar, promoveriam o bem-estar de todos. E conferimos aos nossos desejos uma proteção quase divina quando passamos a acreditar que, para preservar a nossa hobbesiana e smithiana sociedade comercial, dependeríamos da virtude epistêmica, lochneriana, de um guardião do *higher law*, censor de toda política intrusiva sobre os direitos.

Assim hobbesianos, smithianos e lochnerianos, vivemos nesse mundo de direitos individuais constitucionalmente e judicialmente protegidos da política. Pudéssemos todos ser igualmente tratados nesse mundo perfeito, quem sabe não seria o caso mesmo de se acreditar no milagre do fim da história, no fim dos conflitos e, portanto, da necessidade de fazermos política. Quem sabe aí não poderíamos todos gozar uma vida *philopsychika*, no *otium* do numinoso, do lúdico — consoante as preferências extáticas de cada um —, seguros de que o *negozio* de todos estaria igualmente protegido.

Mas, desgraçadamente, o mundo hobbesiano, smithiano e lochneriano não pode ser assim perfeito para todos. Os direitos necessários à persecução dos desejos vãos e insaciáveis não são assegurados a todos; eles não podem ser assegurados a todos. Nem todos os desejos estão legitimados a serem perseguidos como direitos assegurados num *higher law* e protegidos pelo seu guardião. Certamente o estão a autonomia pessoal, a liberdade de expressão, a liberdade de contratar, a liberdade de dispor do próprio corpo, mas não o trabalho, a moradia, a alimentação a educação. E enquanto as coisas forem desse modo, e não há razão para que as coisas não sejam desse modo, a história da sociedade humana será a história dos conflitos

entre diferentes *umori* acerca da necessidade da efetivação e da malignidade da não efetivação desses interesses, e da legitimidade da ordem social que assegura ou não esses interesses.

Por certo, essa política continuará a ser uma política dos direitos, discursada e vivida nessa linguagem que nos aprisiona, apresentando-se como o idioma necessário, inafastável, para expressarmos o valor que atribuímos aos nossos mais fundamentais interesses e aspirações. Mas, para ser uma política dos direitos capaz de verbalizar os interesses e aspirações também do *popolo*, e não apenas dos *grandi*, ela terá que ser uma política dos direitos anamnética, que reconhece e efetiva como direitos fundamentais as esperanças dos que submetidos aos contextos de sofrimento e injustiça de superação desse *status quo*, e não o que resulta racionalmente justificado em alguma compreensão especulativa da experiência humana. Somente uma política dos direitos assim anamnética poderá fazer da nossa ordem de convivência social uma república democrática de direito

A repolitização das discussões constitucionais acerca das questões de moralidade pública, imperiosa caso ainda haja a pretensão de que delas resulte *legitimidade*, pressupõe, assim, a devida consideração à contestação, à resistência desses que no presente e (como advertiu incansavelmente Benjamin) no passado, porque sem linguagem e sem discursos, remanesceram sem autoridade política e, assim, sem liberdade, sem direitos, sem propriedade, sem terra, sem contrato, sem dignidade, na divisão dos recursos disponibilizados à comunidade por efeito da dinâmica social e econômica ativada com base na política e na Constituição. As sociedades ocidentais lograram apreender na história os riscos que decorrem da vigência de uma pura política, apartada, além de um certo umbral, de um balizamento

pelo direito: a generalização da exceção do Estado do não-direito na regra da anomia, ainda que revelando uma sensibilidade moral seletiva, mas perceptiva e indignada com a tirania de um *Führer* sobre os humanos brancos e cristãos do Atlântico Norte do que com a tirania de outros sobre os bárbaros, negros, pardos, pagãos, do resto do Ocidente, do resto do mundo. Mas, desgraçadamente, as sociedades ocidentais ainda não atinaram para as implicações, igualmente evidenciadas pela história, da vigência de um puro direito, apartado, além de uma certa medida, das demandas da política democrática: a permanente vigência da probabilidade, tanto maior quanto maior o desconforto do direito com a política, da pura sublevação — ou, para impedi-la, da pura repressão — dos que remanesçam apartados da sociabilidade propiciada por uma ordem de convivência social baseada na generalização da abstrata garantia da realização dos interesses materiais e, agora, após a sua hiper-satisfação, dos “*baubles and trinkets*” simbólicos daqueles que, como produtores ou consumidores, logram integrar-se, mesmo que desigualmente, na sociedade de mercado.

A esperança de um futuro democrático e, pelo menos, com possibilidades reais de igual liberdade nas sociedades ocidentais — enfim, a possibilidade de que todos os viventes que têm dignidade humana sejam em alguma medida incorporados à sociabilidade propiciada pela política liberal também no polo ativo dos direitos e prerrogativas, como proprietários, credores, demandantes etc., e não apenas no polo passivo das obrigações e sanções, como devedores, indiciados, réus etc. — depende fundamentalmente da sua capacidade para reconciliar a política e o direito de um modo tal a reconhecer a inevitabilidade da memória dessa condição de apartação, e do conflito que daí decorre, no enfrentamento das questões de moralidade pública. Ela depende essencialmente da possibilidade de verbalização como direito da prática de

rememoração do sofrimento e de resistência, contestação e transformação da política por parte daqueles que têm remanescido sem liberdade, sem direitos e sem esperança nessa longa história de riqueza das nações e prosperidade privada vivida pela sociedade comercial.

BIBLIOGRAFIA

ABRAHAM, Henry J.; e PERRY, Barbara A. *Freedom and the Court. Civil Rights and Liberties in the United States*, 7ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

ACKERMAN, Bruce. "Beyond Carolene Products". *Harvard Law Review*, vol. 98, n. 4, pp. 713-747, 1985.

_____. *We the People: Foundations*, 5ª reimpr. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1998.

ALLEN, James. "Aristotle on the disciplines of argument: Rhetoric, Dialectic, Analytic". *Rhetoric*, vol. 25, n. 1, pp. 87-108, 2007.

ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*, trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Editorial Gedisa.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, 1ª reimpr. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. "Balancing, constitutional review, and representation". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n. 4, pp. 572-581, 2005.

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ARENDT, Hannah. *Between Past and Future*. New York: The Viking Press, 1961.

_____. *On Revolution*. New York: Penguin, 1962.

_____. *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*, trad. André Duarte de Macedo. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

_____. *The Human Condition*. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

_____. "Filosofia e política". In: *A Dignidade da Política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

_____. "The End of Tradition". In ARENDT, Hannah. *The Promise of Politics*. New York: Schocken Books, 2005.

_____. "Introduction into Politics". In ARENDT, Hannah. *The Promise of Politics*. New York: Schocken Books, 2005.

_____. "The Tradition of Political Thought". In: ARENDT, Hannah. *The Promise of Politics*. New York: Schocken Books, 2005.

ARISTÓTELES. *Política*, trad. Therezinha Monteiro Deutsch. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

_____. *Ética a Nicômacos*, trad. Mário da Gama Kury, 3ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

AUDIER, Serge. *Les théories de la republique*. Paris: Éditions La Découverte, 2004.

_____. *Machiavel, conflit e liberté*. s.l.: Librairie Philosophique J. Vrin, 2005.

AURELL, Jaume. *La Escritura de La Memoria. De los positivismos a los postmodernismos*. València: Publicacions de la Universitat de València, 2005.

BACCELLI, Luca. *Critica del repubblicanesimo*. Roma: Editori Laterza, 2003.

BAKER, Keith M. *Inventing the French Revolution: Essays on french political culture in the Eighteenth Century*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

BALL, Terence. *Reappraising Political Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

BALL, Terence; e POCOCK, John G. A. *Conceptual Change and the Constitution*. Lawrence (Kansas): University Press of Kansas, 1988.

BALL, Terence; FARR, James; e HANSON, Russel L. *Political innovation and conceptual change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BARON, Hans. "Burckhardt's 'Civilization of the Renaissance' A Century after its Publication". *Renaissance News*, vol. 13, n. 3, pp. 207-222, 1960.

_____. *The Crisis of the Early Italian Renaissance*, 2^a reimpr. Princeton: Princeton University Press, 1967.

_____. "Machiavelli: The Republican Citizen and the Author of 'The Prince'". *English Historical Review*, vol. 76, n. 299, pp. 217-253, abril, 1961.

BAYLIN, Bernard. *The Ideological Origins of the American Revolution*, 14^a reimpr. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1977.

_____. *The Ideological Origins of the American Revolution (Enlarged Edition)*, 1992. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press.

BELLAMY, Richard. "'Da metafísico a mercatante' – Antonio Genovesi and the development of a new language of commerce in eighteenth-century Naples". In PAGDEN, Anthony. *The Languages of Political Theory in Early-Modern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

_____. *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BENJAMIN, Walter. "Sobre o conceito de história". In BENJAMIN, Walter. *Magia e Técnica, Arte e Política: Ensaio sobre Literatura e História da Cultura. Obras Escolhidas - Volume 1*, trad. Sergio Paulo Rouanet. São Paulo: Editora Brasiliense, 1996.

BERLIN, Isaiah. "Two Concepts of Liberty". In BERLIN, Isaiah. *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1969.

_____. "O Problema de Maquiavel". In MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe – Estudos*, trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

BIGNOTTO, Newton. *Origens do republicanismo moderno*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.

BLOCH, Ernst. *Natural Law and Human Dignity*, trad. Dennis J. Schmidt, 3^a reimpr. Cambridge (Massachusetts): The MIT Press, 1996.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. "Origens y Cambio del Concepto de Estado de Derecho". In BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, trad. Rafael Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BOUTCHER, Warren. "Unoriginal authors: how to do things with texts in the Renaissance". In BRETT, Annabel; TULLY, James; e HAMILTON-BLEAKLEY, Holly (eds.). *Rethinking the Foundations of Modern Political Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

BRUNNER, Otto. *Storia Sociale dell'Europa nel Medioevo*, trad. Gustavo Corni. Bologna: Il Mulino, 1980.

_____. "Feudalismo: un contributo alla storia del concetto". In BRUNNER, Otto. *Per una Nuova Storia Costituzionale e Sociale*, trad. Perangelo Schiera. Milano: Vita e Pensiero, 2000.

BURKE, Peter. "A história dos acontecimentos e o renascimento da narrativa". In BURKE, Peter (org.). *A Escrita da História: Novas Perspectivas* (trad. Magda Lopes). São Paulo: Editora UNESP, 1992.

BURCKHARDT, Jacob. *A Cultura do Renascimento na Itália*, trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOVAN, Margaret. *Hannah Arendt: A Reinterpretation of Her Political Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

CASTRO, Marcus Faro de. "Beyond Liberalism and its Critics: An Essay in Constitutional Theory". *Dalhousie Law Journal*, vol. 14, n. 3, p. 404-444, 1992.

_____. "Universalismo e particularismo como paradigmas da política". In SOBRAL, Fernanda A. Fonseca; e PORTO, Maria Stela Grossi (orgs.). *A contemporaneidade brasileira: dilemas para a imaginação sociológica*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001.

_____. "Cultura, Economia e Cidadania: algumas reflexões preliminares". *Anuário Antropológico/2000-2001*, Rio de Janeiro, pp. 263-277, 2003.

_____. *Política e Relações Internacionais: Fundamentos Clássicos*. Brasília: Editora UnB, 2005.

_____. "Violência, Medo e Confiança: Do Governo Misto à Separação dos Poderes". *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 382, pp. 157-180, 2005.

COLLINGWOOD, Robin G. *An Autobiography*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

CONNOLLY, William. *The Terms of Political Discourse*, 2ª ed. Princeton: Princeton University Press, 1983.

CONSTANT, Benjamin. *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

CONZE, Werner *et all.* *I Concetti della Politica: Libertà*, trad. Sandro Mezzadra. Venezia: Marsilio Editori, 1991.

COSTA, Pietro. "Lo Stato di diritto: un'introduzione storica". In ZOLO, Danilo; e COSTA, Pietro (orgs). *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, 2ª ed. Milano: Feltrinelli Editori, 2003.

DAGGER, Richard. "Rights". In BALL, Terence; FARR, James; e HANSON, Russel L. *Political innovation and conceptual change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

_____ *Civic Virtues: Rights, Citizenship, and Republican Liberalism*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

_____ "Neo-Republicanism and the Civic Economy". *Politics, Philosophy & Economics*, vol. 5, n.2, pp. 151-173, 2006.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, trad. Leyla Perrone-Moises. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____ *Torres de Babel*, trad. Junia Barreto. Belo Horizonte: Editora UFMG.

DÍAZ, Elías. "Estado de Derecho". In *Filosofía Política II: Teoría del Estado*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, vol. 10. Madrid: Trota, 1996.

_____ *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, 9ª ed. Madrid: Taurus, 1998..

DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund, 1982.

DUMONT, Louis. *Ensaio sobre o individualismo: uma perspectiva antropológica sobre a ideologia moderna*, trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1992.

_____ *Homo Aequalis: gênese e plenitude da ideologia econômica*, trad. José Leonardo Nascimento. Bauru: EDUSC, 2000.

DUNN, John. "The Identity of the History of Ideas". *Philosophy. The Journal of the Royal Institute of Philosophy*, vol. 43, n. 164, pp. 85-104.

_____ "From applied theology to social analysis: the break between John Locke and the Scottish Enlightenment". In HONT, Istvan; e IGNATIEFF, Michael (eds). *Wealth and Virtue: The Shaping of Political Economy in the Scottish Enlightenment*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1978.

_____ *A Matter of Principle*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1985.

_____ "Rights as Trumps". In WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of Rights*, 6ª reimpr. Oxford: Oxford University Press, 1995.

_____ *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. New York: Vintage, 1994.

_____ *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*, 2ª reimpr. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1996.

_____ *Law's Empire*, 10ª reimpr. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1997.

ELY, John Hart. "Another such Victory: Constitutional Theory and Practice in a World where Courts are not different from Legislatures". In: *Symposium on Democracy and Distrust: Ten Years Later. Virginia Law Review*, vol. 77, nº 4, pp. 833-879, 1991.

_____ *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, 11ª reimpr. Cambridge (Massachusetts): Harvard University, 1995.

ENTERRÍA, Eduardo García. *La lengua dos derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, 2ª reimpr. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

FALLON, Richard. "What is Republicanism, and is It Worth Reviving". *Harvard Law Review*, vol. 102, pp. 1695, 1989.

FEINBERG, Joel. *Rights, Justice and the Bounds of Liberty. Essays in Social Philosophy*. Princeton: Princeton University Press, 1980.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil* (trad. Perfecto A. Ibáñez e Andrea Greppi). Madrid: Editorial Trotta, 1999.

_____ *Diritti Fondamentali. Um dibattito teorico*. Roma: Laterza, 2001.

FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones* (trad. Manuel Martínez Meira). Madrid: Editorial Trotta, 1996.

_____ *Costituzione*. Bologna: il Mulino, 1999.

FISHER III, Wilhelm W. "Texts and contexts: the application to American legal history of the methodologies of intellectual history". *Stanford Law Review*, vol. 49, n. 5, pp. 1065-1110, 1997.

FORSTHOFF, Ernst. "Concepto y esencia del Estado Social de Derecho" (trad. José Puente Egido). In ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; e DOEHRING; Karl. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

FULLER, Lon L. *The Morality of Law: Revised Edition*. New Haven: Yale University Press, 1969.

FUBINI, Riccardo. "Renaissance Historian: The Career of Hans Baron". *The Journal of Modern History*, vol. 64, n. 3, pp. 541-574, 1992.

GADAMER, Hans-Georg. "La historia del concepto como filosofía". In GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método – II*. Salamanca: Edicions Sígueme, 1992.

_____ “La diversidad de las lenguas y la comprensión del mundo”. In KOSELLECK, Reinhart; e GADAMER, Hans-Georg. *Historia y hermenéutica* (trad. Faustino Oncina). Barcelona: Ediciones Paidós, 1997.

GALINDO, George R. B. “Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law”. *The European Journal of International Law*, vol. 16, n. 3, pp. 539-559, 2005.

_____ “Quem diz humanidade, pretende enganar”?: *Internacionalistas e os usos da noção de patrimônio comum da humanidade aplicada aos fundos marinhos (1976-1994)*. Instituto de Relações Internacionais da Universidade de Brasília, tese de doutorado. Brasília, 2006.

GALLIE, Walter B. “Essentially Contested Concepts”. *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol.56, pp. 167-198, 1956.

GALSTON, Miriam. “Taking Aristotle Seriously: Republican-Oriented Legal Theory and the Moral Foundation of Deliberative Democracy”. *California Law Review*, vol. 82, pp. 329-399, 1994.

GALSTON, William. “Practical philosophy and the Bill of Rights: perspectives on some contemporary issues”. In LACEY, Michael; e HAAKONSSSEN, Knud (eds.). *A Culture of Rights: The Bill of Rights in philosophy, politics, and law – 1791 and 1991*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

GAUS, Gerald F. “Backwards into the future: Neorepublicanism as a Postsocialist Critique of Market Society”. *Social Philosophy & Policy Foundation*, vol. 20, pp. 59-91, 2003.

GERBER, Carl F. Von. *Diritto Pubblico*. Milano: Giuffré Editore, 1971.

GEWIRTH, Alan. *Reason and Morality*. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.
_____ “Is cultural pluralism relevant to moral knowledge”. *Social Philosophy and Policy*, vol. 11, pp. 22-42, 1994..

GEY, Steven. “The Unfortunate Revival of Civic Republicanism”. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, n. 3, pp. 801-898, 1993.

GILBERT, Felix. “The Humanist Concept of the Prince and *The Prince* of Machiavelli”. *The Journal of Modern History*, vol. 11, n. 4, pp. 449-483, 1939.

GLENDON, Mary Ann. *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*. New York: The Free Press, 1991.

GOODIN, Robert E. “Folie Républicaine”. *Annual Review of Political Science*, n. 6, pp. 55-76, 2003.

GOZZI, Gustavo “Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca”. In ZOLO, Danilo; e COSTA, Pietro (orgs). *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, 2ª ed. Milano: Feltrinelli Editori, 2003.

GRAZIA, Sebastian de. *Machiavelli in Hell*. New York: Vintage Books, 1994.

GREENBLATT, Stephen. *Renaissance Self-fashioning: From More to Shakespeare*. Berkeley: University of California Press, 1984.

GUNNEL, John G. *Teoria Política*, trad. Maria Inês Caldas de Moura. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

HAAKONSSON, Knud. *The Science of a Legislator: The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

_____ “From natural law to the rights of man: A European perspective on American debates”. In LACEY, Michael; e HAAKONSSON, Knud (eds.). *A Culture of Rights: The Bill of Rights in philosophy, politics, and law – 1791 and 1991*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

HABERMAS, Jürgen. “Natural law and revolution”. In HABERMAS, Jürgen. *Theory and Practice*. Boston: Beacon Press, 1973.

_____ *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. William Rehg, 3ª ed. Cambridge (Massachusetts): The MIT Press, 1999.

_____ “Israel o Atenas. ¿A quién pertenece la razón anamnética? Johann Baptist Metz y la unidad en la multiplicidad multicultural”. In HABERMAS, Jürgen. *Fragmentos filosófico-teológicos: De la impresión sensible a la expresión simbólica*, trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

_____ “Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”. *Political Theory*, vol. 29, n. 6, pp. 766-81, 2001.

_____ *O discurso filosófico da modernidade*, trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____ “Modernity: An Incomplete Project”. In FOSTER, Hal (ed.). *The Anti-Aesthetic: Essays on Postmodern Culture*. New York: New Press, 2002.

HAMILTON, Walton H. “Constitutionalism”. In SELIGMAN, Edwin R. A.; e JOHNSON, Alvin (eds.). *Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 4, 1931.

HANKINS, James (ed.). *Renaissance Civic Humanism: Reappraisals and Reflections*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

HAMPSHER-MONK, Iain. “Political Languages in Time. The Work of J. G. Pocock”. *British Journal of Political Science*, vol. 14, n.1, pp. 89-116, 1984.

HART, Herber L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.

HARTZ, Louis. *The liberal tradition in America*, 2ª ed. New York: Harvest Books, 1991.

HASKELL, Thomas L. "The Curious Persistence of Rights Talk in the 'Age of Interpretation'". *The Journal of American History*, vol. 74, n.3, p. 984-1012, 1987.

HEGEL, Georg W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*, trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HEIDEGGER, Martin. *Être et Temps*. Paris: Éditions Gallimard, 1986.

HIRSCHMAN, Albert O. "Rival Views of Market Society". In HIRSCHMAN, Albert O. *Rival Views of Market Society and Other Recent Essays*. New York: Viking/Elisabeth Sifton Books, 1986.

_____. "Social Conflict as Pillars of Democratic Market Society". *Political Theory*, 1994, vol. 22, n.2, pp. 203-218.

_____. *As paixões e os interesses. Argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo*, trad. Luiz Guilherme Chaves e Regina Bhering. Rio de Janeiro: Editora Record, 2002.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz N. Silva, 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HOHFELD, Wesley N. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, trad. Genaro Carrió, 3ª ed. México: Fontamara, 1995.

HONNETH, Axel. *The critique of power: reflective stages in a critical social theory*, trad. Kenneth Baynes, 3ª reimpr. Cambridge (Massachusetts): The MIT Press, 1997.

_____. "Teoria Crítica". In: GIDDENS, Anthony e TURNER, Jonathan. *Teoria Social Hoje*, trad. Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

_____. *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*, trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

_____. *Sufrimento de Indeterminação: uma reatualização da Filosofia do Direito de Hegel*. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

HONT, Istvan. "The language of sociability and commerce: Samuel Pufendorf and the theoretical foundations of the 'Four-Stages Theory'". In PAGDEN, Anthony. *The Languages of Political Theory in Early-Modern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

HONT, Istvan; e IGNATIEFF, Michael. "Needs and justice in the 'Wealth of Nations'". In HONT, Istvan; e IGNATIEFF, Michael (eds). *Wealth and Virtue: The Shaping of Political Economy in the Scottish Enlightenment*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

HUNT, Lynn. *Inventing Human Rights. A History*. New York: W. W. Norton & Company, 2007.

IGNATIEFF, Michael. *Human Rights as Politics and Idolatry*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

JASMIN, Marcelo Gantus; e FERES Júnior, João (org.). *História dos Conceitos. Debates e Perspectivas*. Rio de Janeiro: EditoraPUC-Rio, 2006.

JELLINEK, Georg. *Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi*, trad. Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

_____ *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Albatroz, 1973.

_____ *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: Respuesta del professor Jellinek a M. Boutmy*. In JELLINEK, Georg. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. Adolfo Posada. Ciudad del México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

_____ *Toward Perpetual Peace. A Philosophical Project*. In: *The Cambridge Edition of the works of Immanuel Kant – Practical Philosophy*, trad. Mary J. Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

_____ *On the commom saying: That may be correct in theory, but it is of no use in practice*. In: *The Cambridge Edition of the works of Immanuel Kant – Practical Philosophy*, trad. Mary J. Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

_____ *The Metaphysics of Morals*. In: *The Cambridge Edition of the works of Immanuel Kant – Practical Philosophy*, trad. Mary J. Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

KATEB, George. *Hannah Arendt: Politics, Conscience, Evil*. Totowa (New Jersey): Rowman and Allanheld, 1983,

KELLEY, Donald. "Civil science in the Renaissance: the problem of interpretation". In PAGDEN, Anthony. *The Languages of Political Theory in Early-Modern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

KELSEN, Hans. *Problemas Captales de la Teoría Jurídica del Estado - Desarrollados com base em la doctrina de la proposición jurídica*, trad. Wenceslao Roces. Ciudad del México: Editorial Porrúa, 1987.

_____ *Il problema della sovranità e la teoria del Diritto Internazionale*, trad. Agostino Carrino. Milano: Giuffrè, 1989.

_____ *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. Luís Carlos Borges, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, 2ª reimpr. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1998.

_____ "The critique of rights in critical legal studies". In: BROWN, Wendy e HALLEY, Janet (eds.). *Left Legalism/Left Critique*. Durham: Duke University Press, 2002.

KING, James. "The origin of the Term 'Political Economy'". *The Journal of Modern History*, vol. 20, n. 3, pp. 230-231, 1948.

KOSELLECK, Reinhart e MEIER, Christian. *I Concetti della Politica: Progresso*, trad. Sandro Mezzadra. Venezia: Marsilio Editori, 1991.

KOSELLECK, Reinhart *et all.* *I Concetti della Politica: Democrazia*, trad. Francesca D'Amicis e Paolo Barbesino. Venezia: Marsilio Editori, 1993.

KOSELLECK, Reinhart. "Uma História dos Conceitos: Problemas Teóricos e Práticos". *Estudos Históricos*, vol. 5, n. 10, pp. 134-146, 1992.

_____. "Histórica y Hermenéutica". In KOSELLECK, Reinhart; e GADAMER, Hans-Georg. *Historia y hermenéutica* (trad. Faustino Oncina). Barcelona: Ediciones Paidós, 1997

_____. "Historia Magistra Vitae. Sobre a dissolução do *topos* na história moderna em movimento". In KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado: Contribuição à semântica dos tempos históricos*, trad. Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto e Editora PUC-Rio, 2006.

_____. "Critérios históricos do conceito moderno de revolução". In KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado: Contribuição à semântica dos tempos históricos*, trad. Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto e Editora PUC-Rio, 2006.

_____. "'Espaço de experiência' e 'horizonte de expectativa': duas categorias históricas".

GEUNA, Marco. "La tradizione repubblicana e i suoi interpreti: famiglie teoriche e discontinuità concettuali". *Filosofia Politica*, vol. XIV, 1998.

KEMMERER, Alexandra. "The Turning Aside: On International Law and Its History". In BRATSPIES, Rebecca M; e MILLER, Russel A. *Progress in International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008 (disponível em <http://www.ssrn.com/abstract=986648>).

KOSKENNIEMI, Martti. "The Effect of Rights on Political Culture". In ALSTON, Philip (ed.). *The EU and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. "The advantage of treaties: International Law and the Enlightenment". *The Edinburgh Law Review*, vol. 13, pp. 27-67, 2009.

KRAMER, Matthew H. "Rights Without Trimmings". In KRAMER, Matthew H.; SIMMONDS, Nigel; e STEINER, Hillel. *A Debate over Rights: Philosophical Enquiries*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

KRIELE, Martín. *Introducción a la Teoría del Estado — Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, trad. Eugênio Bulygin. Buenos Aires: Depalma, 1980.

KRISTELLER, Paul O. *Medieval Aspects of Renaissance Learning: Three Essays*. New York: Columbia University Press, 1993.

_____. *Tradição Clássica e Pensamento do Renascimento*. Lisboa: Edições 70, 1995.

LABAND, Paul. *Le Droit Public de l'Empire Allemand, vol. I*, trad. C. Gandilhon. Paris: V. Giard & E. Brière, 1900.

LACEY, Michael e HAAKONSSSEN, Knud. "History, historicism, and the culture of rights". In LACEY, Michael e HAAKONSSSEN, Knud (eds.). *A Culture of Rights: The Bill of Rights in philosophy, politics, and law - 1791 and 1991*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

LAMB, Robert. "Quentin Skinner's 'Post-modern' History of Ideas". *The Historical Association and Blackwell Publishing*. Oxford: 2004.

LARRÈRE, Catherine. "Women, Republicanism and the Growth of Commerce". In VAN GELDEREN, Martin e SKINNER, Quentin. *Republicanism: A Shared European Heritage. Volume I - Republicanism and Constitutionalism in Early Modern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

LASLETT, Peter. "The English Revolution and John Locke's *Two Treatises of Government*". *Cambridge Historical Journal*, vol. 12, n.1, pp. 40-55, 1956.

LEFF, Gordon. *Heresy in the Later Middle Ages: The Relation of Heterodoxy to Dissent C.1250-C.1450*. Manchester: Manchester University Press, 1999.

LEFORT, Claude. *Le travail de l'oeuvre Machiavel*. Paris: Éditions Gallimard, 1986.
_____ *The Political Forms of Modern Society: Bureaucracy, Democracy, Totalitarianism*. Cambridge (Massachusetts): The MIT Press, 1986.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LUHMANN, Niklas. "La costituzione como acquisizione evolutiva", trad. F. Fiore, In ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; e LUTHER, Jörg (org.). *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-moderna*, trad. Ricardo Barbosa, 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 2004

MACCORMICK, Neil. *Legal Rights and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

MACPHERSON, Crawford B. *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*. Oxford: Oxford University Press, 1962.

MACHIAVELLI, Niccolò. *História de Florença*, trad. Nelson Canabarro. São Paulo: Musa Editora, 1994.

_____ *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.

_____ *Il Príncipe*, 10^a ed. Milano: Feltrinelli, 2004.

MAFFETONE, Sebastiano. "Liberalism and its critique. Is the therapy worse than the disease?". *Philosophy & Social Criticism*, vol. 26, n. 3, pp. 1-37, 2000.

MCCLOSKEY, Robert G. *The American Supreme Court*, 3^a ed. (rev. Sanford Levinson). Chicago: The University of Chicago Press, 2000.

MCCONNELL, Michael. "The importance of humility in judicial review". *Fordham Law Review*, vol. 65, pp. 1269-1286, 1997.

MCCORMICK, John. "Addressing the political exception: Machiavelli's 'accidents' and the mixed regime". *American Political Science Review*, vol. 87, pp. 888-900, 1993.

MEEK, R.L.; RAPHAEL, D. D.; e STEIN, P. G. "Introduction". In SMITH, Adam. *Lectures on Jurisprudence*. Indianapolis: Liberty Fund, 1982.

MEINECKE, Friedrich. *La idea de la razón de Estado em la Edad Moderna*, trad. Felipe González Vicén. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

METZ, Johann Baptist. "La razón anamnética. Anotaciones de un teólogo sobre la crisis de las ciencias del espíritu". In METZ, Johann Baptist. *Por una cultura de la memoria*, trad. José Maria Ortega. Barcelona: Anthropos, 1999.

MICHELMAN, Frank I. "Traces of Self-Government". *Harvard Law Review*, vol. 100, n.4, pp. 4-77, 1986.

_____ "Laws' Republic". *Yale Law Journal*, vol. 97, n. 8, pp. 1493-1537, 1988.

_____ "Democracy and Positive Liberty". *Boston Review*, vol 25, n.5, pp. 3-15, 1996.

_____ *Brennan and Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

MITCHELL, Aboulaflia. "Introduction". In MITCHELL, Aboulaflia; BOOKMAN, Myra; e KEMP, Catherine (eds.). *Habermas and Pragmatism*. New York: Routledge, 2002.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; e BARBER, Sotirios A. *American Constitutional Interpretation*, 2^a ed. New York: The Foundation Press, 1995.

NAJEMY, John. "Baron's Machiavelli and Renaissance Republicanism". *American Historical Review*, vol. 101, n.1, pp. 119-129, 1996.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*, trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, XXIX, separata. Coimbra, 1987.

NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. Oxford: Blackwell Publishing, 1990.

NUSSBAUM, Martha. *Sex and social Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

O'FERRALL, Fergus. "Civic-Republican Citizenship and Voluntary Action". *The Republic: A Journal of Contemporary and Historical Debate*, n. 2, pp. 126-136, 2001.

PAGDEN, Anthony. "Introduction". In PAGDEN, Anthony (ed.). *The Languages of Political Theory in Early-Moderrn Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

PALTI, Elías j. "Historicism as an *idea* and as a *language*". *History and Theory*, vol. 44, pp. 431-440, 2005.

PERRY, Michael J. *The Constitution, the Courts, and Human Rights. An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*. New Haven: Yale University Press, 1982.

_____ *Morality, Politics and Law*. Oxford: Oxford University Press, 1990.

_____ *The Constitution in the Courts: Law or Politics?*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

_____ *The Idea of Human Rights: Four Inquiries*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

PETTIT, Philip. *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

PINZANI, Alessandro. "Repubblicanesimo e democrazia liberale: un binomio inconciliabile?". *Annali del Dipartimento di Filosofia dell'Università di Firenze 2003-2004*, pp. 299-316, 2005.

PLAMENATZ, John P. *Man and Society. Political and Social Theory from Machiavelli to Marx: I - Machiavelli through Rousseau*, 2ª ed. London: Longman Publishing Group, 1995.

POCOCK, John G. A. "The Machiavellian Moment Revisited: A Study in History and Ideology". *The Journal of Modern History*, vol. 53, n. 1, p. 49-72, março, 1981.

_____ "Cambridge paradigms and Scotch philosophers: a study of the relations between the civic humanist and the civil jurisprudential interpretation of eighteenth-century social thought". In HONT, Istvan; e IGNATIEFF, Michael (eds). *Wealth and Virtue: The Shaping of Political Economy in the Scottish Enlightenment*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

_____ "Machiavelli, Harrington and English Political Ideologies in the Eighteenth Century". In POCOCK, John G. A. *Politics, Language and Time. Essays on Political Thought and History*. Reimpr. Chicago: The Chicago University Press, 1989.

_____. "Civic Humanism and its Role in Anglo-American Thought". In POCOCK, John G. A. *Politics, Language and Time. Essays on Political Thought and History*. Reimpr. Chicago: The Chicago University Press, 1989.

_____. "The concept of a language and the *métier d'historien*: some considerations on practice". In PAGDEN, Anthony. *The Languages of Political Theory in Early-Moderrn Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

_____. "Virtues, rights, and manners. A model for historians of political thought". In POCOCK, John G. A. *Virtue, Commerce, and History. Essays on Political Thought and History, chiefly in the Eighteenth Centuri*. Reimpr. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

_____. POCOCK, John. "The mobility od property and the rise of eighteenth-century sociology". In POCOCK, John G. A. *Virtue, Commerce, and History. Essays on Political Thought and History, chiefly in the Eighteenth Centuri*. Reimpr. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

_____. "The political economy of Burke's analysis of the French Revolution". In POCOCK, John G. A. *Virtue, Commerce, and History. Essays on Political Thought and History, chiefly in the Eighteenth Centuri*. Reimpr. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

_____. "The politics of history: the subaltern and the subversive". *The Journal of Political Philosophy*, vol. 6, n. 3, pp. 219-234, 1998.

_____. *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*. 2^a ed. Princeton: Princeton University Press, 2003.

_____. "The politics of historiography". *Historical Research*, vol. 78, n. 199, pp.1-14.

_____. "Foundations and Moments". In BRETT, Annabel; TULLY, James; e HAMILTON-BLEAKLEY, Holly (eds.). *Rethinking the Foundations of Modern Political Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. *Political Thought and History: Essays on Theory and Method*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

_____. "The history of political thought: a methodological inquiry". In POCOCK, John G. A. *Political Thought and History: Essays on Theory and Method*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

POGGI, Gianfranco. "Economy and Polity: A Chastened Reflection of Past Hopes". *Contemporary Sociology*, vol. 7, n.4, pp. 397-399.

POSNER, Richard. "Against Constitutional Theory". *New York University Law Review*, vol. 72, n. 1, p. 1-22, 1998.

PREUSS, Ulrich K. *Constitutional Revolution. The link between Constitutionalism and Progress*, trad. Deborah L. Schneider. New Jersey: Humanities Press, 1995.

PROCACCI, Giuliano. *Studi sulla fortuna del Machiavelli*. Roma: Istituto Storico Italiano per l'Età Moderna e Contemporanea, 1965.

PRIMUS, Richard A. *The American Language of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1971.

_____. *Political Liberalism*, 1ª reimpr. New York: Columbia University Press, 1996.

RAZ, Joseph. *Practical Reasons and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RICHTER, Melvin "Conceptual History (*Begriffesgeschichte*) and Political Theory". *Political Theory*, vol. 14, n. 4, pp. 604-637, 1986.

_____. "Reconstructing the History of Political Languages: Pocock, Skinner, and the *Geschichtlich Grundbegriffe*". *History and Theory*, vol. 29, n. 1, pp. 38-70, 1990.

ROCHA JÚNIOR, José Jardim. "Problemas com o 'governos juízes': sobre a legitimidade democrática do *judicial review*". *Revista de Informação Legislativa*, ano 38, n. 151, pp. 2001.

_____. "Quis custodiet ipsos custodes? O *stare decisis* e o efeito vinculante nas decisões da Suprema Corte". In MIRANDA, Alessandra *et all.* *Estudos de Direito Público: desafios e utopia*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

_____. "O futuro da soberania e dos direitos dos povos na *communitas orbis vitoriana*". *Notícia do Direito Brasileiro*, Nova Série, n. 9, pp. 191-223, 2002.

_____. *Os direitos humanos como problema do direito positivo: Apontamentos para uma análise deferente às demandas republicanistas do constitucionalismo*. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, dissertação de mestrado. Brasília, 2002.

_____. "Para a crítica à compreensão dominante dos direitos fundamentais". *Direito Público*, ano V, n. 18, pp. 80-92, 2007.

RORTY, Richard. "A prioridade da democracia para a filosofia". In RORTY, Richard. *Objetivismo, relativismo e verdade*, trad. Marco Antônio Casanova . Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

_____. "Liberalismo burgês pós-moderno". In RORTY, Richard. *Objetivismo, relativismo e verdade*, trad. Marco Antônio Casanova . Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

_____. "Trotsky e as orquídeas selvagens". In RORTY, Richard. *Pragmatismo: A filosofia da criação e da mudança*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000.

_____. "Para emancipar a nossa cultura". In SOUZA, José Crisóstomo (org.). *Filosofia, Racionalidade, Democarcia: os debates Rorty & Habermas*. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

ROSSINI, Gigliola. "The criticism of rethorical historiograph and the ideal of scientific method: history, nature and science in the political language of Thomas Hobbes". In PAGDEN, Anthony. *The Languages of Political Theory in Early-Modern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

ROITHMAYR, Daria. "Left over rights". *Cardozo Law Review*, vol. 22, n. 3-4, pp. 1113-34, 2001.

RUBINSTEIN, Nicolai. "The history of the word *politicus* in early-modern Europe". In PAGDEN, Anthony. *The Languages of Political Theory in Early-Modern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

SABINE, George H. *A History of Political Theory*, 4^a ed. (rev. Thomas Landon Thorson). Hinsdale: Dryden Press, 1973.

SAINT-AMAND, Pierre. *The laws of hostility: politics, violence and the Enlightenment*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1996.

SANDEL, Michael. *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1996.

SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*, trad. Jose Diaz Garcia. Madrid: Aguilar, 1971.

_____ *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum europeum.*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

_____ *Teoría de la Constitución*, trad. Francisco Ayala, 1^a reimpr. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

_____ *Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciência jurídica* (trad. Montserrat Herrero). Madrid: Tecnos, 1996.

SCHNEIDER, Louis. "On Human Nature, Economy, and Society". *Contemporary Sociology*, vol. 7, n.4, pp. 400-402.

SCHUMPETER, Joseph A. *History of Economic Analysis*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

SCREPANTI, Ernesto; e ZAMAGNI, Stefano. *An Outline of the History of Economic Thought*, trad. David Field e Lynn Kirby, 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

SEBOK, Anthony. *Legal Positivism in American Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

SEIGEL, Jerrold E. "'Civic Humanism' or Ciceronian Rethoric? The Culture of Petrarch and Bruni". *Past & Present*, vol. 34, pp. 3-48, 1966.

SELLERS, Mortimer N. S. *American Republicanism: Roman Ideology in the United States Constitution*. New York: New York University Press, 1995.

_____ *The Sacred Fire of Liberty: Republicanism, Liberalism and the Law*. New York: New York University Press, 1998.

_____ *Republican Legal Theory: The History, Constitution and Purposes of Law in a Free State*. San Francisco: Macmillan, 2003.

SELLIN, Volker. *I Concetti della Politica: Política*, trad. Francesca D'Amicis e Paolo Barbesino. Venezia: Marsilio Editori, 1993.

SHALHOPE, Robert E. "Towards a Republican Synthesis: The Emergence of an Understanding of Republicanism in American Historiography". *The William and Mary Quarterly*, vol. 29, n. 1, pp. 49-80, janeiro, 1972.

SHKLAR, Judith N. "Book Review: *The Political Works of James Harrington*, de John G. A. Pocock (Cambridge University Press, 1977)". *Political Theory*, n. 6, pp. 558-561, novembro, 1978.

SKINNER, Quentin. "Meaning and Understanding in the History of Ideas". *History and Theory*, vol. 8, n. 1, pp. 3-53, 1969.

_____. "Sir Thomas More's *Utopia* and the language of Renaissance humanism". In PAGDEN, Anthony (ed.). *The Languages of Political Theory in Early-Modern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

_____. *Machiavelli*. In SKINNER, Quentin et al. *Great Political Thinkers*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

_____. "Machiavelli's *Discorsi* and the pre-humanist origins of republican ideas". In BOCK, Gisela; SKINNER, Quentin; VIROLI, Maurizio (eds.). *Machiavelli and Republicanism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

_____. "The republican ideal of political liberty". In: BOCK, Gisela; SKINNER, Quentin; VIROLI, Maurizio (eds.). *Machiavelli and Republicanism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

_____. "Language and political change". In BALL, Terence; FARR, James; e HANSON, Russel L. *Political innovation and conceptual change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

_____. "The idea of negative liberty: philosophical and historical perspectives". In RORTY, Richard; SCHNEEWIND, J. B.; SKINNER, Quentin (eds.). *Philosophy in History*. 8ª reimpr. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

_____. *Liberdade antes do liberalismo*, trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP e Cambridge University Press, 1999.

_____. *The Foundations of Modern Political Thought: The Age of Reformation, Vol. 2*, 8ª reimpr. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

_____. *Foundations of Modern Political Thought: The Renaissance, Vol. 1*, 11ª reimpr. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

_____. "The rediscovery of republican values". In: SKINNER, Quentin. *Visions of Politics: Volume II – Renaissance Virtues*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

_____. *Visions of Politics: Volume I – Regarding Method*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

_____. *Visions of Politics: Volume III – Hobbes and Civil Science*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

_____. "Surveying *The Foundations*: a retrospect and reassessment". In BRETT, Annabel; TULLY, James; e HAMILTON-BLEAKLEY, Holly (eds.). *Rethinking the Foundations of Modern Political Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

SKINNER, Quentin *et al.* "Political Philosophy: The View from Cambridge". *The Journal of Political Philosophy*, vol. 10, n. 1, pp. 1-19, 2002.

SMITH, Adam. *An Inquiry into the nature and Causes of the Wealth of Nations*. Chicago: William Benton Publisher, 1971.

_____ *Lectures on Jurisprudence*. Indianapolis: Liberty Fund, 1982.

_____ *The Theory of Moral Sentiments*. Amherst: Prometheus Books, 2000.

SOPER, Phillip. *Una Teoría del Derecho*, trad. Ricardo Carracciolo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

SPITZ, Jean-Fabien. "La face cachée de la philosophie politique moderne". *Critique*, n. 504, pp. 307-334, 1989.

SPRAGENS, Thomas. *Understanding Political Theory*. New York: St. Martin's Press, 1976.

STEIN, Peter. "Adam Smith's Jurisprudence. Between Morality and Economics". *Cornell Law Review*, vol. 64, pp. 621-638, 1979.

STEUART, James. *An Inquiry into the Principles of Political Economy*. Edinburgh: Oliver & Boyd, 1966.

STOLLEIS, Michael. "'Arcana imperii' e 'ratio status'". Osservazione sulla teoria política del primo Seicento". In STOLLEIS, Michael. *Stato e ragion di stato nella prima età moderna*, trad. Serenella Iovino e Christiane Schultz. Bologna: Il Mulino, 1998.

_____ "Il leone e la volpe. Una massima política del primo assolutismo". In STOLLEIS, Michael. *Stato e ragion di stato nella prima età moderna*, trad. Serenella Iovino e Christiane Schultz. Bologna: Il Mulino, 1998.

_____ "Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic". *Ratio Juris*, vol. 16, n.2, pp. 266-280, 2003.

STONE, Lawrence. "The revival of narrative". *Past and Future*, vol. 85, pp. 3-23, 1979.

STOURZH, Gerald. *Alexander Hamilton and the Idea of Republican Government*. Stanford: Stanford University Press, 1970.

STRAUSS, Leo. "What is Political Philosophy?". *The Journal of Politics*, vol. 19, n. 3, pp. 343-368, 1957.

_____ *The City and Men*. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.

_____ *Thoughts on Machiavelli*. Chicago: The University of Chicago Press, 1995.

SUNSTEIN, Cass R. "Beyond the republican revival". *Yale Law Journal*, vol. 97, pp. 1539-1590, 1988.

_____ *The Partial Constitution*, 3^a reimpr. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1997.

SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark; STONE, Geoffrey R.; e SEIDMAN; Louis M. *Constitutional Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1986.

TAYLOR, Charles. *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1985.

Sources of the self. The making of the modern identity. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1989.

_____ *Multiculturalism and the politics of recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1992.

TIERNEY, Brian. *The idea of natural rights. Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law (1150-1625)*. Grand Rapids (Michigan): William B. Eerdmans Publishing, 2001.

THAYER, James B. (1893). "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law". *Harvard Law Review*, vol. 07, n. 03, pp. 127-156.

TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*, vol. I. New York: Foundation Press, 2000.

TROELSTCH, Ernst. *Protestantism and Progress: A Historical Study of the Relation of Protestantism to the Modern World*, trad. W. Montgomery. Boston: Beacon Press, 1958.

TUCK, Richard. "História do pensamento político". In BURKE, Peter (org.). *A Escrita da História: Novas Perspectivas* (trad. Magda Lopes). São Paulo: Editora UNESP, 1992.

_____ *Philosophy and Government, 1572-1651*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

_____ *Natural Rights Theory. Their origin and development* (reimpr.). Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

_____ "The contribution of history". In: GOODIN, Robert E. e PETTIT, Philip (eds.). *A Companion to Contemporary Political Philosophy*. Oxford: Blackwell Publishing, 2005.

UNESCO. *Human Rights. Comments and Interpretations*. New York: ed. UNESCO, 1949.

UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?*. London: Verso, 1996.

VIEIRA, Pe. Antônio. *História do Futuro*. Brasília: Editora UnB, 2005.

VILA, Dana. "The philosopher versus the citizen: Arendt, Strauss, and Socrates". *Political Theory*, v. 26, n. 2, pp. 147-172, 1998.

VILLEY, Michel. "L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romaines". *Revue historique de droit français et étranger*, 4^a série, vols. 24/25, ns. 1/2, pp. 201-228, 1946/1947.

_____ "Du sens d l'expression *jus in re* en droit romain classique". *Revue internationale des droits de l'antiquité*, vol. 2, pp. 417-436, 1949.

_____ “Le ‘jus in re’ du droit romain classique au droit moderne”. *Publications de l’Institute de Droit Romain de l’Université de Paris*, vol. 6, pp. 187-225, 1950.

_____ “Les origins de la notion du droit subjectif”. *Archives de Philosophie du Droit*, nouvelle série, pp. 163-187, 1953/1954.

_____ *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1962.

_____ “La gènese du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”. *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 9, pp. 97-127, 1964.

_____ *La formation de la pensée juridique moderne*. Paris: e.a., 1975.

VIROLI, Maurizio. “The concept of *ordre* and the language of classical republicanism in Jean-Jacques Rousseau”. In PAGDEN, Anthony (ed.). *The Languages of Political Theory in Early-Modern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

_____ *From Politics to Reason of State: the acquisition and transformation of the language of politics, 1250-1600*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

_____ *Repubblicanesimo*. Roma-Bari: Editori Laterza, 1999.

VITORIA, Francisco de. *Théorie Générale du Droit des Gens et des Rapports Internationaux d’après François de Vitoria*, vol. especial da *Association Internationale Vitoria-Suarez*, intitulado *Vitoria et Suarez: Contribution des théologiens au Droit International Moderne*. Paris: Éditions Pedone, 1939.

_____ *De Potestati civili*. In VITORIA, Francisco de. *Théorie Générale du Droit des Gens et des Rapports Internationaux d’après François de Vitoria*, vol. especial da *Association Internationale Vitoria-Suarez*, intitulado *Vitoria et Suarez: Contribution des théologiens au Droit International Moderne*. Paris: Éditions Pedone, 1939

_____ *De los indios recientemente descubiertos*. In VITORIA, Francisco de. *Derecho natural y de gentes*. Buenos Aires: , Emele, 1946.

_____ *De los Indios o del Derecho de Guerra*. In VITORIA, Francisco de. *Derecho natural y de gentes*. Buenos Aires: , Emele, 1946.

VOEGELIN, Eric. *A Nova Ciência da Política*. 2ª ed. Trad. José Viegas Filho. Brasília: Editora da UnB, 1982.

_____ *Science, Politics and Gnosticism*. Intercollegiate Studies Institute, 2005.

WALDRON, Jeremy. “A rights-based critique of constitutional rights””. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, pp. 18-51, 1993.

_____ “The Wisdom of Multitude: Some Reflections on Book 3, Chapter 11 of Aristotle’s *Politics*”. *Political Theory*, vol. 23, n. 4, pp. 563-584, 1995.

_____ “Virtue *En Masse*”. In ALLEN, Anita L.; e REGAN, Milton C. (eds.). *Debating Democracy’s Discontent: Essays on American Politics, Law, and Public Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____ *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

_____ “Introduction”. In WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of Rights*, 6ª reimpr. Oxford: Oxford University Press, 1995.

_____ *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. 2, trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

WINCH, Donald. "Commercial Realities, Republican Principles". In VAN GELDEREN, Martin; e SKINNER, Quentin. *Republicanism: A Shared European Heritage. Volume I – Republicanism and Constitutionalism in Early Modern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*, trad. M. S. Lourenço. In WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico - Investigações Filosóficas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

WOKLER, Robert. "Saint-Simon and the passage from political to social science". In PAGDEN, Anthony (ed.). *The Languages of Political Theory in Early-Modern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

WOLFF, Robert P. *In Defense of Anarchism*. New York: Harper Collins Publishers, 1970.

WOLIN, Sheldon. "Political Theory as a Vocation". *The American Political Science Review*, vol. 63, n.4, pp. 1062-1082, 1969.

_____. *Hobbes and the epic tradition of political theory*. Los Angeles: University of California, 1970.

_____. *Politics and Vision: Continuity and Innovation in Western Political Thought (Expanded Edition)*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

WOOD, Gordon. *The Creation of the American Republic, 1776-1787*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1998.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mitte*, n. ed. Torino: Einaudi, 2001.

ZHENGHUI, Li; e ZHENIN, Wang. "Diritti dell'uomo e Stato di Diritto nella teoria e nella pratica della Cina contemporânea". In ZOLO, Danilo; e COSTA, Pietro (orgs). *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, 2ª ed. Milano: Feltrinelli Editori, 2003.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, trad. Héctor Fix-Fierro, 2ª ed. México: Editorial Porrúa, 1989.

ZOLO, Danilo. "La sovranità: nascita, sviluppo e crisi di un paradigma político moderno". In ZOLO, Danilo. *I Signori della Pace. Una critica del globalismo giuridico*. Roma: Carocci Editore, 1998.

- livros e textos consultados em versões disponibilizadas na Internet:

AQUINO, São Tomás. *Summa Theologiae*.

(<http://www.corpusthomicum.org/iopera.html>, acesso em 12/04/2009).

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*, 4 vols., first edition. Oxford: Printed at the Clarendon Press, 1765-1769.
(http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp, acesso em 13/02/2010).

BOTERO, Giovanni. *Della Ragion di Stato*
(<http://www.bibliotecaitaliana.it/xtf/view?docId=bibit000618/bibit000618.xml&doc.view=print&chunk.id=d4525e4480&toc.depth=1&toc.id=0&query=Latini>, acesso em 15/03/2009).

CÍCERO, M. Tulli. *De officiis* (<http://www.thelatinlibrary.com/cicero/off.shtml>, acesso em 07/04/2009).
_____ *Tusculanae Disputationes*.
(<http://www.thelatinlibrary.com/cicero/tusc2.shtml>, acesso em 28/02/2010)

Digesto (<http://www.thelatinlibrary.com/justinian.html>, acesso em 14/05/2009).

FORTESCUE, Sir John. *De Laudibus Legum Angliae*, ed. Andrew Amos. Cambridge: impresso por J. Smith, Printer to the University, 1925.
(http://books.google.com.br/books?id=ZEKIAQAIAAAJ&pg=PP19&dq=Fortescue+Laudibus+text&source=gbs_selected_pages&cad=3#v=onepage&q=&f=false, acesso em 15/03/2009).

LATINI, Brunetto. *Li Livres Dou Tresor*, ed. P. Chabaille. Paris: Imprimerie Impériale, 1863.
(<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k29286n.pleinpage.f3>, acesso em 17/03/2009).

MANDEVILLE, Bernard. *The Fable of the Bees: or Private Vices, Publick Benefits*, vol. I. Indianapolis: Liberty Fund, 1988.
(http://files.libertyfund.org/files/846/Mandeville_0014-01_EBk_v4.pdf, acesso em 08/11/2009).