

### O conceito de liberdade política<sup>1</sup>

Franz Neumann

Uma doutrina acadêmica bastante difundida é aquela segundo a qual a teoria política se preocupa em determinar os limites da obediência dos cidadãos aos poderes coercitivos do Estado. Nessa fórmula, a coerção parece legítima e a única função da teoria política é construir uma cerca ao redor de tal poder político. A análise do poder político – sua origem, manifestações e técnicas – pertence a outra disciplina, a sociologia. Em ambas as disciplinas, o poder político dá a impressão de ser aceito como um dado ontológico, um fato natural, e o papel da teoria política é o de zelar para que o poder político se comporte com relativa decência.

À medida que a teoria política se preocupa com a legitimidade do poder político, de acordo com a opinião prevalecente, ela tem uma função meramente ideológica. A teoria política é concebida como a racionalização das relações de poder existentes. Desse modo, a validade de uma teoria é determinada por um critério pragmático-utilitário, em função da assistência que ela oferece para a defesa ou a conquista

---

1. Este artigo é uma continuação de: *Approaches to the study of Political Power*, originalmente publicado na revista *Political Science Quarterly*, vol. 65, n. 2, Junho de 1950. Uma versão alemã abreviada foi publicada sob o título: *Zum Begriff der Politischen Freiheit. Zeitschrift für die Gesamten Staatswissenschaft* n° 25, publicado em 1953. Partes deste artigo foram lidas como *artigos em construção* no Seminário Arthur W. Macmahon's, da Columbia University, The State, e no Twelfth Symposium on Science, Philosophy and Religion, que ocorreu em New York, em 1953. As discussões ajudaram bastante a clarificar minhas ideias. [Esse texto foi traduzido da versão original, publicada em Novembro de 1953, na *Columbia Law Review*, n° 7, vol. 53, sob o título de *The concept of political freedom*. Utilizei-me também da tradução para o português do mesmo texto, feita por Luiz Corção, publicada no livro MARCUSE, H. (org.), *Estado democrático e Estado autoritário*. Zahar Editores: Rio de Janeiro, 1969. Agradeço profundamente a leitura atenciosa e as sugestões de José Rodrigo Rodriguez (NT)].

de uma posição de poder existente, tendo como critério de verdade o seu sucesso propagandístico-manipulativo.

Frequentemente sem saber, essa posição exprime a alienação política do homem contemporâneo: o fato de que o homem considere o poder político uma força que lhe é estranha, uma força a qual ele não pode controlar e com a qual não pode se identificar, podendo, quando muito, torná-la meramente compatível com sua existência. O extraordinário declínio do prestígio das filosofias políticas de Platão e de Rousseau – teóricos que tentaram solucionar o problema da alienação política do homem – parece confirmar esta visão.

Não há dúvida, é claro, para qualquer pessoa realista, de que a política é uma luta pelo poder – uma luta entre pessoas, grupos e estados. A afirmação de que na política o Direito enfrenta a Força e a Ideia combate o Poder – com a frequente inclusão da conclusão que, ao fim e ao cabo, Direito e Ideia serão finalmente vitoriosos – pode ser edificante e confortante para várias pessoas, mas parece impossível de ser provada. De fato, sempre que o Direito teve que lutar com o Poder, ele foi derrotado. Caso tivéssemos que parar nesta fórmula, nós deveríamos abandonar toda a teoria política (salvo como técnica de manipulação) e aceitar o que se entende usualmente por maquiavelismo: que nada realmente muda na política, que os “de fora” (*outs*) sempre lutam com os “de dentro” (*ins*) por lucro, prestígio e segurança. O sensato observador acrescentará que não se pode esperar outra coisa, considerando a natureza humana como ela é: basicamente egoísta e má.

Em um período de conflitos, incerteza, ódio e ressentimento, essa visão – como as teorias pessimistas em geral – parece especialmente atrativa. A teoria do homem de Santo Agostinho (como é normalmente interpretada), a visão de Maquiavel sobre a política e a concepção de Metternich sobre relações internacionais estão todas inquestionavelmente em moda hoje e, se contrastadas com uma superficial e má interpretação da Filosofia do Iluminismo, elas são certamente mais realistas. A sociologia moderna e a ciência política não cansam de afirmar a visão de que a política consiste em nada mais que a manipulação de grandes massas por pequenas elites, particularmente por meio do uso hábil de símbolos: para vencer um inimigo, basta ser mais esperto. Uma teoria se torna então uma afirmação ideológica que, se repetida o suficiente, transformará por seu próprio peso a situação política e produzirá a vitória.

Mas essas concepções repelem o homem comum. Por distinguir a promoção de uma ideia da propaganda para a venda de um sabão, o homem comum se recusa a aceitar o ponto de vista de que a legitimação do poder político é uma questão de preferência individual. Como homem político, ele sente profundamente que sua preferência deve ser parte de um sistema de valores universalmente válido, um sistema de direito natural ou de justiça, de interesse nacional ou mesmo de humanidade.

A política certamente é uma luta pelo poder – mas, nesta luta, pessoas, grupos e estados podem representar mais do que seus interesses egoístas. Alguns podem realmente defender os interesses nacionais ou aqueles da humanidade enquanto seus oponentes apenas racionalizam suas demandas egoístas e particulares. A estrutura de pensamento dos primeiros poderia ser nomeada de ideia, a dos últimos, de ideologia – uma *arcantum dominationis* formulada para esconder e racionalizar preocupações que são, na realidade, egoístas.

Essa fórmula, com certeza, não responde questão nenhuma. Como é possível determinar se um interesse é algo além do que particular? A resposta é difícil, talvez mais difícil hoje do que em qualquer outro período da história, precisamente porque nosso pensamento é tão permeado pela propaganda que parece ser infrutífero tentar perfurar as camadas de símbolos, afirmações, ideologias e assim nos aproximarmos do núcleo da verdade.<sup>2</sup>

Ainda assim, esta é precisamente a tarefa da teoria política. É nesta empreitada que a teoria política se separa da sociologia do conhecimento. A sociologia se preocupa com a descrição do factual; a teoria política se preocupa com a verdade. A verdade da teoria política é a liberdade política.<sup>3</sup> De tais afirmações segue-se um postulado básico: uma vez que nenhum sistema político pode realizar completamente a liberdade política, a teoria política deve ser necessariamente crítica. Ela não pode justificar e legitimar nenhum sistema político concreto; deve criticá-lo. Uma teoria política conformista não é teoria.

Consequentemente, o conceito de liberdade política precisa ser esclarecido. A presente discussão tem principalmente uma função

---

2. Os parágrafos precedentes formam a transição para o meu artigo: *Approaches to the study of Political Power*, nota 1.

3. Cf. HUMBOLDT, W. *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*. Breslau: Verlag von Eduard Trewendt, 1851, cap. 16.

didática: dissecar o conceito de liberdade política em seus três elementos constitutivos – o jurídico, o cognitivo e o volitivo – com a esperança que eles possam ser reintegrados em uma teoria geral da liberdade política.

## O conceito de liberdade jurídica

A liberdade é, sobretudo e, em primeiro lugar, a ausência de restrições. Há pouca dúvida de que esta visão constitui a base da teoria liberal da liberdade, que é o conceito chave pelo qual se compreende o constitucionalismo, e que ela é essencial para compreender o que se entende por liberdade jurídica, especialmente na tradição Anglo-Americana.<sup>4</sup> Essa é a fórmula de Hobbes (embora ele a tenha formulado como uma teoria da ciência natural), de Locke, de Montesquieu<sup>5</sup> e de Kant. Assim interpretada, a liberdade pode ser definida como negativa ou como liberdade "jurídica" (*juristic*<sup>6</sup>). Referindo-se a este conceito como negativo, não quero sugerir que ele seja ruim ou condenável, mas antes, no sentido hegeliano<sup>7</sup>, que ele é unilateral e, portanto, inadequado. O elemento negativo não pode ser ignorado – isto levaria a aceitação do totalitarismo – mas ele, por si mesmo, não explica adequadamente a noção de liberdade política. Traduzido em termos políticos, o aspecto negativo da liberdade necessariamente conduz à fórmula do cidadão contra o Estado.

O verdadeiro significado dessa fórmula demanda esclarecimento.

- 
4. Sobre isso, ver especialmente CORWIN, E. *Liberty against government-the rise, flowering and decline of a famous juridical concept*. Baton Rouge: Louisiana State University, 1948.
  5. A fórmula de Montesquieu, entretanto, possui uma certa ambiguidade. Ver o texto de NEUMANN, F. Introduction. In: MONTESQUIEU. *The spirit of the laws: with an introduction by Franz Neumann*. New York: Hafner, 1949, pp. xlix-l.
  6. Neumann diferencia "juridical freedom" (o título desta seção) de "juristic freedom". Esta última se identifica com o conceito de liberdade negativa. Contudo, em português, não há como traduzir o termo "juristic". Por isso, preferi utilizara palavra *jurídica* grafada entre aspas, sempre que Neumann se utilizar da palavra "juristic" (N.T.).
  7. Cf. HEGEL. *Philosophy of Right*. Tradução de Sir Thomas Malcolm Knox, Oxford University Press, 1942, § 5 Adendo.

Seu pressuposto básico é o individualismo filosófico – a visão de que o homem é uma realidade completamente independente do sistema político no qual vive.<sup>8</sup> O posicionamento do homem contra o poder político implica a aceitação da alienação política do homem em diferentes graus. O poder político, incorporado pelo Estado, será sempre estranho ao homem; este não pode e não deveria se identificar completamente com ele. O Estado não pode engolir completamente o indivíduo; o indivíduo não pode ser entendido meramente como um animal político.<sup>9</sup> Uma teoria política baseada em uma filosofia individualista deve necessariamente operar com o conceito jurídico-

- 
8. Esta, muito provavelmente, não era a visão de Platão, ao menos não na *República*. Mas na filosofia política de Aristóteles, tal como revelada em suas discussões sobre o império do direito nos textos *Política*, *Ética* e *Retórica*, o elemento individualista começa a ser introduzido. A arquitetônica de Platão ou sua concepção orgânica de justiça significava que o indivíduo não possui qualquer direito contra o todo social. Aristóteles, em contraste, define a justiça distributiva como a restauração da igualdade proporcional e ele é compelido a considerar a pretensão do homem contra o homem como individual. Aristóteles antecipa uma concepção individualista, mas o critério de justiça, para ele, ainda é a ordem da *polis*. A história do crescimento de concepções individualistas antiplatônicas concorrentes iniciada pelos sofistas, retomada por Epicuro e pelos cétricos, e transformada pelos estoicos, é conhecida demais para merecer outro tratamento aqui. Cf. SABINE, G. *A history of political thought*. Michigan: Holt Editora, edição revisada de 1950, capítulo 8. Mas poderia ser dito que, com a morte de Aristóteles, a história do homem como um indivíduo tem início. Cf. TARN, W. *Hellenistic civilization*. London: Arnold and Company, 1927, p. 69. A filosofia do direito de Cícero é provavelmente a primeira apresentação individualista-estoica completamente desenvolvida de uma doutrina de direito natural que, no Cristianismo, foi expandida e aprofundada, assim como restringida e direcionada ao âmbito espiritual – a qualidade das almas perante Deus.
  9. Isto é óbvio no caso de teorias liberais-individualistas, uma vez que elas foram concebidas com este objetivo em mente. Mas isso também se aplica, da mesma maneira, às teorias absolutistas-individualistas de Hobbes e Spinoza. Ambos defendem que o indivíduo, ameaçado pelo estado de natureza, é levado pela lei da autopreservação a organizar um estado ao qual ele entregará sua liberdade natural. Ambos os escritores, entretanto, qualificam seu radicalismo: Hobbes constrói o contrato social como um tipo de acordo comercial, obrigando o soberano a manter a paz, a ordem e a segurança e estabelecendo o fim do contrato quando o soberano falha em cumprir seu dever; Spinoza identifica direito e poder, uma fórmula que permite a todo

-negativo (*negative-juridical*) de liberdade; liberdade como ausência de restrição.

A ideia de que existem direitos individuais que o poder político pode restringir e controlar, mas nunca aniquilar, é concretizada nos catálogos de direitos civis de diversas constituições. Na verdade, para propósitos práticos, a liberdade jurídica coincide quase completamente com esses diplomas. Desse modo, uma análise das disposições de direitos civis parece ser equivalente a uma análise do conceito de liberdade jurídica. Legalmente, as liberdades civis estabelecem uma presunção em favor dos direitos do indivíduo contra o poder coercitivo do estado. Elas não são mais do que presunções porque não há, e obviamente não pode haver um sistema político que reconheça uma esfera de liberdade individual de forma absoluta e incondicional. Assim, o Estado pode intervir na liberdade do indivíduo – mas primeiro ele precisa provar que pode fazer isso. Esta prova só pode ser deduzida por referência ao “direito”<sup>10</sup> e deve, como regra, ser submetida a órgãos específicos do Estado: cortes ou tribunais administrativos. Existem, portanto, três afirmações inerentes à análise dos direitos civis:

O ônus da prova pela intervenção é sempre do Estado;

O único meio de prova é referência a uma lei;

O método pelo qual uma decisão deve ser alcançada é regulado pelo direito.

O significado político desta fórmula depende evidentemente do sentido do termo “direito”. Abstratamente, existem três definições possíveis:

1. Direito pode significar um conjunto de regras de comportamento consideradas objetivamente válidas no interior de qualquer sistema político (como no caso do ponto de vista tomista).

---

grupo social a transformação de sua condição de heterônomo [*alienus iuris*] em autônomo [*sui iuris*], tornando-se, assim, soberano.

10. A palavra *law* normalmente pode ser traduzida por “lei” ou “direito”. Neste caso, preferi a utilização do termo “direito”, em português, porque Neumann parece fazer referência à ideia do sistema jurídico como um todo, incluindo suas instituições, e não somente a uma lei específica. Logo na sequência, Neumann utiliza a palavra “law” (dessa vez sem aspas) para fazer referência a uma lei específica. Veja a explicação do autor adiante, no texto (N.T.).

2. Direito pode significar a soma de todos os direitos individuais alegadamente existentes antes do sistema político e não sendo, em sua essência, afetados por ele (a posição lockeana).

3. Direito pode significar o direito positivo do estado, válido se decretado de acordo com uma constituição escrita ou não escrita.

Os dois primeiros sentidos do termo "direito" podem ser dispensados em nossa análise. Na realidade da vida política, direitos naturais (em qualquer sentido) só possuem validade quando institucionalizados, ou seja, se existe um agente autorizado capaz de garanti-los contra as disposições de direito positivo. Assim, normas de direito natural medievais eram válidas se a Igreja ou seus vassalos eram bem sucedidos em afirmar o que eles consideravam como direitos naturais contra a legislação imperial ou real. O direito de resistência foi então realmente a institucionalização de um "direito natural".<sup>11</sup> Com o surgimento do estado e o monopólio institucional dos meios de coerção, "direito natural" ou "direitos naturais inalienáveis" possuem um sentido político somente se forem reconhecidos pelos órgãos do Estado – e, nesse sentido, eles se tornam direito positivo. Este é precisamente o caso dos direitos civis quando incorporados em uma constituição escrita ou reconhecidos, como no sistema inglês, na prática jurídica e constitucional.<sup>12</sup> As teorias filosóficas que dizem respeito aos direitos civis podem ter moldado sua promulgação e podem ainda ser necessárias para interpretá-los em situações ambíguas, mas elas não determinam sua validade legal.

Portanto, o "direito" pelo qual o Estado prova seu direito de interferir em direitos individuais só pode ser o direito positivo.

\* \* \*

---

11. Cf. KERN, F. *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1914, pp. 161-284, 310-312, 367-371, 394-396, 412-415, 432-434. Cf. também o item 61 da Magna Carta.

12. Sobre isso, ver dois artigos meus: *Types of Natural Law. Studies in philosophy and social science*. New York: The Institute of Social Research, n. 8, 1939, pp. 338-361, e: *On the Limits of Justifiable Disobedience*. In: MACIVER, R. (org.). *Conflict of loyalties*. Port Washington: Kennikat Press, 1952. Pelo bem da precisão, pode ser sábio ressaltar que as liberdades civis na Grã-Bretanha devem provavelmente menos aos sistemas tomístico e lockeano do que à concepção da *common law* dos direitos históricos dos ingleses e às técnicas de intepretação habilidosas dos advogados comuns.

Não obstante, o sentido da expressão "direito positivo" é ele mesmo um problema. Geneticamente, a validade do direito positivo é determinada somente pelo fato dele ter sido aprovado de acordo com certas regras procedimentais, escritas ou não. Assim, a definição de Hobbes-Austin-Kelsen é correta, traduzindo o conceito de soberania em termos legais. Direito é simplesmente *voluntas*, ou vontade.

Mas historicamente existe uma segunda definição, que faz referência à estrutura formal do direito positivo e que enfatiza sua generalidade. Se o direito fosse somente *voluntas*, o conceito de "império de direito" (*rule of law*) não teria qualquer significado verificável para a proteção de direitos individuais, porque soberania e direito seriam, então, sinônimos. Na verdade, existe uma sólida tradição, cujas origens remontam a Platão<sup>13</sup> e Aristóteles<sup>14</sup>, que defende que, a despeito do conteúdo do direito, sua forma deve ser geral (ou universal, como é nomeada algumas vezes). Mesmo quando o direito natural é rejeitado, a insistência sobre a estrutura formal do direito sobrevive como um requerimento mínimo da razão para impor restrições ao poder. A generalidade da lei pode então ser chamada de direito natural secularizado.<sup>15</sup>

A generalidade da lei expressa logicamente um julgamento hipotético pelo estado sobre o comportamento futuro dos sujeitos de direito, sendo que suas manifestações básicas são a lei escrita ou a *ratio decidendi* do *common law*.

Nessa definição estão contidas duas determinantes: primeiro, o direito deve ser uma regra que não menciona casos particulares ou pessoas individuais, mas que é endereçado a todos os casos e a todas

---

13. PLATÃO. *Laws*. In: *Dialogues of Plato – volume 4*. Tradução de Benjamin Jowett. New York: Charles Scribner and Company, 1871, pp. 713-715.

14. ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea*. Tradução de W. D. Ross. London: Oxford University Press, 1925, livro 5, cap. 9.

15. Uma análise detalhada desse problema aparece em minha dissertação *The rule of Law* (tese não publicada, defendida na London University Library, 1936). [Em 1986, a tese de Neumann foi publicada em Londres: Neumann, Franz. *The Rule of Law: political theory and the legal system in modern society*. London: Berg Publishing, 1986. Recentemente, a dissertação de Neumann foi também publicada em português, em excelente tradução: NEUMANN, F. *O Império do Direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. Tradução de Rúrion Melo. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2013. (N.T.).]



as pessoas em abstrato; segundo, ele deve ser específico, tão específico quanto possível em termos de sua formulação geral.<sup>16</sup> Essa perspectiva a respeito da natureza do direito determinou o pensamento jurídico e político do século XVII em diante. Ela era compartilhada por Hooker e Locke, e foi formulada de forma mais acurada por Rousseau, em cuja filosofia política essa noção de direito é praticamente o único limite institucionalizado à soberania da comunidade. É assim que ele define o direito:

Quando digo que o objeto das leis é sempre geral, por isso entendo que a Lei considera os súditos como corpo e as ações como abstratas, e jamais um homem como um indivíduo ou uma ação particular. Desse modo, a Lei pode muito bem estatuir que haverá privilégios, mas ela não poderá concedê-los a nominalmente a ninguém ... Em suma: qualquer função relativa a um objeto individual não pertence, de modo algum, ao poder legislativo.<sup>17</sup>

A França e a Inglaterra adotaram essa posição. Mesmo Austin, protagonista da teoria volitiva do direito, disse: "Onde o direito obriga universalmente a agir e se omite sobre uma classe, uma ordem é uma lei ou uma regra"<sup>18</sup>. Quase todo teórico afirma que assim deve ser a teoria do direito<sup>19</sup>, mesmo quando se admite que o direito constitucional positivo permite a aprovação de medidas individuais.<sup>20</sup>

Da simples proposição de que existe uma presunção em favor da liberdade individual deriva cada elemento do sistema jurídico liberal: a permissibilidade de todo ato não proibido expressamente pela lei, a

---

16. Cf. MALBERG, R. *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris: Librairie de la Societé du recueil sirey, 1920, volume 1, p. 289.

17. ROUSSEAU, J.J. *Contrat Social*, 1762, Amsterdam : Marc-Michel Rey, livro dois, capítulo seis [Para a passagem, utilizei-me da tradução brasileira de Lourdes Santos Machado do Contrato Social. ROUSSEAU, J.J. *Coleção Os Pensadores: Rousseau, Vol. I*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 107. (N. T.)]

18. AUSTIN, J. *Lectures on Jurisprudence*. London: Robert Campbell ed., 1929, p. 94.

19. Não estou preocupado com a história intelectual dessa teoria desde Platão e Aristóteles aos Estóicos, e depois com o sistema tomístico, e dali à filosofia Descartiana-Newtoniana, mas antes com suas funções reais.

20. Como na Inglaterra e na França.

natureza fechada e autoconsistente do sistema jurídico; a inadmissibilidade de legislação retroativa; a separação da função judicial da função legislativa. Esses conceitos foram – e ainda parecem ser – aceitos pelo mundo civilizado sem questionamentos, com uma forte crença em sua conexão lógica com a doutrina da generalidade do direito.

Se existe uma presunção em favor do direito do indivíduo, segue-se logicamente que somente o comportamento expressamente proibido pela lei é punível. Esta afirmação é universalmente reconhecida como um alicerce da liberdade jurídica. Disto se segue a inadmissibilidade de decretos de proscricção (*Bill of attainder*), que negam a existência da presunção do direito contra o poder e permitem a este a decretação de medidas individuais direcionadas especificamente contra determinadas pessoas. Neste sentido, um decreto de proscricção é ao mesmo tempo um ato legislativo e judicial.<sup>21</sup> Os dogmas *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege* são formulações em latim do princípio básico<sup>22</sup> contra a retroatividade.<sup>23</sup> Tal inadmissibilidade decorre logicamente da estrutura do direito universal como um julgamento hipotético sobre comportamentos futuros – uma regra, portanto, para um indefinido número de casos concretos. Uma lei retroativa abrange casos concretos específicos, oculta pela linguagem de uma lei universal, e se torna assim uma criação mecânica de medidas individuais.<sup>24</sup> A famosa lei nazista *Lex van der Lubbe* de 29 de março de 1933, que introduziu retroativamente a pena de morte por incêndios, foi decre-

---

21. Isto é claramente demonstrado na emenda à lei de apropriação que negou salários a Lovett e outros. Cf. *United States vs Lovett*, 328 U.S. 303 (1946).

22. A despeito de estarem redigidas em latim, as regras foram criadas somente no século XVIII. Cf. HALL, J. *Nulla Poena Sine Lege*. *Yale Law Journal*, v. 47, n. 2, dez. 1937, p. 165.

23. “A retroatividade é o maior crime que a lei pode cometer; é a ruptura do pacto social, a anulação das condições em virtude das quais a sociedade pode demandar a obediência do indivíduo. [...] A retroatividade retira da lei o seu caráter; a lei retroativa não é lei.” Com essas palavras um dos apóstolos do liberalismo, Benjamin Constant, atacou a retroatividade. *Le Moniteur Universel*, 1º de junho, 1828, p. 754, coluna 3.

24. Atualmente, a regra contra a retroatividade praticamente só possui significado no direito criminal. Na doutrina americana, cf. CORWIN, E. *Liberty against government-the rise*, pp. 60-61.

tada com o único propósito de lidar com os supostos incendiários do Parlamento alemão.

Além disso, a generalidade do direito implica a doutrina da separação judicial. Se a lei deve ser abstrata, se ela deve regular um número desconhecido de casos futuros, então sua aplicação a casos concretos não pode ficar nas mãos daqueles que elaboram a regra geral. Assim, as funções judiciais ou administrativas são juridicamente subordinadas (não importa qual seja a teoria sociológica da função judicial em questão) de tal forma que o juiz ou o administrador realizam a função rotineira de subsumir um caso concreto a uma lei geral.

A tradição jurídica liberal se baseia, portanto, em uma afirmação bem simples: direitos individuais podem sofrer intervenção estatal somente se este puder provar sua pretensão com referência a uma lei geral que regula um número indeterminado de casos futuros; o que exclui a legislação retroativa e demanda a separação das funções judicial e legislativa. A premissa implícita do sistema jurídico liberal é a consistência lógica do direito. O sistema jurídico é considerado fechado no sentido de que uma nova lei só pode ser criada pela legislação; o juiz ou o administrador devem responder cada caso por referência a uma lei existente.<sup>25</sup>

\* \* \*

Esta fórmula certamente expressa o credo do pensamento jurídico liberal, no limite próprio de qualquer fórmula. Ainda assim, permanece a questão do que efetivamente esse sistema teórico garante. Nesse sentido, eu distingo três funções da generalidade do direito: uma moral, uma econômica e uma função política.<sup>26</sup>

---

25. Esses princípios são igualmente aplicáveis ao *common law*. Eu tentei demonstrar isso em minha dissertação em Londres. A *ratio decidendi* da decisão judicial cumpre o papel do código ou da lei escrita; os juízes ingleses negam que eles criem direito novo e afirmam que apenas aplicam o princípio geral contido na *ratio decidendi*. Para importantes afirmações sobre este problema, ver: VINOGRADOFF, P. *Common Sense in Law*. London: Oxford University Press, 2d edition, 1946; GOODHART, A. L. Precedent in English and Continental Law. *Law Quarterly Review*, n. 50, 1934, p. 40.

26. O que segue é baseado em meu artigo: Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft. *Zeitschrift für Sozialforschung*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1937, n. 3, pp. 542-596.

A função moral (ou ética) consiste nos elementos intrínsecos de igualdade e segurança que a generalidade do direito pressupõe. Um mínimo de igualdade é garantido, porque se o legislador deve lidar com pessoas e situações em abstrato, ele deve tratá-las como iguais, impedindo a discriminação contra qualquer pessoa específica. No mesmo sentido, existe um mínimo de segurança na relação entre o indivíduo e o estado. O indivíduo sabe com antecedência que um ato, uma vez realizado, não pode ser punido por uma lei posterior e que ele sozinho não pode ser levado a sofrer, a menos que outros, por razões semelhantes, também sejam levados a sofrer. Este é o conteúdo ético da proibição contra decretos de proscricção – uma proibição a qual os países Anglo-Americanos, na sua íntegra, escrupulosamente respeitaram. Mesmo a Grã-Bretanha, onde a soberania do Parlamento teoricamente permite a decretação de decretos de proscricção, desde o século XVII nunca recorreu a elas, salvo contra nativos em suas colônias.<sup>27</sup>

Assim, parece correto dizer que um mínimo ético é inerente a essa estrutura formal. Esta ideia básica está expressa claramente na

---

27. Pude descobrir um único caso que ilustra bem o significado ético do princípio geral. Em *Rex vs Earl of Crewe* [1910] 2 K.B. 576, aprovado em *Sobhuza II vs. Miller*, [1926] A.C. 518, 524 (P.C.), a Corte teve que lidar com a proclamação de um Alto Comissariado Colonial para detenção de um nativo, sob uma Ordem em Conselho baseada no *Foreign Jurisdiction Act*, 53 & 54 Vict., c. 37 (1890), na qual o *Habeas Corpus Act* [Lei do *Habeas Corpus*] foi suspenso. Farwell, L.J., ao julgar, disse: "A verdade é que em países habitados por tribos nativas que superam em grande número a população branca estes atos, embora bastiões da liberdade no Reino Unido podem, caso aplicados lá, vir a constituir o certificado de morte dos brancos", (Idem p. 615), assim admitindo a legalidade da suspensão do *Habeas Corpus Act* não só em geral, mas também "em relação a um indivíduo particular", (Idem, p. 616); e Kennedy, L.J., acrescentou que a Proclamação é "um privilégio – legislação direcionada contra uma pessoa particular –, e geralmente, como eu espero e acredito, tal legislação é tão pouco recomendada aos legisladores britânicos como o foi aos legisladores da Roma antiga..." (Idem, p. 628), enquanto Rowlatt, pela defesa, indicou a relação entre a Proclamação e o decreto de proscricção, (Idem. pp. 583-588). [Não sei se é o caso, mas na revista costumamos colocar (Idem, p. xx)].

A decisão da Suprema Corte em *United States VS Lovett*, 328 U.S. 303 (1946) aplica exatamente o mesmo princípio não somente para a privação legislativa da liberdade de determinados indivíduos, mas para a privação de qualquer direito.

afirmação de Cícero: “os magistrados que administram o direito, os jurados que o interpretam – todos nós, em resumo -, obedecemos ao direito com a finalidade de que sejamos livres”.<sup>28</sup> E ainda de forma mais precisa nos dizeres de Voltaire: “A liberdade consiste em não depender senão das leis”.<sup>29</sup> Ambos têm em mente o direito geral. Se o soberano pode decretar medidas interferindo nos direitos de um indivíduo, o papel do juiz passa a ser aquele de um policial ou de um fiscal. A generalidade do direito é, portanto, a precondição da independência judicial, a qual, por sua vez, torna possível a realização daquele mínimo de igualdade e liberdade inerente à estrutura formal do direito.

Além disso, a estrutura formal do direito é igualmente decisiva na operação do sistema social de uma sociedade competitivo-contratual. A necessidade dos sistemas administrativo e jurídico proverem calculabilidade e segurança foi uma das razões da limitação do poder da monarquia patrimonial e do feudalismo. Essa limitação culminou no estabelecimento do poder legislativo dos parlamentos por meio dos quais as classes médias controlaram o aparato fiscal e administrativo e exerceram um domínio, conjunto com a coroa, sobre as mudanças do sistema jurídico. Uma sociedade competitiva requer leis gerais como a forma mais elevada de racionalidade instrumental porque essa sociedade é composta por um grande número de empresários de poder econômico equivalente.<sup>30</sup> Liberdade no mercado de bens consumíveis, liberdade do mercado de trabalho, livre acesso à classe empresarial, liberdade contratual e a racionalidade das respostas judiciais em litígios – essas são as características essenciais de um sistema econômico que requer e deseja a produção de lucro, e de um lucro sempre renovado, em uma empresa capitalista contínua e racional.<sup>31</sup> A principal tarefa do estado é a criação de uma ordem jurídica que assegurará o cumprimento das obrigações contratuais; a expectativa de que obrigações contratuais serão respeitadas deve ser calculá-

---

28. CICERO. *Pro Cluentio*. In: *Cicero: Orations, the speeches of Cicero*. Tradução de Hodge. Cambridge: Loeb Classical Library, 1927.

29. VOLTAIRE. *Pensées sur le gouvernement*. In: *Oeuvres Complètes de Voltaire*. Paris: Garnier, 1879, v. 23, p. 526.

30. Cf. WEBER, M. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, 1922, p. 174.

31. Cf. WEBER, M. *The protestant ethic and the spirit of capitalism*. Tradução de Talcott Parsons. New York: Scribners, 1950, p. 17.

vel. Essa calculabilidade somente pode ser alcançada se as leis são gerais em sua estrutura – contanto que exista certa igualdade de poder entre os competidores<sup>32</sup>, de tal modo que cada um possua interesses idênticos. A relação entre estado e empresário, particularmente no que diz respeito a obrigações fiscais e interferências em direitos de propriedade, também deve ser tão calculável quanto possível. O soberano não pode elevar os impostos nem restringir o exercício da atividade empresarial sem uma lei geral, uma vez que uma medida individual necessariamente prefere um a outro e, assim, viola o princípio da igualdade empresarial. Por essas razões, o legislador deve se manter como a única fonte do direito. Desta perspectiva, a alegada contradição da atitude do liberalismo em face da legislação desaparece. Roscoe Pound<sup>33</sup> sustentou que a visão dos puritanos sobre a legislação continha uma contradição inerente: por um lado, hostilidade; por outro, uma firme crença e a rejeição do direito costumeiro e da equidade. Mas essa é precisamente a atitude de todo o período liberal, o qual, por razões óbvias, deseja que a intervenção governamental seja a menor possível – uma vez que a intervenção, por definição, intervém em direitos privados – porém, caso seja necessária, a intervenção deveria ocorrer na forma de um diploma legislativo com termos gerais, claros, precisos e sem ambiguidades.

A função política de um direito geral é manifestada por um lema anglo-americano: governo de leis e não de homens;<sup>34</sup> e também na noção prussiano-alemã de *Rechtsstaat* (estado baseado no direito). Ambas as formulações contêm, obviamente, um elemento ideológico. O direito não pode governar. Somente homens podem exercer poder sobre outros homens. Por consequência, afirmar que são as leis que governam e não os homens expressa o fato que deve ser escondido, ou seja, que homens governam outros homens. Embora isso seja correto, o conteúdo ideológico da frase “o império do direito” pode diferir bastante de

---

32. Cf. especialmente SMITH, A. *A theory of moral sentiments*. London: A. Miller, A. Kincaid e J. Bell, 1781, parte 3, cap. 3.

33. Cf. POUND, R. *The spirit of the common law*. New Hampshire: Marshall Jones Company, 1925, p. 46.

34. A fórmula (de acordo com CORWIN, E. *Liberty against government—the rise*, p. 13) foi cunhada por HARRINGTON, J., TOLAND, J. e HALL, J. *The Oceana: and other Works*. London: A. Millar, 1747, p. 37, quem a atribui a Aristóteles e Lívio. Cícero utiliza bastante o mesmo termo.

acordo com a estrutura política da nação que a sustenta. A doutrina inglesa do império do direito não tem nada em comum com a doutrina alemã do *Rechtsstaat*.<sup>35</sup> Para os alemães, o *Rechtsstaat* simplesmente denota a forma legal por meio da qual um estado qualquer, a despeito de sua estrutura política, deve expressar sua vontade.

O estado deve ser um *Rechtsstaat*; este é o lema que expressa o que na realidade é a tendência dos desenvolvimentos modernos. O estado deve definir exatamente e assegurar inviolavelmente a direção e os limites de sua operação, assim como a esfera de liberdade de seus cidadãos, por meio do direito. Portanto, ele não deve realizar nada diretamente, a não ser aquilo que pertença à esfera do direito. Esta é a concepção do *Rechtsstaat* e não a de que o estado somente deveria aplicar a ordem jurídica sem objetivos administrativos, ou mesmo somente assegurar os direitos dos indivíduos. Ela expressa, sobretudo, não os objetivos do estado, mas meramente o método de sua realização.

Esta é a fórmula de Friedrich Julius Stahl,<sup>36</sup> fundador da teoria monárquica prussiana. A última sentença é a decisiva; ela foi totalmente aceita pelos teóricos liberais alemães e declara sem sombra de dúvidas que nem a origem nem os objetivos do direito são importantes, mas é a forma de um direito universal que fornece a qualquer estado seu caráter legal (*Rechtsstaat*). É claramente compreensível que um conservador monarquista tenha criado esta teoria, que os liberais a tenham adotado simplesmente expressa o colapso do liberalismo político alemão em 1812, em 1848 e ao longo do conflito constitucional com Bismarck em 1862. O liberalismo alemão ficou contente em defender seus direitos contra a monarquia, particularmente seus direitos de propriedade, mas não se preocupou com a conquista do poder político. Na verdade, como essa fórmula indica, ele trocou a liberdade política pelo avanço econômico e pela segurança.<sup>37</sup>

---

35. De acordo com Rudolf Gneist, a palavra *Rechtsstaat* foi cunhada por von Mohl, cf. MOHL, R. *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*. Berlin: F. Enke Erlangen, 1855, p. 296. Sobre as diferenças entre a Alemanha e a Inglaterra, ver BURIN, F. *The Rule of Law in German Constitutional Thought: a Study in Comparative Jurisprudence* (tese não publicada em Columbia University Library, 1953).

36. STAHL, F. *Rechts-und Staatslehre*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 3ª ed., 1878, p. 137.

37. O próprio Robert von Mohl, ver nota 35, entretanto, não aceitou a fórmula de Stahl. Para ele, o caráter de um estado caracterizado como um *Rechtsstaat*

Em contraste, a doutrina inglesa do império do direito compreende duas proposições distintas: que o Parlamento é soberano, ou seja, possui o monopólio legislativo (a legitimação democrática do poder político); e que a legislação aprovada irá cumprir os requisitos de um sistema jurídico liberal como definidos acima. Dicey reconhece a incompatibilidade lógica das duas afirmações, mas acredita que “esta impressão é ilusória; a soberania do Parlamento quando contrastada com outras formas de poder soberano, favorece a supremacia do direito, enquanto a predominância da legalidade rígida em todas as nossas instituições evoca o exercício e, assim, aumenta a autoridade da soberania parlamentar”.<sup>38</sup> O fato é que Dicey estava, e provavelmente ainda está, correto. A razão disto não decorre de uma espécie de harmonia preestabelecida entre direito e poder no Reino Unido, mas provavelmente no autocontrole do Parlamento, o que por sua vez é o resultado do funcionamento do sistema partidário e de uma estrutura social estável e balanceada.

O sistema dos Estados Unidos se encontra entre os dois extremos do *Rechtsstaat* e do império do direito inglês, com ambos os elementos frequentemente em equilíbrio precário, como acontece neste momento histórico.

Em resumo: o caráter geral do direito e as presunções em favor do direito individual e contra o estado possuem três funções na sociedade moderna: uma moral, no sentido de que eles garantem um mínimo de liberdade, igualdade e segurança; uma econômica, ao tornarem possível a sociedade competitivo-contratual; uma política, uma vez que em graus variados elas escondem o lugar em que o poder é exercido. Devo ressaltar aqui que a função moral transcende ambos os contextos político e econômico nos quais opera. Este é o valor jurídico, o único valor jurídico, inerente a um sistema jurídico assim estruturado. Todos os demais valores realizados em um sistema jurídico são introduzidos a partir de fora, isto é, pelo poder.

\* \* \*

---

é igualmente determinado pelos objetivos políticos e sociais expressos no sistema jurídico. Sua ideia não foi aceita.

38. DICEY, A. *Introduction to the study of the Law of the Constitution*. Londres: Macmillan and Co. New editions, 1915, p. 402.



Penso ser claro que nossa vida política, social e econômica não consiste somente em relações racionais – ou seja, calculáveis. O poder não pode ser dissolvido em relações jurídicas. O sonho do período liberal era justamente que isso fosse possível. Do final do século XVIII à primeira metade do século XIX, a ideia de uma sociedade racional assumiu, seria possível dizer, características utópicas. Todas as relações relevantes deveriam ser consideradas jurídicas; o direito deveria ser universal em caráter; o juiz era somente “a boca da lei”<sup>39</sup>, aplicando-a por meio de um processo lógico de subsunção. O positivismo jurídico não é somente, como geralmente pensado, a aceitação do poder político tal como ele é, mas também a tentativa de transformar as relações do poder político e social em relações jurídicas.

Mas isso, é claro, não funciona. Nunca funcionou e nem poderia. Caso nossa vida social, econômica e política fosse somente um sistema de relações racionais e calculáveis, o império do direito com certeza abrangeria tudo. Mas embora algumas vezes o poder possa ser controlado, ele não pode ser dissolvido completamente. O elemento não racional, poder, e o elemento racional, direito, estão frequentemente em conflito.

---

39. Foi desta forma que Jeremy Bentham demandou um Código, porque “não exigiria escolas para sua explicação, não exigiria casuístas para desvelar suas sutilezas. Ele utilizaria uma linguagem familiar a todos; cada um poderia consultá-lo em caso de necessidade[...] Comentários, se escritos, não deveriam ser citados [...] Se um juiz ou advogado imaginasse ter observado um erro ou uma omissão, deveria certificar sua opinião junto ao Legislativo”. BENTHAM, J. General view of complete code of Laws. In: *Works*. Londres: Bowring editor, 1843, v. 3, p. 210. O que Bentham advogou, os franceses fizeram. Ver GÉNY, F. *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1932, pp. 77-84, e MALBERG, R. *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, p. 719. A França proibiu os juízes de interpretar as leis e criou, em 1790, o *refere législatif*, uma obrigação do poder legislativo para interpretar as prescrições ambíguas da lei (abolida somente no período entre 1828 e 1837). Os déspotas esclarecidos Frederico II da Prússia e José II da Áustria proibiram completamente interpretações jurídicas das leis; uma instrução da Bavária de 1813, provavelmente escrita sob a influência de Paul Johann Anselm Feuerbach, proibiu a escrita por oficiais e por acadêmicos privados de comentários sobre o código penal da Bavária. Cf. RADBRUCH, G. *Feuerbach*. C.F. Heidelberg: Müller Editora, 1934, p. 85. Savigny seguiu a mesma linha.

O conflito pode ser resolvido de duas maneiras: a lei geral pode, em sua própria formulação, conter uma cláusula de escape permitindo decisões puramente discricionárias que não são o produto de subsunção de um caso concreto a uma regra abstrata; ou, se o poder assim desejar, a lei geral pode ser completamente suspensa.

Vou considerar somente o primeiro caso. Todo sistema jurídico emprega padrões (*standards*) de conduta – determinações que permitem aos agentes do estado agirem de modo puramente discricionário ao mesmo tempo em que cumprem aparentemente com a tradição liberal da lei geral. Esses padrões (*standards*) de conduta podem ser explícitos – ou seja, escritos em códigos ou em leis escritas – ou implícitos – ou seja, interpretados pelos tribunais em leis escritas. Pode-se dizer que o poder ingressa no direito privado racional por meio da equidade; e no direito constitucional racional por meio da prerrogativa (ou algum outro conceito similar).

Apresentarei primeiro exemplos do direito privado, com o objetivo de demonstrar que esse princípio prevalece mesmo na parte mais racional do sistema jurídico.

A teoria jurídica liberal já foi violentamente contra a equidade (em um sentido aristotélico: como um corretivo a rigidez de leis gerais). Em *Table Talk*, de Selden<sup>40</sup>, ou *Commentaries*, de Blackstone<sup>41</sup>, ou a *Doutrina do Direito* de Kant<sup>42</sup> – para mencionar somente alguns – a equidade é denunciada como incompatível com a calculabilidade que é o principal requisito do direito liberal. A Inglaterra, lar da equidade europeia moderna, foi também o seu coveiro. De acordo com Maitland, a equidade se tornou desde 1875 “aquele conjunto de regras administrado unicamente pelos tribunais conhecidos como tribunais de equidade”.<sup>43</sup> E, na opinião do lorde Eldon, “As doutrinas deste tribunal

---

40. Cf. SELDEN, J. *Table talk*. Londres: Quaritch, Sir Frederick Pollock editor, 1927, p. 43.

41. Cf. BLACKSTONE, W. *Blackstone's Commentaries*. Chicago: Callaghan and Company, 1899, v. 1, p. 62.

42. Cf. KANT, I. *The Philosophy of Law*. Edinburgh: T. and T. Clark. Tradução de W. Hastie, 1887, p. 51, no qual a equidade é definida como “uma tola deusa que não pode reivindicar o direito a ser ouvida. Disso se segue que um tribunal da equidade, para a decisão de questões controversas de direito, envolveria uma contradição”.

43. MAITLAND, F. W. *Equity: a course of lectures*. Cambridge: Cambridge University Press, 1936.

devem ser tão bem postas e uniformemente formuladas como aquelas do *common law*, estabelecendo princípios fixos, mas tendo o cuidado para que elas sejam aplicadas de acordo com as circunstâncias de cada caso.<sup>44</sup> Afirmações semelhantes por outros juízes ingleses demonstram uma concordância básica sobre a necessidade de transformar a equidade em um sistema de direito rígido, com o objetivo de assegurar a calculabilidade exigida pelas transações econômicas.

Mas a rejeição da equidade é adequada somente em um sistema econômico competitivo. As considerações de equidade crescem com o aumento das concentrações de poder econômico e com as atividades intervencionistas do estado.

Em geral, podemos afirmar que regras de equidade são e devem ser aplicadas quando se lida com questões de poder.<sup>45</sup> Quando um interesse se aproxima de um controle monopolista, seu poder privado se torna quase legislativo e, portanto, público. Uma vez que esse interesse afeta o bem estar público de um modo único, o estado só pode regulá-lo por meio da forma de medidas individuais. Estas são introduzidas no sistema jurídico liberal por meio da equidade. A doutrina inglesa da conspiração tal como aplicada às restrições de comércio, o conceito americano de "razoabilidade" tal como aplicado aos acordos econômicos e a doutrina alemã da "boa-fé" tal como aplicada às disputas industriais, todas são clara evidência disso. Todo o direito alemão que diz respeito à legalidade das greves e dos fechamentos de fábricas (*lockouts*) é contido na previsão do Código Civil de que um ato que inflige dano sobre o outro e viola a boa-fé é um delito. Todo nosso direito antitruste não é nada além de uma determinação de que acordos não razoáveis são ilegais. Mas como é possível definir racionalmente esses padrões (*standards*)? Eles podem ser exemplificados e descritos, mas nunca definidos. Nem poderíamos procurar fazer de outro modo, sem o risco de uma rigidez extrema. A lei geral, portanto, opera melhor quando regula o comportamento de um grande número de competidores dotados de um poder aproximadamente equivalente. Se o direito tiver que lidar com concentrações de poder, será substituído por medidas individuais disfarçadas.

---

44. *Gee v. Pritchard*, 2 Swan. Ch. 402, 414, 36 Eng. Rep. 670, 674 (1818).

45. Mas não somente aí. Há um segundo conjunto de circunstâncias que não discutirei aqui: o problema de interesses colidentes e de igual valor para a sociedade (por exemplo, na lei do divórcio).

Métodos semelhantes são empregados no âmbito do direito público, como se nota em três conjuntos de problemas:

1. Nenhum sistema político assegurará completamente o valor jurídico da calculabilidade e da segurança jurídica se sua própria segurança estiver ameaçada. Neste contexto, o poder colocará de lado a noção “jurídica” de liberdade.

2. A pressuposição fundamental da teoria jurídica liberal é a de que o direito de um coincidirá com o direito dos outros. Caso haja conflito de direitos o estado cumprirá sua função de árbitro por meio da aplicação de leis gerais precisamente definidas. Porém, com alguma frequência, os interesses colidentes parecem ser de peso equivalente e o conflito só pode ser resolvido por uma decisão discricionária.

3. Nenhum sistema político se satisfaz por simplesmente manter os direitos adquiridos. A concepção jurídica de liberdade – como nós a desenvolvemos – é naturalmente conservadora.<sup>46</sup> Mas nenhum sistema, mesmo o mais conservador de todos (no sentido literal do termo) pode simplesmente preservar; mesmo para preservar ele precisa mudar. Os valores que determinam a natureza das mudanças não são derivados, por óbvio, do sistema jurídico. Eles vêm de fora, ainda que por razões de propaganda sejam apresentados como demandas jurídicas, usualmente alegando-se que sejam derivados do direito natural.

Para responder aos dois primeiros problemas é necessário definir de modo mais acurado o grau de liberdade que os direitos civis efetivamente garantem. Para esse fim, as liberdades civis tradicionais devem ser classificadas, pois seria perigoso falar de somente um direito: liberdade individual. Enquanto todos os direitos civis em última instância retornam a essa concepção filosófica básica, o desenvolvimento histórico conduziu a distinção entre vários tipos de direitos com diferentes funções e diferentes sanções.

Os direitos civis, na condição de restrições ao poder, são necessários como instrumentos para preservar a liberdade. Essa formulação implica duas afirmações: direitos civis são indispensáveis para a realização da liberdade; mas direitos civis não exaurem a liberdade – eles são somente um de seus elementos. A liberdade é maior do que a defesa de direitos contra o poder; ela envolve também a possibilidade

---

46. Assim, corretamente, CORWIN, E. *Liberty against government—the rise, flowering and decline of a famous juridical concept*, p. 6.

de desenvolver as potencialidades do homem ao máximo. Somente insistimos em um âmbito livre de coerção porque não acreditamos em poder algum, por mais bem intencionado que ele seja, para decidir o que é bom ou ruim para nós. Este é o aspecto fundamental e inalienável (o chamado negativo ou "jurídico") de nossa liberdade.

Mas o que é concretamente inalienável? Nós podemos distinguir três tipos de direitos tradicionais: pessoais, societários<sup>47</sup> e políticos.

Direitos podem ser chamados de pessoais se sua validade é conectada somente ao homem como um sujeito isolado.<sup>48</sup> "A segurança da pessoa, das casas, dos papéis e pertences,<sup>49</sup> o direito a um julgamento justo,<sup>50</sup> a proibição de buscas e apreensões não razoáveis<sup>51</sup> independem da associação do homem com outro homem. Sua proteção não é dependente (e não deveria ser) de mudanças no sistema socioeconômico, tal como a transição de um capitalismo competitivo para um organizado, nem de mero expediente político. O que constitui precisamente um julgamento justo pode estar aberto à interpretação,<sup>52</sup> mas razões de estado nunca podem justificar intromissões nesses princípios. As determinações de direito penal de nossa constituição são direitos pessoais absolutos; e provavelmente nenhum país possui disposições constitucionais tão detalhadas, no que diz respeito a esses direitos pessoais.<sup>53</sup>

Direitos civis societários somente podem ser exercidos em relação a outros membros da sociedade. Eles são, em sentido próprio, direitos de comunicação. Liberdade de religião (como algo distinto da consciência religiosa), liberdade de expressão, de reunião, e a

---

47. Neumann explicará mais adiante no texto porque faz referência a direitos societários (*societal rights*) e não a direitos sociais (*social rights*). (N.T.).

48. De modo não tão feliz, o professor Freund nomeia-as de "liberdades passivas". Cf. FREUND, P. *On understanding the Supreme Court*. Boston: Little, Brown and Company, 1949, p. 23.

49. Emenda Constitucional nº 4 à Constituição dos EUA.

50. Emenda Constitucional nº 2 e nº 6.

51. Emenda constitucional nº 4.

52. Cf. a afirmação sobre princípios feita pelo Justice Cardozo, *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).

53. Em vista disso, a decisão de *Rabinowitz*, abrangendo buscas e apreensões não razoáveis, é muito difícil de ser aceita. *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950).

propriedade. Uma limitação é inerente a eles: seu exercício não pode privar o exercício por outros; na linguagem de Kant, os direitos de um devem coexistir com os de outros. É por meio de leis gerais como aquelas sobre calúnia, difamação, injúria e violação do direito de propriedade que essa coordenação é aperfeiçoada.

Há uma relação demonstrável entre direitos pessoais e societários. Enquanto direitos pessoais são fins em si mesmos, como se costuma dizer, eles também são instrumentais em relação aos direitos societários. Sem a segurança da pessoa não pode haver comunicação livre, uma vez que um indivíduo sujeito a prisão arbitrária e sem a perspectiva de um julgamento justo relutaria em se engajar em uma comunicação livre. Porém, a natureza instrumental dos direitos pessoais não deve levar à visão de que eles estão constringidos às limitações inerentes aos direitos societários.

Isso parece simples, mas os dois problemas levantados acima – o conflito do poder político com a liberdade “jurídica” e o conflito entre dois interesses – criam dificuldades que, se concebidas somente como problemas jurídicos, parecem realmente insuperáveis. O segundo problema é mais bem exemplificado pela decisão da Suprema Corte em *Kovacs v. Cooper*,<sup>54</sup> na qual a Corte manteve uma lei local proibindo o uso de caminhões de som emitindo barulhos “altos e ruidosos”.

Mas é o primeiro problema que realmente importa. *Feiner v. New York*<sup>55</sup> é um caso típico, que surge precisamente da mesma forma em qualquer país: o cidadão exerce seu direito à liberdade de expressão, a audiência protesta, a desordem se inicia, a polícia é chamada e prende o orador pela quebra da paz ou por conduta desordeira e a ordem é restaurada. Um estudo das decisões de cortes administrativas ou criminais na Alemanha e na França demonstrará, como regra, que essas cortes, como nossa Suprema Corte, mantém o poder discricionário da polícia de tomar as medidas que ela imagina serem úteis para prevenir a desordem. Na Alemanha, a resistência pelo orador a tal medida da polícia seria punível como “resistência ao poder do estado”, enquanto aqui a Suprema Corte manteve a condenação por perturbação da paz social. Assim, a liberdade de expressão é qualificada em

---

54. 336 U.S. 77 (1949).

55. 340 U.S. 315 (1951).

todo lugar pela previsão<sup>56</sup> de que o agente do poder político pode determinar discricionariamente se ele protegerá a liberdade de expressão ou se estará do lado do poder da multidão, contra ela.

Alguns advogados constitucionalistas e cientistas políticos detectam uma diferença decisiva entre Estados Unidos e a Europa continental nas diferentes fórmulas constitucionais: a Primeira Emenda, com sua afirmação "O Congresso não fará nenhuma lei [...] restringindo a liberdade [...]", como contrária a fórmula continental típica: o direito à liberdade de opinião é garantido nos termos da lei.

Existe de fato uma diferença, e há pouca dúvida de que o padrão americano é preferível. Sob nossa previsão constitucional a liberdade de imprensa se desenvolveu marcadamente melhor que sob as numerosas leis de imprensa continentais. Mas a diferença definitiva deve ser atribuída menos às diferentes fórmulas do que às atitudes mais sensíveis em relação às liberdades civis, particularmente por parte dos tribunais.

Sem sombra de dúvida a relação *calculável* entre os direitos do indivíduo e o poder do estado é em todo lugar governada por uma cláusula de escape. Na Europa Continental é a chamada reserva da lei; nos Estados Unidos é a fórmula do "perigo claro e presente" (*clear and present danger*).<sup>57</sup>

O teste do perigo claro e presente demonstra a impossibilidade de clarificar o sentido preciso dos padrões (*standards*) jurídicos de conduta. David Riesman<sup>58</sup> chega mesmo a afirmar que a decisão em *Schenck* não permite que o tribunal pese o valor da liberdade de expressão contra o peso de qualquer política governamental. Isto é provavelmente uma interpretação extrema. Mas realmente parece, considerando a amplitude de decisões desde *Near v. Minnesota*,<sup>59</sup> *Board of Education v.*

---

56. Mas para os Estados Unidos, considere-se também as decisões mais favoráveis, *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), e *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516 (1945) e a discussão em CHAFEE, Z. *Free Speech in the United States*. Cambridge: Harvard University Press, 1941, pp. 409-435.

57. *Schenk v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

58. Cf. RIESMAN, D. *Civil Liberties in a Period of Transition*. In: *Public Policy*. Cambridge: Graduate School of Public Administration, 1942, pp. 33-39.

59. 283 U.S. 697 (1931).

*Barnette*,<sup>60</sup> *Thomas v. Collins*<sup>61</sup> ao caso *Dennis*,<sup>62</sup> que o teste foi rebaixado de um perigo "claro e presente" para um perigo "claro e provável", permitindo a afirmação do elemento não calculável do poder ele mesmo contra a limitação calculável imposta àquele poder. Desse modo, o poder, ou a "necessidade", ou a "razão de estado", não podem ser efetivamente eliminados ou restringidos pelo direito constitucional.<sup>63</sup>

Além disso, determinadas decisões do poder político, consideradas objetiva ou alegadamente necessárias, não somente interferem com as regras da lei geral; elas podem ocasionar até mesmo a suspensão total das liberdades civis. O estado de sítio, a lei marcial e os poderes de emergência meramente indicam que razões de estado podem efetivamente aniquilar por completo as liberdades civis. Comum a essas instituições, na maioria dos países, é o fato de que o poder discricionário daqueles que proclamam uma situação de emergência não pode ser desafiado. São eles que determinam se uma emergência existe e quais medidas são consideradas necessárias para resolvê-la.

Direitos civis (pessoais e societários) devem ser distinguidos dos direitos políticos, embora mantenham relações estreitas. A teoria continental frequentemente distingue os direitos "humanos" e os "civis" – os primeiros, afirma-se, são inerentes à natureza de seres humanos livres e iguais, aproveitados por cidadãos, cidadãos naturalizados e imigrantes; os últimos derivam somente da estrutura política do estado.

Essa definição é correta se a expressão "estrutura política" for definida de modo apropriado. Se ela simplesmente expressa que um cidadão possui tantos direitos políticos quanto aqueles que os respectivos poderes políticos estão dispostos a garantir, então ela não tem sentido algum. O que ela realmente expressa é que a natureza e a

---

60. 319 U.S. 624 (1943).

61. 323 U.S. 516 (1945).

62. *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

63. Na Alemanha, os famosos artigos 10, 11 e 17 do Código Geral Prussiano (*Allgemeines Landrecht*), concederam poder discricionário quase completo à polícia e à instituição de "custódia protetiva" existente neste dispositivo. Legalmente, a situação é semelhante em todos os países. As diferenças entre os vários países são causadas, portanto, por atitudes diferentes dos tribunais e dos legisladores, e não pelas formulações dos textos das leis.



extensão dos direitos políticos são determinadas pela natureza do sistema político – isto é, pelo que o sistema político reivindica ser.

Assim, se o sistema político reivindica ser uma democracia, direitos específicos devem ser implementados. Em geral, há um acordo sobre os mínimos direitos básicos: liberdade de concessão e acesso a todos os cargos públicos, e igualdade de tratamento em relação a essas ocupações, profissões e nomeações.

Os direitos de *status activus* (como esses direitos políticos são chamados algumas vezes) pressupõem, como mencionei, os direitos pessoais e societários. Não pode haver qualquer formulação da vontade nacional com base em um sufrágio igual sem liberdade da pessoa e sem livre comunicação. Por definição, portanto, qualquer ab-rogação de direitos pessoais ou societários necessariamente envolve uma intervenção em direitos políticos – embora a recíproca não seja verdadeira.

\* \* \*

Até agora, problemas um tanto tradicionais foram discutidos – embora se pretenda que isso tenha sido feito de modo mais sistemático do que o usual. Os problemas são tradicionais porque revolvem a velha fórmula do cidadão contra o estado, pensada principalmente a partir do direito criminal. Nessa formulação, os direitos civis podem ser, ou ao menos poderiam ser mais ou menos protegidos de fato. Mas na sociedade moderna surgem três novos problemas que são difíceis, ou até mesmo impossíveis de serem incluídos nesse modelo teórico: o efeito das amplas mudanças na estrutura sócio-econômica sobre os direitos civis; a aplicação de sanções sociais contra dissidentes; e a tentativa de legitimar demandas positivas contra o estado por meio de “direitos civis”.

Essas questões indicam que a noção “jurídica” de liberdade abrange somente um elemento da liberdade, e não pode incluir toda a liberdade política. A contraposição cidadão x estado é inadequada por diversas razões.

Se a liberdade política fosse somente liberdade jurídica, seria difícil justificar a democracia como o sistema político que maximiza a liberdade. Uma monarquia constitucional serviria igualmente bem, e realmente existem historiadores continentais e cientistas políticos que adotam precisamente esta posição e afirmam sua superioridade

sobre a democracia. Esta opinião nos parece insustentável – mas nos compele a definir a liberdade política de forma mais concreta.

Além disso, a liberdade “jurídica” é estática e conservadora, enquanto a sociedade muda. O problema foi bem colocado pelo Ministro da Suprema Corte Estadunidense, Jackson:

A tarefa de traduzir as generalidades majestáticas da Carta de Direitos (*Bill of Rights*), concebida como parte de um padrão do governo liberal do século dezoito, em restrições concretas aos oficiais que lidam com os problemas do século vinte, perturba a autoconfiança. Esses princípios surgiram do mesmo solo que também produziu a filosofia de que o indivíduo era o centro da sociedade, que sua liberdade era sustentável pela mera ausência de restrições governamentais e que o governo deveria se contentar com poucos controles e com uma supervisão suave sobre os negócios do homem. Nós devemos transplantar esses direitos para um solo no qual o conceito de *laissez-faire* ou o princípio da não interferência se restringe aos assuntos econômicos e os avanços sociais são crescentemente perseguidos por meio da maior integração da sociedade e do fortalecimento dos controles governamentais.<sup>64</sup>

A opinião do Ministro Jackson, além do mais, conduz às seguintes dúvidas: a fórmula da liberdade contra o governo parece compreender duas afirmações: a liberdade individual aumenta com a diminuição do poder governamental (e vice-versa); e a liberdade só possui um inimigo: o governo. Nenhuma dessas implicações pode ser aceita. É historicamente impossível sustentar que o intervencionismo governamental por ele mesmo tenha diminuído o escopo e a efetividade da liberdade do cidadão. Um conhecimento meramente superficial da história é mais do que suficiente para demonstrar que não há conexão lógica entre esses dois fatores. A Alemanha Imperial menos intervencionista protegeu a liberdade muito menos que a República de Weimar mais intervencionista. A Inglaterra durante a menos total Primeira Guerra Mundial não foi tão sensível a direitos civis como durante a mais total Segunda Guerra Mundial. Nos Estados Unidos, as decisões da Suprema Corte que expandiram o escopo da proteção dos direitos civis começaram em 1931. As conexões históricas entre intervencionismo e direitos civis são pouco investigadas, quando muito, por historiadores e cientistas políticos. A falsidade teórica da afirmação

---

64. *Board of Education vs Barnette*, 319 US 624, 639-640 (1943).

de que a liberdade diminui com o aumento da intervenção governamental é óbvia uma vez que o termo “intervenção” não indica seus propósitos nem os interesses contra os quais a intervenção é direcionada. A conexão entre as duas situações é político-histórica, reque-rendo uma análise de cada situação concreta, pois é inegável que um mínimo de intervenção – a manutenção “da lei e da ordem” – é sempre indispensável para a preservação de direitos individuais, de tal modo que a existência mesma do Estado é uma precondição para o seu exercício.

Isso, por sua vez, está intimamente conectado com a segunda implicação da fórmula da liberdade contra o governo, a saber, que o estado é o único inimigo da liberdade. Deveria ser óbvio que essa é uma argumentação falaciosa, a partir do fato de que o poder privado social pode ser até mesmo mais perigoso para a liberdade que o poder público. A intervenção do estado no que diz respeito às posições privadas de poder pode ser essencial para assegurar a liberdade.

Portanto, o conceito “jurídico” de liberdade é inadequado nos seguintes aspectos:

1. A proteção da liberdade por meio de leis gerais não leva em consideração o conteúdo das leis. A lei geral pode ser repressiva em conteúdo. O estado pode brutalizar seu direito penal e, por exemplo, ameaçar com pena de morte todos os crimes insignificantes. Nada na teoria da liberdade jurídica poderia possivelmente prevenir isso. Mesmo Rousseau, um crente fanático na generalidade da lei, foi compelido a admitir<sup>65</sup> que a lei pode criar privilégios, embora não deva concedê-los a pessoas individuais. Desse modo, não podemos deixar de repetir que a noção “jurídica” de liberdade só pode garantir um mínimo de liberdade. Este mínimo pode expressar muito ou pouco, a depender de fatores não jurídicos por natureza.

2. Mesmo dentro do escopo do conceito “jurídico” de liberdade, cláusulas de escape como a fórmula do perigo claro e presente permitem que o poder político prevaleça sobre direitos individuais. Assim, a afirmação do Ministro Frankfurter no caso *Dennis* de que “as liberdades civis retiram, no máximo, somente força limitada das garantias jurídicas”<sup>66</sup> formula adequadamente nossa posição.

---

65. Cf. ROUSSEAU, J. J. *Contrat Social*. Livro 2, cap. 6.

66. *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 555 (1951).

Em resumo, a noção “jurídica” de liberdade, baseada na fórmula filosófica de que a liberdade é a ausência de restrição, opõe a liberdade à necessidade, ambas alegadamente pertencendo a dois domínios diferentes. Não há necessidade de resumir aqui um antigo debate sobre a correlação entre liberdade e necessidade, mas parece necessário reapresentar os estágios no desenvolvimento do que chamamos de conceito cognitivo de liberdade, com o intuito de demonstrar sua relevância política.

## O elemento cognitivo na liberdade

O primeiro passo deve ser encontrado na filosofia da natureza grega, que culminou na filosofia de Epicuro. Para ele, assim como para Lucrécio, o “terror e a escuridão da mente devem ser removidos não pelos raios de sol e pelo brilho luminoso do dia, mas pela aparência e pela lei da natureza”.<sup>67</sup> O problema de ambos era libertar os homens do terror inspirado pela crença supersticiosa de que os fenômenos naturais ocorrem pela intervenção arbitrária de Deus – justamente a superstição religiosa que Platão<sup>68</sup> desejou manter e até fortalecer com o intuito de controlar as massas. Em oposição a essa visão, Epicuro ensinou que a natureza externa era governada pela necessidade, ou seja, por leis imutáveis da natureza. A compreensão dessa necessidade torna o homem livre, libertando-o do medo que o fenômeno da natureza externa instiga no ignorante. “Um homem não pode remover seu medo sobre os assuntos mais importantes se ele não conhece qual é a natureza do universo, mas simplesmente suspeita a verdade de alguma história mítica. De tal modo que sem uma ciência da natureza não é possível alcançar nossos prazeres genuínos”<sup>69</sup>; e ainda mais precisamente “a necessidade é um mal, mas não há necessidade em viver sob o controle da necessidade”<sup>70</sup>. Desde Epicuro, o desenvolvimento da ciência da natureza ocupou um lugar decisivo no desenvolvimento da liberdade do homem; não somente a compreensão da natureza exter-

---

67. LUCRÉCIO. *On the nature of things*. Londres: G. Bell & Sons. Tradução de H.A.J. Munro, 1919, livros 1 e 6.

68. PLATÃO. *Republic*. Londres: Oxford University Press. Tradução de Francis Cornford, 1945, cap. 4.

69. EPICURO. *The extant remains*. Califórnia: Hyperion Press. Tradução de Cyril Bailey, 1926, p. 97.

70. Idem, p. 107.

na libera o homem do medo, mas, novamente como indicado por Epicuro, ela permite a utilização de processos naturais para o melhoramento da vida material do homem. Esta poderosa tradição que legou Epicuro continuou até os nossos dias na filosofia de Hobbes, Spinoza, do iluminismo francês e do utilitarismo inglês.<sup>71</sup>

O segundo passo decisivo é o desenvolvimento da psicologia de Spinoza,<sup>72</sup> com sua aplicação do princípio de Epicuro do entendimento à mente humana: um homem que vive de acordo somente com os ditados da razão é um homem livre.<sup>73</sup> Para que seja possível viver de acordo com a razão, o homem deve compreender sua mente; ele deve classificar suas paixões, entendê-las e, assim, subjugar-las. Somente uma natureza escrava é governada pelas paixões. Portanto, para Spinoza, a liberdade é discernimento (*insight*) no interior da necessidade.

É nessa tradição científica que Freud se coloca. Seu entendimento do instinto da agressão e da autodestruição,<sup>74</sup> e sua análise da necessidade de identificação como o laço emocional de uma pessoa com outra,<sup>75</sup> contém sugestões que até agora foram pouco utilizadas na teoria política. A proposição fundamental que Freud compartilha com Kierkegaard<sup>76</sup> é a de que nossa existência é trespassada com a ansiedade. Ambos distinguem ansiedade ("dread" na tradução inglesa) do medo; o último se refere a algo definido, enquanto a ansiedade é um estado de existência produzido pela inocência e, portanto, pela ignorância. A ansiedade, a operação do instinto agressivo e a necessidade

---

71. Sobre a história intelectual do epicurismo, cf. GUYAU, J.M. *La morale d'Epicure et ses rapports avec les doctrines contemporaines*, Paris: Librairie Félix Alcan, 1886.

72. Cf. BIDNEY, D. *The psychology and ethics of Spinoza*. California: Russell and Russell, 1940, p. 372.

73. Cf. SPINOZA. *Ethics*, livro 5, prop. 20, 1677.

74. Cf. FREUD, S. *Civilization and its discontents*. Londres. Hogarth Press. Tradução de Joan Riviere, 1949.

75. Cf. FREUD, S. *Group psychology and the analysis of the ego*. Boston: Boston University Press. Tradução de James Strachey, 1949.

76. Cf. KIERKEGAARD, S. *The concept of dread*. Princeton: Princeton University Press. Tradução de Walter Lowrie, 1946, pp. 37-38; FREUD, S. *Hemmung, Symptom, Angst*. Internationaler Psychoanalytischer Verlag: Leipzig-Wien-Zürich, 1926.

de identificação do ser humano isolado são processos psicológicos que permitem a total aniquilação da liberdade no totalitarismo.

Ainda assim, é possível que nem o entendimento da natureza exterior nem o conhecimento da operação da mente nos habilitem a lidar com a necessidade. Não há correlação necessária entre liberdade e um estado de conhecimento avançado da natureza exterior e interior. Os arranjos sociais podem ser tais, inclusive, que a ciência natural e a psicologia se tornem servas da opressão. O que se costuma chamar de "afrouxamento moral" (*moral lag*) expressa o possível desenvolvimento dessa dicotomia.

Um terceiro passo ainda é necessário: a compreensão do processo histórico. Se nós formos acreditar em historiadores da história, foi Giambattista Vico<sup>77</sup> quem primeiro tentou uma análise científica da estrutura da liberdade política da perspectiva de uma análise histórica. O assunto de sua teoria da história é a história universal, não nacional. O processo histórico não é mais considerado teleológico, mas social. A história é o produto do homem<sup>78</sup> em um contexto cultural, a totalidade da cultura material. A história é o conflito entre o homem, a natureza e a cultura. Desde Vico, o conceito de história como história universal e o processo histórico como um desenvolvimento inteligível se tornaram as principais preocupações na análise do conceito de liberdade. Ideias semelhantes, porém mais mecânicas, foram desenvolvidas por Montesquieu,<sup>79</sup> cujos conceitos de estrutura política são relacionados aos processos históricos. Montesquieu foi o primeiro a desenvolver a noção<sup>80</sup> de que o ator no processo histórico pode produzir, por seus próprios atos, consequências que ele queria evitar. É Montesquieu que insiste na interdependência de todos os fenômenos sociais, rejeitando tentativas de isolar atributos específicos de uma estrutura social e atribuir-lhes consequências específicas.

De Vico e Montesquieu, a estrada leva a Hegel e Marx. Ambos aceitaram a fórmula de Epicuro-Spinoza de que a liberdade é um

---

77. Cf. VICO, G. *The New Science*. Ithaca: Cornell University Press. Tradução de Thomas Bergin e Harold Fisch, 1948.

78. Idem, livro 1, n° 132-143, pp. 56-57.

79. Cf. NEUMANN, F. *Introduction*, p. XXXV-XXXIX.

80. Embora, claro, Santo Agostinho tivesse uma noção similar.

discernimento (*insight*) no interior da necessidade: aquele que entende o que acontece, e por que acontece é, desse modo, livre.<sup>81</sup>

A fórmula cognitiva, entretanto, é equivocada se concebida como obediência a uma lei da história abstrata e fatalista. O processo histórico inclui a aspiração do homem de assegurar um controle mais efetivo de seu ambiente, de tal forma que o discernimento histórico é crítico e programático. A função real do elemento cognitivo é expor as possibilidades para a realização das potencialidades humanas latentes em diferentes situações sociais. Por um lado, ele nos previne de repetir fórmulas tradicionais, mas vazias. O que é progressista e tendente à liberdade hoje pode ser falso e uma barreira à liberdade amanhã. Por outro lado, o elemento cognitivo limita o radicalismo utópico. Uma vez que o que o homem pode alcançar é limitado ao seu estágio de desenvolvimento social, a realização da liberdade não está à disposição do livre arbítrio do homem. O destino de dois conceitos centrais da teoria política, soberania e propriedade, demonstrarão a importância do elemento cognitivo da liberdade.

Atualmente está em moda difamar o conceito de soberania. Hobbes, em particular, nunca foi tão popular em países anglo-americanos, e Bodin, o criador da palavra "soberania", tem sido interpretado como um liberal moderado. Alguns sustentam que a soberania é responsável por todos os males de nosso tempo presente. O nacionalismo, o imperialismo e mesmo o totalitarismo são considerados descendentes diretos da soberania, com Marsilius de Padua, Bodin, Calvino, Lutero, Hobbes e, claro, Hegel, na condição de criminosos. Não queremos levantar o problema de como uma teoria – por mais brilhante que seja – pode ser considerada responsável por desenvolvimentos políticos, mas assumiremos aqui que isto seja possível. É claro que esta visão deriva diretamente de se equiparar a liberdade com a liberdade "jurídica", isto é, a ausência de restrições. A soberania do estado significa, obviamente, que o monopólio da coerção pertence a uma instituição separada da sociedade, ainda que conectada a ela, chamada de estado. A função histórica progressista da soberania nunca foi colocada em dúvida, mesmo se há disputa sobre os limites

---

81. Para a discussão filosófica mais recente da concepção marxista, cf. WETTER, G. *Der Dialektische Materialismus*. Freiburg: Herder, 1952, pp. 403-408. O autor é católico e austríaco. O livro possui a permissão oficial para circular (*Imprimatur*).

do poder coercitivo do estado. No período do regime feudal, de exploração de camponeses e cidades por senhores feudais, de jurisdições concorrentes de monarcas, vassallos, guildas e corporações, dos poderes secular e temporal, surgiu um poder central: a monarquia. Ela destruiu as autonomias, criou (ou tentou criar) uma administração, um sistema jurídico e transformou os privilégios em igualdade de deveres, se não de direitos. Como nossa moderna sociedade comercial e industrial se desenvolveria sem esta soberania que criou extensas áreas econômicas e as integrou legal e administrativamente? Foram justamente os teóricos políticos de classe média – Bodin, Spinoza, Pufendorf e Hobbes – que insistiram nos poderes do monarca contra os privilégios e autonomias dos estados, corporações, guildas e igrejas. É possível interpretar a revolução francesa de 1789 não como uma reação ao mau uso do monarca de seus poderes absolutos, mas antes uma falha em como utilizá-los. As teorias do Marquês d'Argenson, de Abade Dubos, dos fisiocratas e particularmente de Rousseau são, na realidade, tentativas de reconstituir a unidade e a eficiência do poder central no estado, seja ele monárquico ou democrático, de tal modo que a liberdade da nação pudesse ser efetivamente realizada.

O surgimento de teorias liberais (tais como a de Locke) é compreensível e possui significado somente se o monopólio dos poderes coercitivos do estado não são mais desafiados, de tal forma que as restrições à soberania não levarão a sua desintegração. Em outro lugar, apresentei o problema da teoria política moderna nesses termos:

“O problema da filosofia política, e seu dilema, é a reconciliação da liberdade e da coerção. Com a emergência de uma economia monetária nós encontramos o estado moderno como a instituição que reivindica o monopólio do poder coercitivo com o objetivo de prover uma base segura a partir da qual o comércio e os negócios possam se desenvolver e os cidadãos possam desfrutar o benefício de seu trabalho. Mas ao criar essa instituição e reconhecer seu poder soberano, o cidadão criou um instrumento que pôde e frequentemente o privou de proteção e das vantagens de seu trabalho. Consequentemente, ao justificar o poder soberano do estado, ele busca ao mesmo tempo justificar limites ao seu poder coercitivo. A história do pensamento político moderno desde Marquível é a história desta tentativa de justificar o justo e a força, o direito e o poder. Não há teoria política que não faça as duas coisas.”<sup>82</sup>

---

82. NEUMANN, *Introduction*, p. XXXI – XXXII.



Nas relações internacionais, o conceito de soberania cumpriu funções similares.<sup>83</sup> Ao atribuir ao estado a soberania, a igualdade formal foi concedida a todos os estados e um princípio racional foi introduzido em um sistema anárquico. Como uma ideia polêmica, a soberania do estado na política internacional rejeita as reivindicações soberanas de raças e classes contra cidadãos de outros estados, limitando, assim, o poder do estado às pessoas que residem em um território específico. A noção de soberania estatal é, portanto, basicamente antiimperialista. As funções limitadora e de equalização desta doutrina aparecem mais notavelmente quando contrastadas com o imperialismo racial nazista (que rejeitou a soberania estatal pela supremacia racial) e com a doutrina da soberania do proletariado internacional, representada pela Terceira Internacional.

Portanto, no período moderno, embora a soberania aparente formalmente ser a negação do conceito "jurídico" de liberdade, ela é, na realidade, sua própria pressuposição.<sup>84</sup>

Problemas quase idênticos surgem em conexão com o conceito de propriedade –fundamental em qualquer teoria política. Há um acordo praticamente universal na teoria política sobre o significado supremo da propriedade privada. Mas por que a propriedade privada é frequentemente elevada à categoria de um direito natural? Por que ela deveria ser tratada com tal reverência, mesmo no trabalho do jovem Marx?<sup>85</sup>

Parece claro que ela é concebida, por toda a história do pensamento social e político, como um instrumento para a realização da boa (ou ao menos sustentável) vida: esta é claramente a posição de Aristóteles,<sup>86</sup> que foi levada adiante por toda a tradição medie-

---

83. Sobre isto, ver meu *Behemoth*. New York: Harper Publishers. 2ª edição, 1944, pp. 166-71.

84. Se a soberania do estado na política doméstica e internacional cumpre ou pode cumprir hoje as mesmas funções não é preocupação para este trabalho.

85. Especialmente em MARX, K. *Oekonomisch-Philosophische Manuskrifte* (1844); e *Die heilige Familie* (1844). In: \_\_\_\_\_. *Historisch-kritische Gesamtausgabe*. Vol. 3. Frankfurt a.M.: Marx-Engels-Archiv, 1932.

86. Cf. ARISTÓTELES. *Oeconomica*. Oxford: Clarendon Press. Tradução de E. Foster, 1920, p. 1343; ARISTÓTELES. *Politics*. Oxford: Oxford University Press. Tradução de Sir Ernest Barker, 1946, p. 1253 e ss.

val.<sup>87</sup> Esta é igualmente a posição de pensadores políticos mais modernos – de Bodin, Spinoza, Hobbes, Kant e Hegel, seja definindo a propriedade como direito natural ou como garantida pelo direito positivo. A natureza instrumental da propriedade é provavelmente a conexão mais forte entre essas distintas teorias políticas. É claro que a conexão entre propriedade e liberdade é afirmada de forma mais cândida na teoria de Locke, para a qual a liberdade surge como inerente a todo o conceito de propriedade. Mas a propriedade é definida ali como propriedade do trabalho e as teorias possessórias da propriedade são rejeitadas. A legitimação da propriedade depende da transformação da natureza exterior pela atividade criativa do homem, especialmente no caso da terra. É justamente essa teoria da propriedade do trabalho que demonstra seu papel instrumental. E é indiferente se Locke não derivou consequências de sua própria teoria, com a qual ele pretendia meramente legitimar a propriedade capitalista. Porém, o reconhecimento da natureza instrumental da propriedade em relação à liberdade obviamente torna necessário redefinir a sua função social em cada momento histórico e, assim, distinguir claramente entre os vários tipos de propriedade e de seus proprietários.<sup>88</sup> Se a propriedade deve servir a liberdade, e se a liberdade pertence somente ao homem, então a propriedade incorporada pelo trabalho, sendo necessária socialmente ou não, não pode se reivindicar como direito civil do mesmo nível que a liberdade da religião e das comunicações. Similarmente, os substratos do direito de propriedade – terra, bens de consumo, bens de produção – podem requerer tratamento diferenciado.

Nesse sentido, a maior parte das declarações de direitos civis continentais estabelece uma clara distinção entre propriedade e outros direitos civis, a proteção destes últimos sendo muito mais rigorosa que

---

87. Para um bom levantamento, ver JARRETT, B. *Social Theories of the Middle Ages: 1200 – 1500*. Londres: E. Benn, 1926, pp. 122-149.

88. A boa pesquisa de SCHALTTER, R. *Private Property: the History of an Idea*. Michigan: Michigan University Press, 1951, infelizmente falha nisto. Uma teoria interessante, pouco conhecida e apreciada no mundo Anglo-Americano, é aquela do depois Presidente Austríaco Karl Renner, primeiramente publicada em 1911 e traduzida como RENNEN, K. *The Institutes of Private Law and their Social Functions*. Londres: Routledge e K. Paul. Tradução de Otto Kahn-Freund, 1949.

a da primeira.<sup>89</sup> Uma consideração bem simples tornará claro o papel instrumental da propriedade: todas as constituições permitem a condenação da propriedade privada mediante uma compensação adequada. Ainda assim, nenhuma constituição civilizada poderia possivelmente permitir que o estado acabasse com a vida de uma pessoa ou com sua liberdade por razões públicas, mesmo mediante uma compensação mais do que adequada. O valor da liberdade política é absoluto; o da propriedade é meramente relativo a ele. Portanto, as tarefas da teoria política preocupada com a liberdade do homem são analisar como a propriedade cumpre sua função como instrumento efetivo da liberdade, e descobrir quais mudanças institucionais são necessárias para maximizar sua efetividade.<sup>90</sup>

---

89. Esta também era a posição do Presidente da Suprema Corte Stone. Cf. *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938). Ver também *Schneider v. State*, 308 U.S. 147, 161 (1939). Contra isto, ver especialmente o voto do Ministro Frankfurter em *Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 646 (1943) (voto dissidente).

90. É impossível definir no interior do sistema democrático instituições específicas que são potencialmente superiores a outras instituições, a despeito da velha tradição de que, no interior do sistema democrático, certos arranjos institucionais protegem melhor a liberdade: as doutrinas de governo misto, da separação de poderes e do federalismo.

Sobre o governo misto, tanto Aristóteles como Políbio (Polybius), ambos advogados da doutrina, nunca a entenderam como um mero arranjo constitucional, ou seja, uma mistura de elementos monárquicos, aristocráticos e democráticos. Eles conectaram a distribuição de poder constitucional com a distribuição de poder social. Os dois tinham objetivos sociais específicos em mente.

A doutrina da separação dos poderes de Montesquieu é igualmente conectada com a distribuição do poder social. Além disso, se observarmos a realidade política, não conseguiremos discernir um padrão coerente. O sistema inglês de democracia parlamentar, que não conhece nenhuma doutrina da separação de poderes (exceto pela incontestada e incontestável doutrina da separação e independência judicial), maximiza a liberdade política; as democracias parlamentares continentais falharam nesta tarefa; enquanto os Estados Unidos, com sua democracia presidencial, maximizaram a liberdade – pelo menos no passado. Como Bentham reconheceu em sua crítica a Montesquieu, a divisão do estado em funções legislativa, executiva e judicial, alocando-as em três órgãos constitucionais separados, pode proteger a liberdade somente se diferentes grupos sociais controlarem as três agências, sendo que a di-

Em resumo: a clara compreensão da operação da natureza exterior permite que o homem domine a natureza. Nosso conhecimento detalhado da psique do homem permite-nos entender os processos psicológicos que ativam a ansiedade a qual o priva de liberdade e tende a fazer dele um escravo de líderes autoritários e totalitários.

---

visão perde seu valor protetor se as três agências forem controladas pelo mesmo grupo social. Cf. NEUMANN, F. *Introduction*.

Há pouca conexão entre liberdade política e federalismo. Montesquieu, provavelmente seguindo a concepção platônica de que o tamanho da *Polis* é determinado pelo alcance da voz do Arauto (*Herald's voice*), acreditava que as democracias somente poderiam funcionar em pequenos territórios. Ver MONTESQUIEU. *Considerations on the causes of the grandeur and decadence of the Romans*. Califórnia: Appleton. Tradução de Jehu Baker, 1882; NEUMANN, F. *Introduction*. Mas uma vez que elas podem ser ameaçadas por perigos externos, a confederação pode fornecê-las força externa sem colocar em risco a força interna derivada de sua pequenez. MONTESQUIEU. *The spirit of the laws*, livro 9, § 2. Jefferson seguiu esta argumentação, acrescentando que uma sociedade agrária é o substrato mais estável da democracia. Cf. JEFFERSON, T. *The Commonplace Book of Thomas Jefferson*. Baltimore: The John Hopkins Press, 1926; ver GRISWOLD, A. *Farming and Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1948. Nenhuma dessas análises se sustenta após uma análise crítica. Não há relação discernível entre o tamanho do território e a liberdade política, nem entre federalismo e democracia. Inglaterra e França são democracias centralizadas; os Estados Unidos é uma democracia federalista; a Alemanha imperial e várias repúblicas latino-americanas são ou foram federalismos que serviram para fortalecer tendências autoritárias.

Essas teorias são exemplos do que costumo chamar de fetichismo constitucional, a atribuição de funções políticas para arranjos constitucionais isolados que só possuem um significado em um contexto total, cultural e especialmente social. Em resumo, as bases socioculturais de um sistema de liberdade política são muito mais importantes que suas manifestações constitucionais específicas. Isto é particularmente importante hoje porque os vários poderes que ocuparam o Extremo Oriente e a Europa tenderam a impor suas instituições políticas específicas aos países ocupados, uma vez que eles atribuíam a arranjos constitucionais explícitos efeitos políticos que eles não poderiam exercer.

O valor da democracia política como um sistema que preserva o papel do direito, levando em consideração o aumento do conhecimento, e racionalmente mudando a sociedade para mantê-la a par com o conhecimento, não deve ser desafiado; mas, no interior do sistema, não há instituições específicas que sejam *per se* mais efetivas que outras.

Nossa compreensão da situação histórica permite-nos ajustar nossa estrutura institucional ao progressivo conhecimento da natureza e do homem.

## O elemento volitivo na liberdade

A fórmula acima indica, entretanto, que nem o elemento “jurídico” nem o elemento cognitivo da liberdade são realmente exaustivos. O direito limita o poder político; o conhecimento nos mostra o caminho para a liberdade; mas o homem só pode realmente alcançar a liberdade por seus próprios esforços. Nem Deus, nem a história a garantem. É nesta compreensão que repousa a formulação teórica da democracia como um sistema político que permite a maximização da liberdade política. O elemento volitivo ou ativista é tão indispensável para a constituição da liberdade política como os elementos “jurídico” e cognitivo. Afirmamos antes que se a liberdade jurídica for considerada equivalente à liberdade política, nenhuma defesa da democracia como um sistema político no qual supostamente a liberdade política é mais bem preservada pode ser feita, e talvez até mesmo a monarquia constitucional seja uma instituição tão boa quanto – se não for melhor.

A despeito da antipatia de Aristóteles pela democracia, algum tipo de participação ativa na política é, para ele, uma pré-condição para a cidadania. Este mínimo ele definiu como uma parte das “funções deliberativa e judicial”.<sup>91</sup> Portanto, a liberdade criada pela *Polis*<sup>92</sup> só pode ser alcançada pela participação ativa em sua vida política – mesmo se, por razões de conveniência, Platão e Aristóteles neguem participação integral às massas. Em nossos termos, alguma espécie de identificação pela ação é necessária para prevenir a total alienação política do cidadão.

É evidente que isso implica um julgamento de valor que corresponde a indesejabilidade da alienação política. Este julgamento não é de modo algum compartilhado na história do pensamento político. A escola de Epicuro (Epicuro, Lucrécio, Hobbes e muitos outros) adotou o ponto de vista oposto: a indesejabilidade da parti-

---

91. ARISTÓTELES. *Politics*, ver nota 86.

92. Pressuponho que a liberdade da *Polis* é, simultaneamente, a liberdade de seus cidadãos. Sobre isto, ver FOSTER, M. *The political philosophies of Plato and Hegel*. New York: Russell e Russell, 1935.

cipação política, admitindo francamente, dessa forma, que o poder político, independentemente de sua origem e forma, é e sempre permanecerá uma força hostil ou alheia ao homem, que deve encontrar sua satisfação não em um sistema político – que prove meramente a estrutura externa de ordem – mas preferencialmente fora dele. O epicureanismo político pode inclusive ser uma atitude necessária nos períodos em que dois princípios malignos competem, e um terceiro princípio não tem a esperança de se afirmar por si mesmo.<sup>93</sup> O *homo politicus* pode então se retirar e cultivar o seu jardim ou a sua mente. Como regra, entretanto, atitudes epicureanas provavelmente serão expressões ou de covardia ou de indiferença, contribuindo diretamente com aquelas pessoas inclinadas a apropriar o poder político para seus próprios objetivos. Acredite-se ou não que o poder político seja alheio ao homem, ele determina a vida humana em extensão cada vez maior; portanto, a necessidade de participação em sua formação é imperativa mesmo para aqueles que preferem à cultura da contemplação individual.<sup>94</sup>

Depender meramente do aspecto volitivo da liberdade cria uma situação tão perigosa como a concentração exclusiva nos aspectos jurídico ou cognitivo. Definir a liberdade política simplesmente como vontade individual implica a negação de obrigações que nós temos em relação a nossos companheiros: uma pessoa não pode afirmar sua própria vontade à custa da de outra, nem realizar sua própria perfeição pela destruição alheia. A proteção de minorias e de opiniões dissidentes é eliminada se somente o elemento ativista é considerado equivalente à liberdade. A noção jurídica, portanto, não pode ser dispensada.

Caso ressaltemos a supremacia da ação política a despeito da situação histórica no interior da qual a vontade deve ser realizada, chegamos a um voluntarismo utópico (*utopian putschism*) – a visão de que o homem pode, em qualquer momento histórico, ou mesmo a despeito do momento histórico, realizar completamente sua liberdade por meio de sua ação. Bakunin, fortemente influenciado pela filosofia

---

93. Cf. o prazeroso estudo de RADIN, M. *Epicurus My Master*. Califórnia: University of North Carolina Press, 1949.

94. A extensão em que o elemento volitivo se baseia em tendências filosóficas correspondentes (culminando na filosofia de Fichte) não precisa ser discutida aqui.

de Fichte,<sup>95</sup> aderiu à ação revolucionária por si mesma; enquanto Mussolini pregou a virtude da "vida heroica" em contraste à sordidez da segurança burguesa.

Ainda assim, o elemento da ação política pelo indivíduo é tão indispensável como são os outros dois. O homem pode efetivar sua liberdade política somente por sua própria ação, ao determinar o objetivo e os métodos do poder político. Um monarca ou um ditador podem conceder-lhe liberdade – mas, da mesma forma, podem facilmente tomá-la. A história apresenta oportunidades magníficas para a realização da liberdade, mas elas podem ser desperdiçadas caso não se aja ou não se promova a ação adequada.

Nesse sentido, o sistema político democrático é o único que institucionaliza o elemento ativista da liberdade política; ele institucionaliza a oportunidade do homem de realizar sua liberdade e de se sobrepor à alienação do poder político. Todos os três elementos da noção de liberdade política são possíveis em um sistema democrático. O império do direito (configurado nos direitos civis) previne a destruição de minorias e a opressão da opinião dissidente; o mecanismo de mudança (inerente ao sistema democrático) permite que o sistema político acompanhe o processo histórico; a necessidade de autoconfiança dos cidadãos fornece o melhor seguro contra sua dominação pela ansiedade. A ação política obviamente envolve a possibilidade de uma escolha entre alternativas aproximadamente iguais. Somente com tais alternativas pode a escolha – e, portanto, a ação – ser livre. Por sua vez, é isso que constitui a conexão entre os aspectos jurídico e volitivo da liberdade. O cidadão pode escolher entre alternativas somente se ele pode escolher livremente; ou seja, somente se seus direitos pessoais e relacionais são protegidos.

A estabilidade do sistema democrático depende, então, desses três elementos: o funcionamento efetivo do império do direito; a flexibilidade de sua maquinaria política para lidar com novos problemas; e a educação de seus cidadãos.

---

95. Cf. CARR, E. *Michael Bakunin*. New York: MacMillan, 1937, particularmente nas pp. 31-32.

## A crise atual da liberdade política

Todos os três elementos da liberdade política são igualmente importantes e, portanto, nenhum deles pode ser dispensado. Todos os três estão em perigo.

Não há necessidade de comentar aqui que nenhum deles existe em sociedades totalitárias. Em estados totalitários, a relação entre indivíduo e estado é revertida. Não há mais uma presunção em favor do direito e contra a coerção; mais propriamente, há uma autorização discricionária para que os agentes do estado ajam como eles considerem adequado. O conhecimento progressivo do homem e da natureza não é utilizado para melhorar o destino da humanidade; antes, ele auxilia na manipulação da opressão. A participação ativa do cidadão na formação da vontade nacional é uma vergonha. Os elementos básicos da estrutura do totalitarismo são tão bem conhecidos que nada precisa ser acrescentado aqui. Muito mais difícil, entretanto, é a análise de nosso sistema democrático.

Na atual situação, nossa atenção está focada no elemento jurídico da liberdade – no funcionamento do império do direito, especialmente na sua relação com a liberdade pessoal.

Demos atenção ao fato de que no período moderno as sanções tradicionais do direito penal são complementadas por sanções sócio-econômicas que podem minar as garantias tradicionais. O problema surge no assim chamado Programa de Lealdade (*Loyalty Program*) e na Lei Taft-Hartley (*Taft-Hartley Act*).<sup>96</sup>

No Programa de Lealdade,<sup>97</sup> dois problemas naturalmente aparecem: a demissão de servidores civis suspeitos de deslealdade e a recusa em apontar suspeitos. Não pode haver dúvidas, é claro, de que o governo possui o direito, inclusive o dever, de dispensar empregados desleais. O maior problema é qual deve ser a extensão de proteção dos direitos do empregado: como a lealdade deve ser definida e quais procedimentos devem ser adotados para a dispensa. Como nenhuma queixa penal está envolvida, pode ser correto dizer que as cláusulas protetoras da Sexta Emenda não se aplicam; o empregado demitido não pode, portanto, aproveitar a garantia de um julgamento justo, de

---

96. Esta breve discussão não pretende analisar a legalidade de tais medidas, mas meramente sugerir sua relevância política.

97. Cf. *Executive Order* 9835, March 21, 1947, 12. Fed.Reg. 1935 (1947).



tal modo que “sem julgamento pelo júri, sem provas, e mesmo sem poder confrontar [seus] acusadores ou saber suas identidades, um cidadão dos Estados Unidos” pode ser “considerado desleal ao governo dos Estados Unidos”.<sup>98</sup> Isto certamente pode ser uma lei; poder-se-ia argumentar que nenhum “direito civil” está envolvido e que a discricionariedade das agências executivas não pode ser questionada. Também pode ser juridicamente verdadeiro que ninguém possui direito a um cargo público específico e que, portanto, a discricionariedade executiva no exercício do poder de contratação do governo não pode ser desafiada. Ainda assim, um dos princípios políticos sobre os quais a democracia se baseia é a igualdade de acesso a todos os cargos públicos. Não há dúvida de que esse princípio permite ao governo excluir pessoas desleais do emprego. Mas permanece o problema de proteger os direitos dos candidatos contra ações arbitrárias.

Do mesmo modo, também pode ser juridicamente acurado afirmar – como mantém a Suprema Corte<sup>99</sup> – que os sindicatos, por serem associações privadas, não deveriam ter acesso ao Órgão Nacional de Relações de Trabalho se seus oficiais não entregarem o depoimento jurado de “não-comunistas” (*non-communist affidavit*), requerido pelo Ato das Relações de Trabalho-Administração de 1947.<sup>100</sup>

Mas nossa análise da relação entre os três tipos de direitos civis – pessoais, societários e políticos – tentou demonstrar que mesmo a rejeição justificada de direitos societários e políticos não precisa e não deveria conduzir a restrições de direitos pessoais, que não são (e não deveriam ser) conectados a mudanças na estrutura econômica, social ou política. O requerimento de um julgamento justo é o mínimo indispensável das liberdades civis.

Este mínimo é hoje crescentemente rejeitado por sanções sócio-econômicas que não são, provavelmente, inconstitucionais. Parece que disso se segue que a concepção jurídica de liberdade não pode mais realizar adequadamente sua função. Há alguns anos, inclusive, poder-se-ia considerar adequada a clássica interpretação de que os direitos pessoais protegem a integridade física do indivíduo contra a ação arbitrária do estado. Isto não é mais possível hoje. As sanções

---

98. *Bailey v. Richardson*, 182 F.2d 46, 66 (D.C. Cir. 1950) (Edgerton, J., voto dissidente).

99. *America Communications Ass'n v. Douds*, 339, U.S. 382 (1950).

100. Ver 61 stat. 146 (1947), 29 U.S.C., § 159 (h) (Supp. 1952).

governamentais contra o *status* econômico são hoje muito mais importantes. O tamanho do funcionalismo público cresceu tremendamente e se acrescentarmos as indústrias privadas que trabalham para o governo – nas quais regras similares parecem se aplicar – devemos concluir que, em muitos casos, sanções econômicas expressam uma verdadeira sentença econômica de morte, determinada sem audiência.

Talvez piores do que a possibilidade de uma pena de morte econômica sejam as consequências sociais e psicológicas da ação governamental. O ostracismo social pode muito bem ser o resultado de uma demissão – ou a recusa à contratação – de uma pessoa por suspeita de deslealdade. Em um período de crescente conformismo político, o estigma atribuído a essas ações governamentais pode transformar o cidadão e sua família em foras-da-lei, relegados ao ostracismo pelos seus vizinhos, marginalizados inclusive por seus amigos.

Parece claro, portanto, que a noção tradicional de liberdade “jurídica” não pode mais lidar com o novo fenômeno. A “liberdade” jurídica, indispensável como ela é, garante meramente um mínimo. E esse mínimo, que já cobriu um largo aspecto de nossa liberdade, ainda que talvez somente para um estrato relativamente pequeno da população, está constantemente diminuindo.

Dificuldades parecidas existem no funcionamento de direitos civis societários tais como a liberdade de comunicação. A decisão da Suprema Corte em *Kovacs v. Cooper*<sup>101</sup>, o caso do caminhão de som, ilustra o problema. O Ministro Black, em seu voto dissidente, considerou o automóvel auto-falante o meio de comunicação do homem pequeno, permitindo a ele competir com os meios de comunicação extremamente organizados e concentrados. Mas mesmo assumindo que a opinião do Ministro Black tivesse prevalecido e a ordem local tivesse sido anulada, o uso livre e igual de direitos sociais ainda assim não seria possível. Portanto, o desequilíbrio econômico não pode ser restaurado. O problema aparece em várias formas e deu origem a formulação de um novo tipo de direito civil, os assim chamados “direitos sociais” (*social rights*) designados por vários meios – tais como a intervenção do estado em favor dos economicamente fracos, como nos vários tipos de legislação de seguridade social, ou o reconhecimento das organizações de massa pelo estado, como na legislação trabalhista – para restabelecer o equilíbrio das forças sociais ameaça-

---

101. 336 U.S. 77 (1949).

do seja pela concentração de poder de um lado ou pelo estímulo da consciência política e social de outro. É muito duvidoso se é sábio designar como direitos civis demandas positivas contra o estado – seja por seguridade social, reconhecimento de sindicatos ou mesmo planejamento. Essas demandas e outras similares contra o estado têm sua legitimação em sua utilidade social, a qual deve ser concretamente demonstrada. Direitos pessoais, societários e políticos, em contraste, constituem a essência mesma de um sistema político democrático e não precisam de demonstração a respeito de sua utilidade social. Mas a atração psicológica de doutrinas de direito natural é tal, com sua apresentação de interesses específicos como se fossem naturais, que a categoria de “direitos sociais” (*social rights*) provavelmente encontrará logo uma aceitação geral. Qualquer que seja a linguagem que escolhamos, contudo, o fato é que o exercício de direitos civis (e políticos) requer um grau adequado de igualdade no controle e no acesso aos meios de comunicação.

Esses problemas podem não parecer tão deprimentes caso se considere o poder político não como um poder alheio (como expresso na fórmula do cidadão contra o estado), mas como um poder próprio – ou seja, se o elemento volitivo ou ativista da liberdade for reconhecido como sendo de igual importância aos outros dois. Isto pode ser expresso na seguinte fórmula: não há liberdade sem atividade política. Mas é claro que não importa a forma de governo – e esta é a eterna contribuição do pensamento político individualista –, o poder político será sempre em alguma medida estranho ao homem. Portanto, as teorias de Platão e Rousseau são utopias. Ao postularem a completa identidade entre o cidadão e o sistema político, elas ignoram que as condições nas quais tal identificação poderia ser alcançada nunca se realizaram na história. As duas alternativas – a sabedoria do rei filósofo de Platão e a completa homogeneidade social e moral da sociedade de Rousseau – não são nada além do que sonhos, ainda que potentes. O legislador mais louvável é sujeito às paixões; qualquer sociedade é atravessada por antagonismos. Mesmo o sistema mais democrático necessita de salvaguardas contra o abuso de poder. Mas em sua tendência de minimizar a alienação do poder político, a democracia torna possível um balanço justo entre os interesses do indivíduo e a razão de estado.

Porém, também não há dúvida de que atualmente a alienação do cidadão em relação ao poder político democrático está crescendo – na Europa, a uma velocidade tremenda; mais lentamente, mas ainda assim

de forma discernível, nos Estados Unidos. Psicologicamente, este fato é usualmente designado como apatia. O termo é útil se não esquecermos que ele pode designar três estados mentais: o sentido literal, da atitude "Eu não me importo"; a abordagem de Epicuro, que sustenta que a vida política não é a área na qual o homem pode ou deveria tentar realizar suas potencialidades; e a total rejeição do sistema político sem a chance de efetivamente articular uma alternativa. Em graus variados, os três tipos de apatia são manipulados por demagogos e todos podem levar ao cesarismo.

O último tipo, o mais perigoso, é o resultado do mau funcionamento do estado democrático. Seus sintomas e causas têm sido analisados frequentemente: a crescente complexidade do governo; o crescimento das burocracias na vida pública e na vida privada; a concentração de poder privado social; a transformação de partidos políticos em máquinas que, por conta do alto custo da política, tendem a excluir novos participantes do mercado político.

Essas dificuldades são fortalecidas por muitas das soluções apresentadas. Dizem que a democracia é a "participação da massa na política" e que a estrutura do sistema de representação dá uma falsa impressão de participação. Alguns propõem como substituto para a democracia política a "representação ocupacional", um sistema corporativo. Mas não é necessário demonstrar aqui que as teorias corporativas de representação são meros disfarces para ditaduras.

Outros, mais modestos, pretendem transformar a democracia "política" em verdadeira democracia "econômica", ou ao menos introduzir "princípios democráticos" na organização da economia e do poder executivo. Eles ignoram o fato de a teoria da democracia ser válida somente para a organização do estado e suas subdivisões territoriais, nunca para uma função específica. Só existe uma democracia, a democracia política<sup>102</sup>, na qual os princípios da equidade podem operar. Planos para a "democracia econômica" ou a demanda dos sindicatos alemães pela co-determinação da economia podem ser úteis, mas nunca legitimadas como democráticas.

Ainda outros, preocupados com o crescimento das burocracias governamentais, desejam democratizar a administração. Isto é claramente desejável se "democratizar" expressar – como no pós-1918 na

---

102. Cf. também MACIVER, R. *The web of government*. New York: MacMillan, 1947.

Alemanha – a eliminação de elementos não democráticos ou antidemocráticos das burocracias. Caso expresse, entretanto, a reforma do ramo executivo do governo pela destruição do princípio da hierarquia ou a permissão da participação de “grupos de interesse” na elaboração das decisões administrativas, tais reformas não somente não têm nenhuma relação com a democracia, como podem até mesmo criar novas ameaças a ela. Os princípios democráticos de igualdade não podem operar em uma estrutura burocrática, na qual o peso de um escrevente deve necessariamente ser menor que o de um executivo, e no qual a responsabilidade só possui significado como aquela que parte de um nível inferior para um nível superior. As demandas por igualdade e pela responsabilidade decrescente nas burocracias tendem a destruir uma administração ordeira.

Ainda mais fatídica é a segunda alternativa: a participação de grupos de interesse na elaboração de decisões administrativas – o que os alemães chamam de autogoverno funcional, contra o autogoverno territorial. A administração do trabalho é então definida como democrática se o empregador interessado e os trabalhadores possuem uma voz no processo de deliberação, de tal forma que o estado, representado por um servidor público, aparece como um intermediário honesto entre grupos de interesse opostos. Esse é um padrão de administração amplamente compartilhado na Europa – mas extremamente perigoso.<sup>103</sup> O perigo para a democracia deste e de outros mecanismos semelhantes está no seguinte.

O acordo entre grupos de interesse opostos em problemas específicos não coincide necessariamente com o interesse nacional, pelo mero fato de haver um compromisso. Se tais acordos são alcançados em âmbitos nos quais o governo não possui jurisdição, este é, de fato, o melhor método de deliberação, pois em tal caso o governo se expressa por sua política de absentismo no sentido de que os interesses nacionais não estão envolvidos. Entretanto, se o governo admite ter jurisdição sobre determinado âmbito, sua confiança no acordo entre grupos de interesse e sua retirada para um papel de intermediário entre interesses pode ser equivalente a dar prevalência desses interesses sobre os da nação. Neste reconhecimento se encontra a grande contribuição de Rousseau: a vontade geral (o interesse nacional) não

---

103. Sobre os perigos na Alemanha entre 1919-1933, cf. o meu NEUMANN, F. *Behemoth*, pp. 400-413.

é necessariamente o resultado da adição mecânica de vontades particulares. Inclusive, tal adição pode perverter o interesse geral da comunidade caso seja elevada a um *status* político. Portanto, se a nação decidiu que determinada atividade social depende de regulação governamental, toda a responsabilidade deve permanecer sobre o governo (o ramo executivo) como o órgão de deliberação e não deve ser deslocada para grupos de interesse incorporados à maquinaria administrativa.

A incorporação de grupos de interesse no sistema administrativo pode, na verdade, ter o efeito de enfraquecer o que alguns chamam de participação da massa, mas que é mais bem designado como espontânea a decisões políticas. Isso porque, quando grupos de interesse se tornam órgãos quase públicos, parte e parcela da máquina do estado, sua independência é perdida e a responsividade espontânea enfraquecida. A organização social torna-se burocrática, estruturas quase estatais incapazes de atuar como críticas do estado.

Assim, a essência do sistema político democrático não se encontra na participação da massa nas decisões políticas, mas na produção de decisões politicamente responsivas. O único critério para medir o caráter democrático de uma administração depende da completa responsabilidade política de seu chefe administrativo, não em relação a interesses especiais, mas ao eleitorado como um todo. O modelo de uma democracia não é o construto de Rousseau de uma identidade entre governantes e governados, mas a representação de um eleitorado por representantes responsáveis. A representação não é uma atividade; o representante não é um agente, que atua em favor dos direitos e interesses de outro, mas alguém que age por direito próprio, embora em interesse de outro (o nacional). A ação política em uma democracia é a eleição livre de representantes e a preservação da responsividade espontânea às decisões dos representantes. Isto, por sua vez, requer que órgãos sociais tais como os partidos políticos e os sindicatos permaneçam livres do estado, abertos e sujeitos a pressão dos operários; e que o eleitorado, caso enfrente problemas sérios, seja capaz de espontaneamente se organizar por ele mesmo para encontrar suas soluções.

Essas são considerações simples – mas que parecem ter sido profundamente esquecidas. Muitos dos remédios sugeridos contra o absolutismo burocrático parecem na realidade fortalecer tendências antidemocráticas. Em resumo, somente em um contexto específico o

crescimento da estrutura burocrática governamental é uma ameaça à democracia.

Uma ameaça maior e mais profunda surge do crescente antagonismo entre as potencialidades de nossa situação histórica e sua efetiva utilização. O progresso tecnológico (a condição *sine qua non* do progresso cultural) é utilizado hoje amplamente para fins militares. Nenhuma ameaça ao sistema político democrático surge se os frutos do avanço tecnológico são desviados de seu uso normal por um período de tempo relativamente curto. Mas nossa experiência histórica tende a demonstrar que o adiamento de expectativas no longo prazo só é possível em um sistema completamente repressivo. É difícil ser preciso em determinar o intervalo de tempo ou a intensidade do conflito entre o potencial e o efetivo. Mas o princípio deve ser claramente notado: a democracia não é simplesmente um sistema político como qualquer outro; sua essência consiste na execução de mudanças sociais em larga escala, maximizando a liberdade do homem.

Somente dessa forma a democracia pode ser integrada; e seu elemento integrador é moral, seja ele a liberdade ou a justiça. Essa legitimação moral é talvez mais eloquentemente expressa no mito de Prometeu, que Protágoras expõe a Sócrates<sup>104</sup>: "Depois de um tempo, o desejo de auto preservação agrupou-os em cidades; mas quando eles estavam reunidos, não possuindo a arte do governo, eles rogaram o mal, um ao outro, e entraram novamente em processo de dispersão e destruição. Zeus temeu que a raça inteira fosse exterminada, e então ele enviou-lhes Hermes, sustentando a reverência e a justiça como os princípios ordenadores das cidades e os laços da amizade e da conciliação. Hermes perguntou a Zeus como ele deveria compartilhar a justiça e a reverência entre os homens: ele deveria distribuí-las como as artes são distribuídas; ou seja, em favor de alguns poucos [...] 'Para todos', disse Zeus, 'Eu gostaria que cada um deles tivesse uma parcela; porque as cidades não podem existir se somente poucos compartilhem as virtudes'".

Mas há um segundo princípio integrador de um sistema político, oposto a esse primeiro: o medo de um inimigo. O pensamento político fascista<sup>105</sup> afirma que a criação de uma comunidade nacional é

---

104. PLATÃO. *Protágoras em Dialogues*, ver nota 13.

105. Cf. SCHMITT, C. *Der Begriff des Politischen*. Munique: Duncker e Humblot, 1932.

condicionada pela existência de um inimigo a quem se deve desejar o extermínio físico. A política, portanto, denota não a construção de uma sociedade boa, mas a aniquilação de um inimigo. Qualquer elemento – religião, arte, raça, antagonismos de classe – pode ser ou se tornar político.

Se o conceito de “inimigo” e de “medo” constituem os “princípios energéticos”<sup>106</sup> da política, seja o medo produzido desde o interior ou a partir do exterior, um sistema político democrático é impossível. Montesquieu corretamente observou que o medo é o que produz e sustenta ditaduras. Se a liberdade é a ausência de restrições, as restrições a serem removidas hoje são várias; a restrição psicológica do medo é a primeira.

É a existência e a manipulação do medo que transformam o povo em uma multidão. As teorias antidemocráticas de Maistre, Bonald, Donoso Cortes, Spengler e tantos outros afirmam que a democracia deve, por sua própria lógica inerente, degenerar em um governo de massas. Tal necessidade é um mito, frequentemente promovido por aqueles que desejam demonstrar a superioridade da ditadura. Mas a transformação da democracia em ditadura parece proceder quando o sistema político descarta seu elemento liberal e tenta impor um credo sobre seus membros e condenar ao ostracismo aqueles que não o aceitam. Nas palavras de John Dewey, isso será bem sucedido se nos mantivermos no “estágio de desenvolvimento no qual um sentimento vago e misterioso de incerto terror se apodera da população.”<sup>107</sup>

*Tradução de Flávio Marques Prol*

---

106. Cf. JEFFERSON, T. *Commonplace book*, p. 259.

107. DEWEY, J. *Character and events*. New York: Holt, 1929, p. 819.