

**REPUBLICANISMO, LIBERALISMO E DIREITO<sup>1</sup>****REPUBLICANISM, LIBERALISM AND LAW****REPUBLICANISMO, LIBERALISMO Y DERECHO**Mortimer Sellers<sup>2</sup>

**Resumo:** O Republicanismo é geralmente contrastado com o Liberalismo como duas ideias centrais e opostas do pensamento jurídico e constitucional moderno. Ambas as teorias jurídico-políticas atraem novos significados, em busca de vários objetivos jurídicos e políticos. É comum que juristas distingam o Liberalismo, como aquele que considera direito como o mal necessário; e Republicanismo como sendo auto expressão cultural através do direito. Mas tal leitura é equivocada e ignora as origens históricas e o melhor uso de ambos os termos. O presente texto tem por objetivo lançar um olhar mais atento às origens e as doutrinas fundamentais do Republicanismo e do Liberalismo, revelando que os seus princípios não são necessariamente conflitantes; e que cada uma defende o direito como o instrumento necessário de justiça social.

**Palavras-chave:** Republicanismo; Liberalismo; Diferenças e Semelhanças.

**Abstract:** Republicanism is generally contrasted with Liberalism as two central and opposing ideas of modern legal and constitutional thinking. Both legal-political theories attract new meanings, in pursuit of various legal and political objectives. It is common for jurists to distinguish Liberalism, as one who considers law as the necessary evil; And Republicanism as being cultural self expression through law. But such a reading is misleading and ignores the historical origins and the best use of both terms. The present text aims to take a closer look at the fundamental origins and doctrines of Republicanism and Liberalism, revealing that its principles are not necessarily conflicting; And that each advocates law as the necessary instrument of social justice.

**Keywords:** Republicanism; Liberalism; Differences and Similarities.

---

<sup>1</sup> Esse artigo foi publicado numa versão modificada como a Parte IV de M.N.S. Sellers, *The Sacred Fire of Liberty: Republicanism, Liberalism and the Law*. Basingstoke, England and New York. Macmillan and New York University Press, 1998. Tradução autorizada pelo autor por Adwaldo Lins Peixoto Neto e Revisão Técnica por Flávio Quinaud Pedron.

<sup>2</sup> Professor da Universidade de Baltimore (EUA) e Presidente da *International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy* (IVR).

## 1. Introdução

Muitos acadêmicos recentes contrastam Republicanismo com Liberalismo como duas ideias centrais e opostas do pensamento jurídico e constitucional moderno.<sup>3</sup> Ambos termos continuam a atrair novos significados, em busca de vários objetivos jurídicos e políticos.<sup>4</sup> Recentemente, alguns juristas distinguem que Liberalismo considera direito como o mal necessário ao passo das visões republicanas da auto expressão cultural através do direito.<sup>5</sup> Isso ignora as origens históricas e o melhor uso de ambos os termos. Um olhar mais atento às origens e doutrinas fundamentais do Republicanismo e do Liberalismo revela que os seus princípios não são necessariamente conflitantes; e que cada um defende o direito como o instrumento necessário de justiça social. O Republicanismo é o pai do Liberalismo, na Europa Ocidental. Eles compartilham um compromisso fundamental com liberdade e se distinguem somente com relação à sua ambição. O Liberalismo nasceu da teoria republicana, e nunca encontrou estabilidade ou segurança sem a proteção de uma forma republicana de governo.

## 2. Republicanismo

Republicanismo significa a teria jurídica da Roma Republicana, como revivida na Itália renascentista, reafirmada na Comunidade das Nações Britânicas, concretizada na América do Norte de George Washington e

---

<sup>3</sup> E.g., Morton J. Horwitz, "Republicanism and Liberalism in American Constitutional Thought", 29 *William and Mary Law Review* 57. See also Symposium, "The Republican Civic Tradition", 97 *Yale Law Journal* 1493 (1988); Symposium, "Roads Not Taken: Undercurrents of Republican Thinking in Modern Constitutional Theory", 84 *Northwestern University Law Review* 1 (1989); and Symposium, 41 *Florida Law Review* 409 (1989).

<sup>4</sup> Para mais ver: G. Edward White, "Reflections on the 'Republican Revival': Interdisciplinary Scholarship in the Legal Academy", 6 *Yale Journal of Law and the Humanities* 1 (1994); Daniel T. Rodgers, "Republicanism: the Career of a Concept", 79, *The Journal of American History*, 11 (1992). Para uma bibliografia mais vasta sobre o Liberalismo ver John Rawls, *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993. E.g. "Symposium on Political Liberalism", 94 *Columbia Law Review* 1813 (1994); "Symposium on John Rawls' Political Liberalism", 69 *Chicago-Kent Law Review* 549 (1994).

<sup>5</sup> Horwitz, "Republicanism and Liberalism", 73.

reanimada pela Revolução Francesa.<sup>6</sup> Os autores mais importantes desta tradição incluem Políbio, Marco Túlio Cícero, Titus Livios, Nicolao Maquiavel, James Harrington, Algernon Sidney, John Adams, James Madison e Jean-Jacques Rousseau<sup>7</sup> Elementos essenciais do sistema jurídico republicano incluem (numa ordem aproximada de importância): (1) busca do bem comum, através (2) da soberania popular e (3) o Estado de Direito, sob (4) um governo heterogêneo e limitado constituído (5) com um Senado deliberativo, (6) um Executivo eleito e (7) uma assembleia popular ou uma câmara baixa representativa no Legislativo.<sup>8</sup> Isso assegura a “liberdade”, uma palavra que ingressou no vocabulário político ocidental para descrever a vida sob um governo republicano.<sup>9</sup> Liberdade republicana significa um governo em busca do bem comum, quando nenhum cidadão é sujeito à vontade irrestrita de outro.<sup>10</sup>

O significado central de um governo republicano desde Cicero é lei para a “res publica” ou o bem comum para o povo<sup>11</sup>. A soberania popular segue, porque somente o *populus* em si mesmo consistentemente busca seu próprio bem-estar. Enquanto isso, magistrados livres buscam seus próprios interesses.<sup>12</sup> O Estado de Direito limita o povo e os magistrados de favorecer interesses privados em litígios específicos.<sup>13</sup> O Senado eleito, ou a câmara alta no Legislativo, servindo por longos períodos, modera as oscilações das

<sup>6</sup> Adiante, tópico 2.

<sup>7</sup> M.N.S. Sellers, *The Sacred Fire of Liberty: Republicanism, Liberalism and the Law*. Basingstoke, England and New York. Macmillan and New York University Press, 1998.

<sup>8</sup> M.N.S. Sellers, *American Republicanism: Roman Ideology in the United States Constitution*. Basingstoke, England and New York. Macmillan and New York University Press, 1994. p. 6, 245 et passim.

<sup>9</sup> M.N.S. Sellers, *The Sacred Fire of Liberty*. Ver também Titus Livius, *Ab urbe condita*, II.1.1-2; George Washington, "The First Inaugural Speech" (April 30, 1789) na W.B. Allen (ed.), *George Washington: A Collection* (Indianapolis, 1988) p. 462.

<sup>10</sup> Ver Algernon Sidney, *Discourses Concerning Government* (London, 1698), I.5; John Adams, *A Defence of the Constitutions of Government of the United States of America* (London, 1787), I.xxvi.,123.

<sup>11</sup> Marcus Tullius Cicero, *De re publica*, I.xxv.39: "Res publica res est populi. Populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis juris consensu, et utilitatis communi sociatus."

<sup>12</sup> Marcus Tullius Cicero, *De re publica*, I.xxxi.47: "itaque nulla alia in civitate, nisi in qual populi potestas summa est, ullum domicilium libertas habet"; I.xxxiv.51: "quodsi liber populus deliget, quibus se committit, deligetque, si modus salvus esse vult, optimum quemque, certe in optimorum consiliis posita est civitatis salus . . ."

<sup>13</sup> Marcus Tullius Cicero, *De officiis*, II.xii.42.

emoções populares.<sup>14</sup> A assembleia pública controla as usurpações do Senado, e vice-versa.<sup>15</sup> Então, a estrutura republicana mista de governo equilibra os magistrados contra o Senado e o povo (ou seus representantes) a fim de preservar a liberdade de todo.<sup>16</sup> Se alguma facção isolada, incluindo a maioria do povo, tomasse o poder, liberdade seria perdida, o bem comum esquecido, e a República acabada, até que o equilíbrio fosse restaurado.<sup>17</sup>

Quando qualquer outro elemento dessa fórmula republicana de governo se perde, não há república, no sentido comum do termo, porque (acreditam os republicanos), o bem comum e a liberdade não podem ser preservados. Soberania popular sem limite é democracia simples, e não República, porque a maioria abusará das minorias desprotegidas.<sup>18</sup> O Estado de Direito pode promover a tirania dos déspotas.<sup>19</sup> Senadores e magistrados podem extrapolar sua autoridade, como foi feito pelo Longo Parlamento, por Cromwell, por César e Napoleão.<sup>20</sup> Então, embora os republicanos elogiem e requeiram a soberania popular, o Estado de Direito e o governo limitado, nenhum desses em si mesmos é completamente “republicano” sem os outros. Tudo existe para promover o bem comum, e para prevenir “corrupção” no governo das Cortes.<sup>21</sup>

### 3. Liberalismo

O “Liberalismo” em si não foi conhecido antes do século dezenove, e primeiro emergiu no despertar da revolução francesa para designar aqueles partidários da liberdade que, adaptados à monarquia constitucional, não

<sup>14</sup> Marcus Tullius Cicero, *De legibus*, III.xii.p. 27-28.

<sup>15</sup> Marcus Tullius Cicero, *De re publica*, II.xxxi. p. 53-56.

<sup>16</sup> *Ibid.*, II.xxiii.41; II.xxxiii.57.

<sup>17</sup> *Ibid.*, III.xxxii.44-xxxiii.45.

<sup>18</sup> Ver, e.g., "Publius" [James Madison], *Federalist X*.

<sup>19</sup> Adams, *Defence*, I.123.

<sup>20</sup> Adams, *Defence*, I.iv; 365-371. Cf. "Cp.o" [John Trenchard and Thomas Gordon], Letter no. 25 (April 15, 1721) in Ronald Hamowy (ed.), *Cp.o's Letters* vol. I, p. 187 (Indianapolis, 1995).

<sup>21</sup> “Corrupção” é um termo técnico no discurso republicano, derivado do vocabulário político romano, significando a ação política motivada por outra coisa que não o bem comum. Ver, e.g., Cornelius Tacitus, *Annalium ab excessu divi Augusti libri*, III. P. 27, "iamque non modo in commune sed in singulos homines Ip.ae quaestiones, et corruptissima re publica plurimae leges."

poderiam mais ser “republicanos” no sentido mais estrito do termo.<sup>22</sup> Isso requereu um novo conceito de liberdade, articulado mais influenciadamente, em 1819, por Benjamin Constant, em seu discurso distinguindo a “liberdade dos antigos” da “liberdade dos modernos”.<sup>23</sup> Constant definiu a liberdade dos antigos como a atual participação no governo, enquanto a liberdade dos modernos significou o Estado de Direito, e proteções específicas ao indivíduo, tal como a liberdade de opinião, propriedade, associação, expressão e religião<sup>24</sup> – não soberania popular, mas o “gozo pacífico” da “independência privada”.<sup>25</sup> Essa “independência individual” é (para Constant) a “primeira necessidade dos modernos” e, conseqüentemente, “ninguém jamais deve requerer deles sacrifício algum para estabelecer liberdade política”.<sup>26</sup>

Definir “Liberalismo” continua difícil, assim como qualquer termo partidário,<sup>27</sup> mas Constant não estava sozinho em considerar a liberdade individual de ação como “a verdadeira liberdade moderna”.<sup>28</sup> Essa postura pertence mais a Inglaterra do que a França, e autores ingleses logo adoraram o termo francês para descrever suas próprias tradições de governo limitado sob o Estado de Direito. John Stuart Mill explicitamente criticou o “Liberalismo europeu” como muito solícito ao poder do povo,<sup>29</sup> e pretendeu formular uma análise mais específica da propriedade das ações do governo.<sup>30</sup> Ele concluiu que “o único propósito pelo qual o poder pode ser corretamente exercido sobre

---

<sup>22</sup> Para o uso mais inicial do inglês do vocábulo “liberal” ou “liberalismo” e sua dependência do francês ver *The Oxford English Dictionary* (second edition, 1989), volume VIII, p. 882. Para o Liberalismo francês, ver Louis Girard, *Les liberaux Français: 1814-1875* (Paris, 1985).

<sup>23</sup> B. Constant, *De la liberté des anciens comparée a celle des modernes* (Paris, 1819); repr. In *Collection complète des ouvrages publiés sur le Gouvernement représentatif et la Constitution actuelle de la France, formant une espèce de Cours de politique constitutionnelle* (Paris and Rouen, 1820) vol. 4, pp. 238-274.

<sup>24</sup> Para tradução e comentários, ver Biancamaria Fontana (ed.), *Benjamin Constant: Political Writings* (Cambridge, 1988), pp. 310-311.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 316.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 321.

<sup>27</sup> Para mais tentativas de colocar o termo no contexto histórico, ver, e.g., Guido de Ruggiero (R.G. Collinwood trans.), *The History of European Liberalism* (Oxford, 1927); Richard Bellamy, *Liberalism and Modern Society: An Historical Argument* (Cambridge, 1992).

<sup>28</sup> Constant, *Political Writings*, p. 323.

<sup>29</sup> John Stuart Mill, *On Liberty* (1859) in Stefan Collini (ed.), *J.S. Mill: On Liberty and Other Writings* (Cambridge, 1989), p. 7.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p.12.

qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é para prevenir danos aos outros”,<sup>31</sup>

Quando estudiosos hoje falam em princípios jurídico “liberais”, eles geralmente pensam nessa fórmula e na tradição britânica dos direitos individuais por trás dela,<sup>32</sup> passando desde John Trenchard e Thomas Gordon<sup>33</sup> até John Locke<sup>34</sup> e Sir Edward Coke.<sup>35</sup> Mill distinguiu esse movimento em direção a “liberdades políticas” ou “direitos” a partir da similar e em grande parte malsucedida busca dos “freios constitucionais” e soberania popular.<sup>36</sup> Portanto, o Liberalismo britânico separou a liberdade dos seus fundamentos políticos. Como Constant, Mill supôs que o conteúdo da liberdade poderia ser encontrado e protegido sem uma estrutura equilibrada de governo republicano para sustentá-la.

Protoliberais ingleses sob o governo de William III ou George I compartilhavam o dilema dos liberais franceses sob o governo de Louis XVIII e Charles X. Para súditos de uma monarquia restaurada após uma revolução fracassada, o termo exato “república” cheirava à traição e à ameaça da anarquia. Amigos da liberdade esperavam por um equilíbrio legislativo e a medida de um governo misto sob a sua monarquia constitucional,<sup>37</sup> mas eles tiveram que apoiar o rei.<sup>38</sup> Assim, republicanos americanos acharam em John Locke uma boa autoridade para os “princípios”, mas não para as “formas” de governo.<sup>39</sup> Locke reconhecia o rei como a “cabeça da república”,<sup>40</sup> e usou o equivalente inglês ao “*Commonwealth*” somente no primeiro sentido “usado pelo Rei James I”.<sup>41</sup> Isso fez Locke uma boa fonte durante a fase inicial da revolução americana, quando os americanos estavam disputando com os

<sup>31</sup> Ibid., p. 13.

<sup>32</sup> Ibid., p. 75 para direitos.

<sup>33</sup> John Trenchard and Thomas Gordon, *Cp.o's Letters or Essays on Liberty, Civil and Religious, and Other Important Subjects* (1720-1723), ed. Ronald Hamowy (Indianapolis, 1995).

<sup>34</sup> John Locke, *Two Trep.ises of Government* (1690), ed. Peter Laslett (Cambridge, 1988).

<sup>35</sup> Sir Edward Coke, *Institutes of the Lawes of England* (London, 1628-1644).

<sup>36</sup> Mill, *On Liberty*, p. 6.

<sup>37</sup> *Cp.o's Letters*, No. 61 (January 13, 1721), pp. 420-426.

<sup>38</sup> *Cp.o's Letters*, the Preface, pp. 13-15.

<sup>39</sup> Benjamin Rush, "Observp.ions on the Government of Pennsylvania" (1777), in Dagobert Runes, ed., *The Selected Writings of Benjamin Rush* (New York, 1947), p. 78.

<sup>40</sup> Locke, *Two Trep.ises*, II.18.205 (p. 402).

<sup>41</sup> Ibid., II.10.133 (p. 355).

Britânicos direitos, mas não durante a última fase “republicana”, quando eles elaboraram sua constituição.<sup>42</sup> Liberais tomaram seus princípios organizacionais de liberdade da tradição republicana, mas negaram que isso dependesse de alguma forma de governo em particular.<sup>43</sup>

#### 4. Liberdade

As palavras liberdade (“*libertas*”) e república (“*res publica*”) amadureceram juntas no vocabulário político do Estado romano e nos que lhe sucederiam. Liberais separaram as duas descartando o compromisso republicano com a soberania popular e governo limitado. Mas a busca pelo bem comum e pelo Estado de Direito permaneceu, ao menos inicialmente, apoiada por uma percepção de governos devem ser regulados pelo consenso. Isso significou que o Liberalismo e o Republicanismo não eram tão diferentes, ao menos em princípio. John Locke definiu que “a liberdade do homem na sociedade” como sujeição às leis adequadamente emanadas do Legislativo (estabelecido pelo consenso) e independente de qualquer vontade privada.<sup>44</sup> O próprio Poder Legislativo deveria ser “*limitado pelo bem público*” da sociedade.<sup>45</sup> Benjamin Constant viu “liberdade” na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos da América como “o direito de se sujeitar apenas às leis” e nunca à “vontade arbitrária de um ou mais indivíduos”.<sup>46</sup>

Essas definições simplesmente repetiram os antigos conceitos republicanos de liberdade ao serviço do bem comum, sob o Estado de Direito. O vocabulário republicano distinguiu liberdade de “permissão” (*licentia*), significando o poder irrestrito de fazer o que se quer.<sup>47</sup> Locke endossou essa distinção,<sup>48</sup> e criticou o teórico monarquista Sir Robert Filmer por identificar “liberdade” como a capacidade “para todos fazerem o que quiserem, viverem como lhes agradar, e não estar limitado por nenhuma lei”. A liberdade de

<sup>42</sup> Adams, *Defence*, Letter LIV, “*Locke, Milton, Hume*” p. I. pp. 365-371.

<sup>43</sup> Locke, *Two Treatises*, p. I.10.132 (p. 354).

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. II.4.22 (p. 283).

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. II.11.135 (p. 357).

<sup>46</sup> Constant, *Political Writings*, p. 310.

<sup>47</sup> Livy, III.9.5; III.67.6.

<sup>48</sup> Locke, *Two Treatises*, II.2.6 (p. 270).

Locke exigia “a existência de uma Regra vigente para se obedecer, comum a todos na Sociedade, e feita pelo poder legislativo erigido nela”.<sup>49</sup>

Essa distinção entre “liberdade” e “permissão” torna-se difícil de se sustentar sem se recorrer à soberania popular e aos procedimentos de um governo limitado. Os primeiros compromissos liberais com o direito e com o bem comum entraram em conflito uma vez que os legisladores perderam a legitimidade dos fundamentos republicanos. Se o bem público estabelece o “compromisso extremo” com o Poder Legislativo,<sup>50</sup> então, o direito que contradiz o bem público é nulo. Os liberais precisam de uma nova técnica para distinguir os limites da legislação válida. Esta era a proposta do princípio de dano de John Stuart Mill e se tornou o dilema central dos teóricos liberais desde então. O que é liberdade, se não a simples capacidade de se fazer o que se quer?

## 5. Direitos

Os Estados Unidos da América, e sua famosa Bill of Rights,<sup>51</sup> herdou da tradição britânica o governo limitado, na qual a União se impôs aos seus estados membros depois da guerra civil americana,<sup>52</sup> e, no resto do mundo, através das Nações Unidas depois da II Guerra Mundial.<sup>53</sup> Os liberais franceses tiveram um rol de direitos similar em sua *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*,<sup>54</sup> baseada na Declaração de Direitos da Comunidade da Virgínia.<sup>55</sup> Esses documentos constituem realizações políticas centrais da tradição jurídica liberal, e fornecem uma lista provisional dos requisitos fundamentais da liberdade sob os conceitos liberais de governo.

<sup>49</sup> Ibid., II.4.22 (pp. 283-284).

<sup>50</sup> Locke, *Two Treatises*, II.11.135 (p. 357).

<sup>51</sup> Constituição dos EUA, Emendas n. I – X, ratificadas em 15 de Dez. de 1791.

<sup>52</sup> Constituição dos EUA, Emenda XIV, ratificada em 09 de Jul. de 1868.

<sup>53</sup> Declaração Universal de Direito do Homem e do Cidadão, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dez. de 1948. Ver, G.A. Res. A/RES/220 (XXI), U.N. GAOR, 3d Comm., 21st Sess., Annex, Agenda Item 62.

<sup>54</sup> *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, primeiramente adotada pela Assembleia Nacional em 26 de Ago. de 1789.

<sup>55</sup> Declaração de Direitos da Comunidade da Virgínia aprovada em 12 de Jun. de 1776. Para um paralelo entre França e Virgínia, ver: R.C. Van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law* (Cambridge, 1995).

John Stuart Mill viu um conflito implícito entre direitos e governantes popularmente eleitos.<sup>56</sup> Desde o “Liberalismo” (como tal) originado no fracasso da Revolução Francesa, sempre houve uma tendência liberal de opor direitos à participação política do povo.<sup>57</sup> Essa é a base na qual os estudiosos mais recentes tem oposto as instituições “liberal” à “republicana”.<sup>58</sup> Seus pontos de vista teriam alguma base se “Republicanism” simplesmente significasse “democracia”. Maximizar o poder da maioria implica minimizar o direito das minorias, e Mill estava certo em temer a “vontade” da nação.<sup>59</sup> Mas os republicanos igualmente condenavam a “tirania da maioria”.<sup>60</sup> A proposta da soberania popular, num governo republicano, não é sujeitar indivíduos à vontade da nação, mas para proteger todos os cidadãos da sujeição à vontade de alguém, coordenando tudo na busca do bem comum. Processos republicanos descobrirão os direitos humanos, e os republicanos diferem dos liberais no que se refere a direitos somente no seu sentido mais forte de onde os direitos se originam e como estabelecer o que eles são.<sup>61</sup>

Concepções republicanas de liberdade tratam direitos como a base do bem-estar humano, existindo para serem descobertos através de deliberações públicas e de reflexões sobre a natureza humana, a autonomia individual e a estrutura de governo adequada. A existência da “*res publica*” implica a “*res privata*”, protegida pelas leis do Estado.<sup>62</sup> Então, Cícero pensava que sem bens privados, nenhum bem público sobreviveria,<sup>63</sup> e John Adam insistiu que “*res publica*” significava “um governo no qual a propriedade do público, ou do povo, e cada um deles, estava seguro e protegido pelo direito”. Essa ideia “liberdade implícita” e que “a propriedade e liberdade de todos os homens, não somente a maioria, deveria ser protegida”.<sup>64</sup> Liberais ingleses antigos fizeram a

<sup>56</sup> Mill, *On Liberty*, p. 7.

<sup>57</sup> Constant, *Political Writings*, p. 311.

<sup>58</sup> E.G. Horwitz, "Republicanism and Liberalism" pp. 63-73; Frank Michelman, "The Supreme Court 1985 Term Foreword: Traces of Self-Government", 100 *Harvard Law Review* (1986) pp. 17-23.

<sup>59</sup> Mill, *On Liberty*, p. 7.

<sup>60</sup> Marcus Tullius Cicero, *De re publica*, III.xxxiii.45.

<sup>61</sup> Ver Susan Ford Wiltshire. *Greece, Rome, and The Bill of Rights*. Norman. University of Oklahoma Press, 1992.

<sup>62</sup> Cicero, *De officiis*, p. I.vii.21, I.xvi.51.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. III.v. 21-24.

<sup>64</sup> Adams, *Defence*, p. III.160: “For the people, or public, comprehends more than a majority, it comprehends all and every individual; and the property of every citizen is a part of a public property, as each citizen is a part of the public, people, or community.”

mesma afirmação sem nenhuma autoridade além da tradição (Coke)<sup>65</sup> ou o mítico estado de natureza (Locke)<sup>66</sup> para desenhar a linha entre as liberdades rivais dos cidadãos e estabelecer o conteúdo dos direitos naturais.<sup>67</sup>

## 6. Liberdade negativa

A história do Liberalismo, até esse século, foi a história europeia dos privilégios arrancados do poder, e a gradual compilação de listas de violações que o Estado nunca deve afligir a seus cidadãos. O Direito alimenta-se do cadáver da Filosofia, e os reformadores lutaram por garantias práticas na ausência de acordos morais. O pluralismo moral deu passagem a essas proteções mínimas na Europa, enquanto a unanimidade moral produziu o mesmo resultado nos Estados Unidos.<sup>68</sup> Isso criou gradualmente um novo e restrito conceito de liberdade, agora definido como o espaço no qual a pessoa está “permitida de fazer ou de ser o que ela quer fazer ou ser, sem interferência”.<sup>69</sup> Isaiah Berlin chamou isso de “liberdade negativa” – a liberdade de simplesmente ser deixado sozinho.<sup>70</sup> A “liberdade negativa” é maior quando o povo tem a maior proteção contra a coerção estatal ou mais quem quer que seja na sociedade – mais “direitos” contra a interferência dos outros.

Esse novo sentido da palavra “liberdade” seguiu-se naturalmente da separação do Direito e da Política em Constant. Entretanto, isso não ofereceu nenhuma fórmula óbvia para o que contaria como “coerção”, ou quem deveria ser compelido quando o desejo de um indivíduo conflitasse com o de outro. Berlin adaptou seu vocabulário a partir de Thomas Hobbes e outros oponentes da liberdade, que usaram “liberdade” para descrever o que mesmo John Locke

<sup>65</sup> Stephen D. White, *Sir Edward Coke Grievances of the Commonwealth, 1621-1628* ch. 7 (1979).

<sup>66</sup> Locke, *Two Treatises*, p. II.II.6.

<sup>67</sup> Ibid p. II.VII.87, II.XV.171. Locke encontrou o Direito Natural “na mente dos homens”, Ibid., p. II.XI.136.

<sup>68</sup> A pesar de nunca ter havido um “movimento liberal” ou “partido liberal” nos EUA p.é depois da II Grande Guerra Mundial, a proteção aos direitos individuais provinha da ideologia unificada desde o início. Ver: Louis Hartz, *The Liberal Tradition in America: An Interpretation of American Political Thought Since the Revolution* (1955), p. pp. 10-11, 47.

<sup>69</sup> Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty: An Inaugural Lecture* (Oxford,1958), p. 7.

<sup>70</sup> Ibid.

teria reconhecido como “permissão” e indesejável.<sup>71</sup> Hobbes quase sempre foi muito longe, definindo “liberty” ou “freedom”<sup>NT</sup> simplesmente como a “ausência de [...] impedimentos externos de movimento”, aplicáveis tanto para “criaturas inanimadas” como para as racionais.<sup>72</sup> Então medo e necessidade são inteiramente compatíveis com o senso de “liberdade corporal” de Hobbes, o qual terminava somente com restrições físicas, cadeias ou aprisionamento.<sup>73</sup> Hobbes especificamente reprovou o “nome enganoso” da tradicional liberdade em sua hostilidade aos “estados populares” ou propostas “Gregas e Latinas” de restringir e limitar o poder soberano e absoluto do monarca.<sup>74</sup>

Definir “liberdade” simplesmente como a ausência de restrição diminui seu valor como um ideal social. A Liberdade para de ser um *status* para ser procurada e se torna um privilégio retido, apesar de tão frequentemente garantida ou adequadamente protegida.<sup>75</sup> Jeremy Bentham condenava “liberdade” a ser oposta ao “governo”<sup>76</sup> e seu discípulo John Austin confirmou que liberdade é “completamente incompatível com o Direito, a mera ideia do que implica restrição e obrigação”.<sup>77</sup> Então “liberdade política ou civil negativa é a liberdade de obrigações legais, a qual é deixada ou garantida por um governo soberano a qualquer um dos seus próprios súditos”.<sup>78</sup> Ninguém deveria se surpreender com o desdém de John Austin por “ignorar e vociferar fanáticos que lhe atordoam com seus pórtico sobre liberdade”,<sup>79</sup> desde que Austin considerasse a liberdade “sendo conceitualmente distinto de bem-estar público, e o Estado”.<sup>80</sup>

<sup>71</sup> Locke, *Two Trep.ises*, I.IV.22.

<sup>NT</sup> *Nota do Tradutor*: No original, o autor utilizava os termos “liberty” ou “freedom”. Nesse contexto, liberty consistiria numa liberdade ampla do indivíduo de fazer ou deixar de fazer algo sem nenhum tipo de interferência estp.al, enquanto que freedom seria a liberdade do indivíduo de fazer ou não fazer algo dentro dos limites regulamentados pelo Estado. Sobre essa distinção, cf. DWORKING, Ronald, *Justice for hedgehogs* (justiça para ouriço); no Brasil, A raposa e o porco espinho – justiça e valor, publicada no Brasil pela Editora Martins Fontes.

<sup>72</sup> Thomas Hobbes, *Levip.han* (1651) p. Part II, Chapter XXI, p. 107.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. II.xxi.109.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. II.xxi.110.

<sup>75</sup> Mill, *On Liberty*, p. 104.

<sup>76</sup> Jeremy Bentham, *A Fragment of Government* (1777), J.H. Burns and H.L.A. Hart eds., Cambridge. Cambridge University Press, 1988, p. 93.

<sup>77</sup> John Austin. *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Wilfrid E. Rumble, ed., 1995, p.160.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 223.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 224.

<sup>80</sup> *Ibid.*

É claro que Berlin, Bentham, Hobbes e o resto deveriam usar palavras de qualquer jeito que eles desejassem. Talvez liberdade negativa surgisse naturalmente da teoria liberal, e liberdade, em si mesma, tenha um valor limitado dentro de alguma “espaço mínimo de liberdade pessoal”.<sup>81</sup> Mas poucos liberais realmente pensavam assim. Austin propôs uma forma de “*liberdade civil*” que serviria ao governo em seu “fomento de bem-estar comum”.<sup>82</sup> Bentham propôs “utilidade” como uma medida de nossa liberdade negativa.<sup>83</sup> Mill discutiu pelo seu princípio de dano,<sup>84</sup> e até Berlin, quem fez as ideias hobbesianas popular, deixou de lado a coragem de Hobbes, sugerindo que liberdade depende de quanto mais possibilidades são abertas, mais fácil ela é de se atingir, quão importante e quão amplamente compartilhadas elas são, e adiante.<sup>85</sup>

## 7. Liberdade positiva

Berlin distinguia sua preferida liberdade “negativa” da liberdade “positiva”. A distinção é intuitiva, embora não exatamente no sentido que Berlin costumava fazer. Se “liberdade negativa” significa não ser impedido de fazer o que se quer; “liberdade positiva” significaria poder fazer o que se quer, ou tornar-se capaz de fazer isso. Liberdade negativa é “liberdade de” restrições. Liberdade positiva é “liberdade para” realizar os objetivos de alguém.<sup>86</sup> Ao dizer que a extensão da minha liberdade negativa depende em parte de “quantas possibilidades me são abertas”,<sup>87</sup> Berlin obscureceu a diferença ligando os benefícios da liberdade positiva ao seu ideal de negativa. Mas Berlin temia restrições mais do que valorizava oportunidades. Talvez

<sup>81</sup> Berlin, *Two Concepts of Liberty*, p. 11.

<sup>82</sup> Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, p. 24.

<sup>83</sup> Bentham, *A Fragment of Government*, p. 99.

<sup>84</sup> Mill, *On Liberty*, p. 13: “The only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others.”

<sup>85</sup> Berlin, *The Concepts of Liberty*, p. 15, nota 1.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 15 nota 1: “The extent of freedom also depends on how easy or difficult each of these possibilities is to actualize; how important in my plan of life, given my character and circumstances, these possibilities are when compared with each other; how far they are closed and opened by deliberate human acts; and what value not merely the agent, but also the general sentiment of the society in which he lives, puts on the various possibilities”.

restringindo as paixões humanas, o Estado deveria manter uma nova ortodoxia, e através de um “disfarce enganoso” da liberdade impor sua própria “tirania brutal”.<sup>88</sup>

Liberdade positiva é uma ordem maior de liberdade negativa, e nem é liberdade ao certo, no sentido republicano original da palavra. Liberdade “negativa” é uma permissão contra restrições. Liberdade “positiva” é a permissão e a aptidão de realizar os desejos de alguém. Berlin sugeriu que os desejos humanos devessem frequentemente levar a imposição de alguma vontade coletiva sobre indivíduos recalcitrantes.<sup>89</sup> Entretanto, na ausência de constrição, a liberdade negativa deve ter resultados similares.<sup>90</sup> Reduzindo liberdade à positiva ou à negativa aptidão para fazer o que alguém quer, não resolve o que fazer quando pessoas desejam o conflito. Berlin critica Spinoza, Locke, Montesquieu e Kant, por acreditarem na questão de uma nação livre, “porque o interesse comum deve incluir o seu próprio”.<sup>91</sup> Em lugar disso, ele insiste, em concordar com Bentham, que “liberdade para fazer o mal” é liberdade também e merece proteção pública. “Cada lei é uma infração da liberdade”.<sup>92</sup>

O sentido de liberdade “positiva” de Berlin toma emprestado alguns conceitos da “liberdade dos antigos” de Constant, no que concerne quem determina os limites da lei,<sup>93</sup> e implica em regras democráticas.<sup>94</sup> Usar um processo de prestígio público para limitar iniciativas privadas viola o conceito de liberdade negativa de Berlin, porque isso implica em controlar o que as pessoas devem fazer, para o seu próprio bem,<sup>95</sup> e também viola o ditado de Mill que “a única liberdade que merece o nome é aquela de procurar o seu próprio bem da sua própria maneira”.<sup>96</sup>

Quando todos buscam seu próprio bem, da sua própria maneira, haverá colisões que precisam ser resolvidas. Berlin critica o conceito que a liberdade estatal deveria ser governada pelas leis que pessoas racionais

---

<sup>88</sup> Ibid., p. 16.

<sup>89</sup> Ibid., p. 17.

<sup>90</sup> Berlin admite isso. Ver Ibid., p. 19.

<sup>91</sup> Ibid., p. 32.

<sup>92</sup> Ibid., p. 33. (Citação de Jeremy Bentham.)

<sup>93</sup> Ibid., p. 7.

<sup>94</sup> Ibid., p. 14.

<sup>95</sup> Ibid., p. 17.

<sup>96</sup> Ibid., p. 11. (Citação de Mill.)

aceitariam.<sup>97</sup> Em outras palavras, ele rejeita o objetivo republicano de Cícero de construir instituições que harmonizarão os interesses dos cidadãos em busca de dar a todos uma vida digna.<sup>98</sup> Mas é difícil ver onde mais seria desenhado o limite entre os desejos dos cidadãos. Como Berlin percebeu, Spinoza sugeriu que “o sujeito de uma verdadeira comunidade não é um escravo, porque o interesse comum deve incluir o seu próprio”.<sup>99</sup> Esse não é o sentimento de um “jacobino” ou de um “comunista”, como Berlin considerava, mas o senso comum de observação que todos nós temos interesse em nos proteger uns dos outros, acabando que nenhum cidadão individual seja preferido sobre o resto.

Pretender harmonizar interesses privados para o bem comum não implica dizer que há “somente um único modo correto de vida”.<sup>100</sup> Essa é uma tarefa inevitável. A “liberdade negativa” leva a conflitos entre interesses privados. A “liberdade positiva” também o faz. Ainda que decisões devam ser feitas. Uma teoria responsável da liberdade vai explicar como fazê-las. Uma solução deve ser o despotismo dos melhores e mais sábios, como no Templo de Sarastro de Mozart.<sup>101</sup> Mas o “melhor e mais sábio” tem interesses próprios.<sup>102</sup> A fórmula republicana tem buscado sistemas de soberania popular que aproveitarão a razão de todos os cidadãos na busca de um resultado justo.

“Os pais do Liberalismo”, Mill e Constant, procuraram a maior quantidade de não interferências governamentais que seriam consistentes com os requisitos básicos da vida social.<sup>103</sup> Mas até mesmo a noção de Mill de liberdade limitada somente pelo perigo de causar danos aos outros requer uma definição de dano. A Revolução Francesa ilustra o perigo de maiorias irrestritas, mas o seu pior excesso contorna a soberania popular.<sup>104</sup> O próprio Isaiah Berlin concede que direitos políticos “positivos” devem proteger o “valor último” liberal de “liberdade – individual – ‘negativa’”.<sup>105</sup>

---

<sup>97</sup> Ibid., p. 30.

<sup>98</sup> Ver Cícero, *De officiis*, p. III.vi.26.

<sup>99</sup> Berlin, *Two Concepts of Liberty*, p. 32 (Citação de Spinoza).

<sup>100</sup> Ibid., pp. 36-37.

<sup>101</sup> Ibid., p. 39.

<sup>102</sup> Cf. “Publius” [Madison], *Federalist X*.

<sup>103</sup> Nessa visão, pelo menos de Isaiah Berlin. *Two Concepts of Liberty*, p. 46.

<sup>104</sup> Para as estruturas de governo de Berlin feitas pelo povo, citação de Mill e Constant, ver *ibid.*, p. 48.

<sup>105</sup> Ibid., p. 50.

O medo liberal da democracia deriva em grande parte da crença que “objetivos humanos são muitos, nem todos deles comensuráveis, e em perpétua rivalidade uns com os outros”.<sup>106</sup> Isso deve ser verdade, mas isso não deve regular a busca em síntese. O ideal de liberdade de se viver como se quer, e o pluralismo de valores conectados com isso, não precisam conduzir a guerra de todos contra todos. A “liberdade” para ser oprimido pelo vizinho não é liberdade nenhuma. Hobbes degradou a linguagem quando ele redefiniu “liberdade” como uma ação desimpedida. Liberais cometeram um profundo erro quando eles adoraram essa acepção.

## 8. Direito natural

O Direito estabelece o limite entre liberdade e permissão. Essa foi a visão de Cícero,<sup>107</sup> Livy,<sup>108</sup> Harrington,<sup>109</sup> Sidney,<sup>110</sup> Montesquieu,<sup>111</sup> e Adams.<sup>112</sup> Até mesmo John Locke que aceitou completamente que não pode haver nenhuma liberdade sem o Direito,<sup>113</sup> propriamente entendeu não como uma limitação, mas “o direcionamento do livre e inteligente agente ao seu próprio interesse”, que “prescreve não mais distante que o bem comum está daqueles abaixo da lei”.<sup>114</sup>

Esse conceito animando de direito antecede o Positivismo emburrado de Hobbes e John Austin, e acompanha a tradição estoica do direito natural que inspirou as teorias dos direitos naturais na Europa e América modernas<sup>115</sup>. Ele pressupõe o direito sendo “a razão reta, [...] comando honesto, e iniquidade proibida, [...] e fundada na moral eterna”.<sup>116</sup> “Direito”, nesse

<sup>106</sup> Ibid., p. 56.

<sup>107</sup> Ver Cícero, *Pro Cluentio*.

<sup>108</sup> Ver Livy, *Ab urbe condita*, p. 2.1.

<sup>109</sup> Ver James Harrington, *The Commonwealth of Oceana*, (1656), J.G.A. Pocock ed. Cambridge. Cambridge University Press, 1992, pp. 19-20.

<sup>110</sup> Ver Sidney, *Discourses Concerning Government*.

<sup>111</sup> Ver Montesquieu, *De l'esprit des lois*, pt. 2, bk. 11, ch. 3 (Geneva, 1748).

<sup>112</sup> Adams, *Defence*, p. III. 159-160.

<sup>113</sup> Locke, *Two Treatises*, p. II.VI.57.

<sup>114</sup> Ibid.

<sup>115</sup> Ver Wiltshire. *Greece, Rome and the Bill of Rights*; Benjamin Fletcher Wright, Jr., *American Interpretations of Natural Law: A Study in the History of Political Thought* (1931).

<sup>116</sup> Adams, *Defence*, p. I.282 (citação de Cicero, *Philippicae* II.28); Cicero, *De legibus*, p. II.11; III.2.

sentido, deve ser o produto da razão, o qual os governantes fazem uso através de leis justas e iguais. “A grande questão [...] é, qual combinação de poderes na sociedade, ou qual forma de governo, compelirão a formação de leis boas e iguais, uma execução imparcial, e a segurança da sua continuidade”.<sup>117</sup>

Liberais distinguiram a si mesmos dos republicanos ao se recusarem em responder essa questão. O seu clamor pelos direitos naturais contra reis e governos requer a existência de uma verdade sobre a justiça e a natureza humana. Mas a técnica liberal de acomodação com a habilidade do poder limitado liberal de questionar decisões arbitrárias. O seu triunfo, na Inglaterra, confiou na “razão” natural de que o juiz faz a lei, e a história recente, nos Estados Unidos, repete esse padrão.

## 9. Direito positivo

Juristas liberais proeminentes uma vez minimizaram a conexão entre direito e justiça ou moralidade, incluindo a função do direito como o árbitro entre liberdade e permissão. O seu comprometimento ao Estado de Direito como uma barreira contra opressão levou alguns liberais a negar a incorporação dos padrões morais no direito, temendo ambiguidade e discricionariedade administrativa indesejada.<sup>118</sup> Os utilitaristas Jeremy Bentham e John Austin buscaram estabelecer uma afiada distinção entre o direito “como ele é” e o direito “como ele deve ser”,<sup>119</sup> não obstante a tradicional visão do direito (encontrada em Blackstone) que os diplomas normativos humanos contrários à justiça são nulos e nem direito sequer.<sup>120</sup>

Os liberais autointitulados, como H.L.A. Hart, aceitaram (como ele teve que fazer) que as Cortes devem pedir para incorporar a moralidade em suas decisões, mas ainda elogiou o “Positivismo” como tendo “resgatado [...] o direito do corpo morto da moralidade”.<sup>121</sup> Apesar de liberais, como Hart, admitirem que as leis confere direitos, eles também alegam que regras podem

<sup>117</sup> Adams, *Defence*, p. III.128.

<sup>118</sup> Ver, e.g., H.L.A. Hart, “*Positivism and the Separation of Law and Morals*”, in *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983), pp. 49-87.

<sup>119</sup> Para uma discussão dos antecedentes desse ponto de vista, *ibid.*, p. 50.

<sup>120</sup> Ver *ibid.*, p. 52.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 55 (citação de Amos, *The Science of Law* 4 (5th ed. 1881), que atribui essa afirmação ao seu antecessor, Austin).

conferir direitos sem serem moralmente corretas.<sup>122</sup> Esses argumentos visavam separar a moral ou os direitos naturais do Direito, enxergando decisões ruins proferidas por juízes sobre direitos como um direito ruim, mas, apesar disso, como direito.<sup>123</sup> Políticas sociais devem influenciar juízes, mas não são elas mesmas “direito” para os positivistas, quem supõem que manter essa distinção faz o direito fácil de ser criticado e reformado.<sup>124</sup>

Restringir o conceito do que constitui uma “regra jurídica”, assim para excluir “política” ou “moralidade”, protegem a determinação do direito e um núcleo de significados dados por quais regras pode-se controlar o judiciário.<sup>125</sup> O Positivismo liberal desenvolveu-se para proteger o Estado de Direito contra a usurpação judicial e manter a convicção de que as regras têm autoridade.<sup>126</sup> Como os positivistas entendem isso, a mensagem espiritual do Liberalismo se assenta opondo leis ruins ostensivamente, não tornando as leis ruim em bom através de chicana judicial.<sup>127</sup> Recursos ou referências diretas à moralidade pelos juízes pressupõem uma grande unidade de objetivos sociais e de julgamentos maior que a que liberais esperam ou endossam.<sup>128</sup> Isso não significa que eles neguem a existência de verdades morais, mas preferem que essas verdade sejam usadas para julgar o Direito. Na teoria positivista, tais verdades não são parte do próprio direito.<sup>129</sup>

O Positivismo jurídico modificou fundamentalmente o Liberalismo em seus esforços em frear o ativismo judicial. O Liberalismo inglês começou como uma batalha pelos juízes ingleses em fazerem cumprir a justiça natural contra os reis. A Bill of Rights judicialmente interpretada constitui o primeiro grande triunfo e mais duradouro legado dos protoliberais. O Positivismo surgiu quando os liberais começaram a questionar a autoridade dos juízes, da mesma forma como eles questionaram reis e parlamentos antes. Onde os juízes uma vez “descobriam” o direito, agora os liberais desejaram que eles o seguissem, o que significa que decisões judiciais devem ser feitas para serem determinadas

---

<sup>122</sup> Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, p. 62.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 82.

a apenas fatos, o quais concernentes à intenção de autoridades que promulgaram as leis envolvidas.<sup>130</sup>

Essa aproximação levantou novos problemas para a teoria liberal. Enquanto antigos liberais colocaram sua fé em juízes, direitos e o Estado de Direito, positivistas liberais com suas “teses das fontes” enfrentaram diretamente questões sobre a legitimidade e a base da autoridade legislativa.<sup>131</sup> Tão extenso quanto “direito” significa “razão correto”, liberais endossavam o Estado de direito sem uma explicação mais profunda e evitando questionamentos de legitimidade política. Mas tão logo o direito passou a ser visto como obediência à autoridade de algumas pessoas em particular, essa autoridade precisou de justificação. O Estado de Direito deixa de ser a moral interpretativa universal e aplica somente em certas sociedades, para encontrar certos critérios determinados. Isso deixa os liberais contemporâneos incapazes de escapar às questões que seus predecessores primeiro renegaram ao Republicanismo para evitar, em particular a questão: qual sistema de legislação melhor faria o direito correto?<sup>132</sup>

Uma vez que os liberais pretenderam construir sua própria teoria de autoridade política, questões sobre verdade e solidez, que muitos liberais uma vez esperavam evitar, emergiram.<sup>133</sup> Por exemplo, democracia, durante muito tempo valorizada e desejada por muitos teóricos liberais, deve ser justificada nos termos do seu valor instrumental em realizar um governo bom.<sup>134</sup> Liberais precisam de uma teoria política própria. Se o direito não tem um valor moral inerente, e ainda os juízes devem obedecer a lei, deve haver alguém autoridade por trás da lei que traça essas amarras diretivas.

## 10. Liberalismo político

---

<sup>130</sup> Joseph Raz, “Authority, Law, and Morality”, in *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (1993), pp. 194-221.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>132</sup> E.g., Joseph Raz, “The Politics of the Rule of Law”, in *Ethics in the Public Domain*, pp. 354-362.

<sup>133</sup> Joseph Raz, “Liberalism, Scepticism, and Democracy”, in *Ethics in the Public Domain*, p. 101.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 102.

Republicanism e Liberalismo primeiro divergiram quando alguns “liberais” (outrora republicanos) aceitaram os grilhões do poder autocrático. O Liberalismo garantia o valor de ser deixado sozinho, mesmo ao preço de aceitar um déspota “esclarecido”. Essa política liberal de evitar conflito parecia recorrer a uma época quando controvérsias públicas custavam a muitos sujeitos as suas vidas. O liberalismo começou uma fuga para esfera privada e desenvolveu a expansão dessa esfera privada, incorporando mais e mais funções antes públicas. Então, o Liberalismo começou como um vó da política, adotando uma nova definição de liberdade como uma aptidão para se fazer o que se quer, da sua própria maneira. Mas essa definição tem implicações políticas, e gradualmente uma nova ciência política do Liberalismo emergiu, refletindo o novo conceito de liberdade do Liberalismo.

Clamar direitos contra autoridade implica que os direitos de alguma maneira existem independentemente de poderes que os promulguem ou os cumpram. Isso implica verdade sobre justiça. Liberais não podem sustentar visões céticas ou relativistas sem sabotar os fundamentos da sua própria filosofia. Ainda, ao mesmo tempo, eles buscaram o máximo de autonomia privada em todas as áreas, incluindo a autonomia de cometer erros sem vergonha ou críticas. Isso frequentemente significa evitar questões sobre verdade, o que implica a possibilidade de erros e o fardo de desaprovação. O Liberalismo político encara sua grande dificuldade em manter o valor da autonomia enquanto evita a implícita denegação das visões privadas que estão equivocadas.

John Rawls desenvolve o mais conhecido e persuasivo argumento recente para a teoria liberal da política.<sup>135</sup> Sua primeira solução para a dificuldade liberal sobre verdade foi garantir que a primazia do “correto” sobre o “bom”, na qual o correto consiste basicamente em regras de interação pública, e o bom consiste em julgamentos privados sobre a vida de alguém. Acordo sobre o correto evita controvérsias sobre o bom.<sup>136</sup> Mas as pessoas discordam sobre regras públicas de justiça, divididos por suas divergências religiosas, filosóficas, e doutrinas morais. Rawls aceita a maioria das

---

<sup>135</sup> John Rawls, *A Theory of Justice* (1971); *ibid.*, *Political Liberalism* (1993).

<sup>136</sup> Rawls, *A Theory of Justice*, p. 101.

discordâncias como “razoáveis” e busca construir uma similarmente “razoável” forma de política que atinge consenso evitando controvérsia.<sup>137</sup>

Esse compromisso liberal em evitar conflito difere o Liberalismo político do seu antecedente republicano em dois importantes caminhos, ambos enraizados nessa nova concepção liberal de liberdade como a aptidão para se fazer o que se quer. Primeiro, liberais contemporâneos assumem o inevitável pluralismo religioso, filosófico, e de ideias morais.<sup>138</sup> Segundo, eles evitaram todos os argumentos sobre a validade dessas doutrinas, preferindo atuar somente em áreas onde todos pudessem concordar. Políticos liberais não buscam o bem comum, mas preferem um planejamento de cooperação pública que respeite cada afiliação moral e filosófica antecedente individual.<sup>139</sup>

O Liberalismo político vê a política como o veículo através do qual indivíduos propõem e aceitam termos de cooperação justos<sup>140</sup> para progredir seus próprios fins, incluindo suas próprias concepções de bem público.<sup>141</sup> Liberalismo político não é uma técnica epistemológica, ou de alguma maneira preocupado com a verdade.<sup>142</sup> Séculos de conflito sobre crenças religiosas, filosóficas e morais criaram uma sensibilidade liberal que assume a impossibilidade prática de alcançar concordâncias políticas razoáveis e exequíveis sobre a verdade.<sup>143</sup> Liberalistas agora separam razão da verdade, usando o termo “razoável” para se referir a disposição para conviverem bem,<sup>144</sup> e suprimindo aquelas referências à “verdade” como barreiras à concordância.<sup>145</sup>

Publicistas liberais às vezes parecem simplesmente evitar a “palavra proibida”, enquanto usam em outros contextos, como se certas preposições fossem “verdadeiras”<sup>146</sup> ou “provavelmente verdadeiras”,<sup>147</sup> mas fundamentalmente o ponto de vista liberal foi mais longe, reconhecendo uma

---

<sup>137</sup> Rawls, *Political Liberalism*.

<sup>138</sup> E.g., *ibid.*, p. 36-37.

<sup>139</sup> Rawls, *A Theory of Justice*, p. 303.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>141</sup> E.g., *ibid.*, p. 36-37.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p.64.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>146</sup> *Ibid.*

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 113.

ampla variação de visões como razoáveis, mesmo quando equivocadas.<sup>148</sup> Apoiar uma concepção política como verdadeira é excludente, mesmo sectária, ao compromisso liberal, e provavelmente fomenta divisão política.<sup>149</sup>

O retorno liberal à política revela o quanto conceitos liberais sobre a natureza humana têm divergido dos seus antecedentes republicanos (e anteriormente liberais). Republicanos enxergam todos os humanos como possuidores da razão e de um certo grau de humildade, capazes de serem persuadidos por argumentos e reservados à deliberação razoável, mesmo quando não completamente convencidos.<sup>150</sup> Liberais mais antigos, como John Stuart Mill, concordaram mas temeram essa tendência natural em direção ao consenso enquanto conduz ao erro e à opressão.<sup>151</sup> Liberais contemporâneos, a maioria nos Estados Unidos, desenvolveram uma nova visão de cidadãos como inevitavelmente e irremediavelmente divididos por conflitos e por incomensuráveis opiniões acerca da verdade e da moralidade.<sup>152</sup>

Liberais consideram a dor física oriunda de estar errado muito grande para permitir políticas que prefiram doutrinas acima de outras que são amplamente acreditáveis.<sup>153</sup> A busca liberal pelo consenso político depende de evitar controvérsias, enquanto os republicanos abraçam essa postura. Um liberal razoável respeita visões erradas. Um republicano razoável está aberto à persuasão de que sua própria visão pode estar equivocada. Liberais querem aplicar seus próprios princípios de aceitação desprovido de senso crítico à filosofia em si.<sup>154</sup> Republicanos toleram pontos de vista equivocados, mas encorajam a busca pela verdade quando a verdade afeta o bem-estar comum da sociedade.

O conceito liberal de pessoa como indivíduos auto direcionados requer um novo conceito de sociedade política, o qual proíba a criação de comunidade através da política.<sup>155</sup> Desde que o Liberalismo político evita questões divisas, o que deve ameaçar política, o que pode ameaçar harmonia social,<sup>156</sup> liberais

---

<sup>148</sup> Ibid., p. 127.

<sup>149</sup> Ibid., p. 129.

<sup>150</sup> Ver supra, tópico 5.

<sup>151</sup> E.g., Mill, *On Liberty*, p. 8-9.

<sup>152</sup> E.g., Rawls, *Political Liberalism*, p. 133.

<sup>153</sup> Ibid., p. 138.

<sup>154</sup> Ibid., p. 152.

<sup>155</sup> E.g., *ibid.*, p. 146 n.13.

<sup>156</sup> Ibid., p. 157.

políticos devem manter o escopo de discussão política tão estreita quanto possível.<sup>157</sup> Um “solo comum”, entretanto, substitui o bem comum como a base da cooperação social.<sup>158</sup>

Isso não é dizer que o Liberalismo político rejeita o ideal de cooperação social. Do contrário, é somente buscando uma base para tal cooperação que o Liberalismo se torna político em primeiro lugar.<sup>159</sup> Liberalismo contemporâneo também abandonou largamente o medo da democracia que separou Liberalismo do Republicanismo no início do século XIX, e liberais agora usualmente encorajam a participação política difundida de um corpo cidadão vigoroso e informado.<sup>160</sup> Mas liberais rejeitaram a ideia que cooperação social e projetos comuns providenciem algum elemento essencial no bem-estar humano,<sup>161</sup> ou que cidadãos possam concordar sobre questões de importância fundamental.

## 11. Razão pública

O retorno liberal à política revive a área da razão pública que caracterizou o discurso legal republicano. A habilidade estatal republicana fez verdade sobre justiça e bem comum à medida que a validade legal, como verificada através de mecanismos equilibrados de soberania popular e debate público. Liberais contemporâneos agora geralmente aceitam democracia sem discussão, e com isso o conceito de razão pública, avançado em busca do interesse público.<sup>162</sup> Mas liberais ainda tendem a limitar a área na qual razões públicas devem ser avançadas, restringindo a sua província a “essência constitucional da sociedade”.<sup>163</sup>

Limites políticos liberais aceitam o debate público como uma variação muito estreita de razões públicas, excluindo recursos a verdades controversas que nem todos os cidadãos ainda aceitam.<sup>164</sup> Liberais argumentam que a

---

<sup>157</sup> Ibid., p. 180.

<sup>158</sup> Ibid., p. 194.

<sup>159</sup> Ibid., p. 201.

<sup>160</sup> Ibid., p. 205.

<sup>161</sup> Ibid., p. 206.

<sup>162</sup> Ibid., p. 213.

<sup>163</sup> Ibid., p. 214.

<sup>164</sup> Ibid., p. 216.

variedade filosófica e moral são atributos permanentes da cultura pública que executam o exercício do poder político a menos que a todos os cidadãos devessem razoavelmente ser esperado o apoio à intervenção proposta à luz das suas próprias crenças e ideais constitucionais. Esse princípio liberal de legitimidade política<sup>165</sup> requer que os cidadãos que governem a si mesmos de maneira que cada um pense o que os outros razoavelmente possam esperar como aceito.<sup>166</sup> Isso repete a velha fórmula republicana, modificada somente pelo novo senso liberal de debate “razoável”. Liberais proibiriam interesse à toda verdade de uma questão, mesmo quando isso pode ser prontamente disponível.<sup>167</sup>

Essa visão liberal mais sofisticada rejeita a doutrina questionável que pessoas deveriam simplesmente voltar as suas preferências e aos interesses privados. Mas isso também rejeita o compromisso republicano em votar o que é correto e verdadeiro ou justo e bom. Em vez disso, liberais restringiriam razão pública àqueles fundamentos constitucionais que outros “razoavelmente” aceitariam.<sup>168</sup> A famosa teoria liberal da justiça de Rawls sugeria que tais fundamentos serão melhores encontrados imaginando-se alguém numa “posição original”<sup>169</sup> na qual ninguém sabe qual filosofia ou posição na sociedade cada um vai estar no mundo real.<sup>170</sup>

Liberais americanos frequentemente tomam a Suprema Corte dos Estados Unidos como seu exemplar central de razões públicas de uma democracia.<sup>171</sup> Se a Constituição dos Estados Unidos é “em princípio expressão no direito maior do ideal político do povo para se autogovernar de uma certa maneira”,<sup>172</sup> então, a Suprema Corte deve tomar a responsabilidade por fazer a Constituição justa. Liberais verificam que a estrutura de constituições certas e justas e leis básicas apenas olhando diretamente ao mais razoável conceito político de justiça e não do resultado de nenhum processo político atual.<sup>173</sup> Aplicando sua própria razão pública, a Corte previne facções privadas no

---

<sup>165</sup> Ibid., p. 217.

<sup>166</sup> Ibid., p. 218.

<sup>167</sup> Ibid.

<sup>168</sup> Ibid., p. 219.

<sup>169</sup> Ibid., p. 227.

<sup>170</sup> Ibid., p. 222-228.

<sup>171</sup> Ibid., p. 230.

<sup>172</sup> Ibid., p. 232.

<sup>173</sup> Ibid., p. 233.

legislativo de conduzir o governo nos seus próprios interesses.<sup>174</sup> Mais uma vez, o Liberalismo deve retornar ao critério republicano que permanece atrás disso para determinar o que a Constituição significa e como ela deve ser interpretada.

## 12. O Republican Revival

A assunção crucial do Liberalismo, como entendido pelos seus modernos defensores, é que cidadãos nunca irão abdicar seus diferentes e permanentemente incomensuráveis conceitos do bom.<sup>175</sup> A denegação de argumentos razoáveis como uma fonte de consenso<sup>176</sup> provocou um estilo próprio de “renascimento republicano”, que reafirma o valor da razão na política.<sup>177</sup> De acordo com esse argumento, muitas cláusulas da Constituição dos Estados Unidos existem largamente para prevenir interesses privados de exercer influência na política pública.<sup>178</sup> As raízes republicanas da Constituição dos Estados Unidos parecem oferecer a base para transcender a diversidade social na busca do bem comum, desenvolvida através do processo pública de autodeterminação coletiva.<sup>179</sup>

Esse conceito de imparcialidade republicada entre advogados descansa largamente nos escritos de J.G.A. Pocock e Gordon Wood.<sup>180</sup> Isso reflete no *ethos* da “virtude cívica” entre certas críticas recentes do pluralismo que permanecem ao lado da tradição republicana, entretanto, de certa forma fora disso.<sup>181</sup> Proponentes do “Republicanismo cívico” constitucional criticaram o pluralismo como um convite aos grupos de interesses políticos e ao exercício do poder político cru.<sup>182</sup> Tratar o processo político como apenas outra forma

---

<sup>174</sup> Ibid.

<sup>175</sup> Ibid., p. 303.

<sup>176</sup> Ibid., p. 338-339.

<sup>177</sup> Para uma discussão e uma bibliografia sobre “republican revival”, ver G. Edward White, “Reflections on the ‘Republican Revival’ Interdisciplinary Scholarship in the Legal Academy”, 6 *Yale Law Journal & Humanities*, p. 1-35 (1994).

<sup>178</sup> Cass R. Sunstein, “Naked Preferences and the Constitution”, 84, p. 1689, 1689-1732 (1984).

<sup>179</sup> Ibid., p. 1691.

<sup>180</sup> Ibid., p. 1691 nn.12-13.

<sup>181</sup> E.g., Jürgen Habermas, *Legitimation Crisis* (1975); Alasdair Macintyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory* (1981); Roberto Mangabeira Unger, *Knowledge and Politics* (1975).

<sup>182</sup> Sunstein, “Naked Preferences”, p. 1692.

de mercado ofende os estudiosos legais neorrepublicanos, os quais convidaram as Cortes para prevenir que “preferências vazias” capturem o processo político.<sup>183</sup>

Cass Sustain e Frank Michelman tiveram um grande papel em trazer a palavra “republicano” novamente para o discurso constitucional americano. Ambos viram o Republicanismo como um veículo para dar suporte à intervenção judicial contra falhas políticas ou legislativas no processo decisório. Sustain encorajou as Cortes a desaprovar legislação que não serve valores públicos.<sup>184</sup> Juízes deveriam “garantir que as decisões do governo sejam produto não do interesse privado preexistente, mas da vasta e aberta deliberação pública”.<sup>185</sup> Michelman sugere que a Suprema Corte dos Estados Unidos deve constituir sua própria (como ele chama isso) “Paidéia”, decidindo casos em apoio à herança cultural comum,<sup>186</sup> preferindo isso ao direito positivo ou precedente.<sup>187</sup> Tais decisões são “republicanas” na visão de Michelman, na extensão em que elas dizem respeito como “virtude cívica” e o “bem geral”.<sup>188</sup>

Proponentes do renascimento republicano apresentam seu vocabulário republicano como uma “doutrina divergente” que providencia uma “contra ideologia”<sup>189</sup> à tradicionais ideias do tradicional Liberalismo constitucional.<sup>190</sup> É verdade que ampliar que o compromisso republicano ao bem comum contradiz a nova concepção de liberdade do liberalismo moderno como a liberdade de se fazer o que se quer. Mas a dependência neorrepublicana do judiciário reflete atentamente a tradição liberal. Mesmo o novo estilo de desafio republicado do pluralismo de grupos de interesses<sup>191</sup> simplesmente repete a reação original do Liberalismo contra a tirania democrática.

O Republicanismo tradicional supõe que uma deliberação pública cuidadosamente estruturada revelaria (ou ao menos chegaria mais perto do que qualquer outro processo revelador) a verdade sobre as questões de

---

<sup>183</sup> Ibid., p. 1693.

<sup>184</sup> Ibid., p. 1695-1696.

<sup>185</sup> Ibid., p. 1731.

<sup>186</sup> Michelman, “*Traces of Self-Government*”, p. 13, n.44.

<sup>187</sup> Ibid., p. 16-17.

<sup>188</sup> Ibid., p. 18 (Citação de Geoffrey R. Stone *et al.*, *Constitutional Law* (1986)).

<sup>189</sup> Ibid., p. 17-18.

<sup>190</sup> Ver também Stone, *et al.*, *Constitutional Law*, p. 5.

<sup>191</sup> Ver Michelman, “*Traces of Self-Government*”, p. 21.

importância pública.<sup>192</sup> Sem considerar às sensibilidades individualistas modernas, republicanos contemporâneos procuraram reter procedimentos republicanos de justificação normativa, enquanto descamavam suas bases objetivistas.<sup>193</sup> Por exemplo, Frank Michelman concede a premissa republicana de soberania popular ou “governo-próprio”<sup>194</sup> e endossa a possibilidade de se alcançar acordos através do diálogo ou do “discurso”,<sup>195</sup> mas apresentar ambas técnicas contingentes como “antissociais” e sociáveis.<sup>196</sup> Ele substituiu deliberações republicanas de pessoas a Cortes, onde deliberações face-a-face tomam lugares mais facilmente.

Direitos legais, acima ou além da política, não dão muito trabalho aos neorepublicanos.<sup>197</sup> É claro que eles apoiam a lei e os direitos como parte inevitável do discurso legal americano contemporâneo, mas esses “momentos objetivistas” refletem um mais profundo e “inclusivo” diálogo de reconciliação social.<sup>198</sup> Então, neorepublicanos seguem uma “tradição profunda” ou “primeiro princípio” da “liberdade positiva”, percebido como “governo próprio” através da política.<sup>199</sup> Essa necessidade não é um autogoverno real ou política real, as quase se sujeita aos próprios interesses, mas preferem, como Michelman sugere, a “representação virtual”<sup>200</sup> de juízes virtuosos deliberando em nome do povo, porque o povo não pode ele mesmo deliberar apropriadamente.<sup>201</sup>

Os novos republicanos partem da tradição em suas tendências para tratar o “autogoverno” como um fim em si mesmo,<sup>202</sup> adotando a concepção de liberdade criticada por Constant como a “liberdade antiga”.<sup>203</sup> Essa necessidade não significa votar, contudo, como na democracia Grega, mas preferir “diálogo” como praticado pelos juízes e “aula raciocinada”.<sup>204</sup>

<sup>192</sup> Cf. Cass Sunstein, “Interest Groups in American Public Law”, 38 *Stanford Law Review*, p. 29, 32-33 (1985).

<sup>193</sup> Michelman, “*Traces of Self-Government*”, p. 23.

<sup>194</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 42-43.

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 64, 73.

<sup>202</sup> E.g. *ibid.*, p. 73.

<sup>203</sup> Constant, *De la liberté des anciens comparée a celle des modernes* (Paris, 1819).

<sup>204</sup> Michelman, “*Traces of Self-Government*”, p. 73-74.

Neorrepblicanos veem liberdade como “situar a auto direção socialmente”.<sup>205</sup> Isso não é nem liberal nem republicano, no sentido tradicional, mas representa um novo conceito de “liberdade” como solidariedade social.

De acordo com essa teoria, Ministros da Suprema Corte não devem deferência a nenhuma outra autoridade a não ser a eles mesmos, mas eles devem uns aos outros o dever do diálogo em nome do povo.<sup>206</sup>

Teorias neorreplicanas constituem menos de um desafio que um suplemento para o constitucionalismo neoliberal moderno.<sup>207</sup> O que os republicanos contemporâneos desafiam é a tendência “pluralista” de alguns liberais em negar a possibilidade da persuasão moral.<sup>208</sup> Onde o Liberalismo político descansou na percepção de que o povo nunca concordará sobre questões públicas fundamentais, liberais “republicanos” esperam tomar todas as perspectivas em conta para construir um consenso social.<sup>209</sup> Reconhecendo uma “pluralidade indissolúvel de perspectivas”, republicanos ainda esperam construir um bem comum através do qual cada cidadão deve manter sua igualdade.<sup>210</sup>

Cass Sustein, um dos primeiros teóricos desse renascimento quase “republicano”, rapidamente sustentou como “liberal Republicanismo” como a sua escolha de programa para o futuro.<sup>211</sup> Isso representa a culminação natural do giro do Liberalismo moderno para a política democrática. Sustein apresenta seus princípios republicanos como importantes métodos liberais de controlar e de limitar o poder governamental,<sup>212</sup> explicando a maioria dos direitos como também as precondições do resultado de um processo deliberativo não distorcido.<sup>213</sup> O “Republicanismo liberal” de Sunstein entende que a esfera privada será constituída por decisões públicas, mas trata essa compreensão

---

<sup>205</sup> Ibid., p.75.

<sup>206</sup> Ibid., p. 76-77.

<sup>207</sup> Frank Michelman, “Law’s Republic”, 97 *Yale Law Journal*, p. 1493, 1496. (1988).

<sup>208</sup> Ibid., p. 1507.

<sup>209</sup> Ibid., p.1511.

<sup>210</sup> Ibid., p. 1526.

<sup>211</sup> Cass R. Sunstein, “Beyond the Republican Revival”, 97 *Yale Law Journal*, p. 1539, 1541 (1988).

<sup>212</sup> Ibid.

<sup>213</sup> Ibid., p. 1551.

previsível como uma razão para a preservação, não a obliteração, das constrações liberais no governo.<sup>214</sup>

“Republicanos liberais” mantem a velha convicção republicana que às vezes escolhe o que deve ser fetos entre as concepções concernentes da boa vida.<sup>215</sup> Republicanos reconhecem que algumas perspectivas são melhores do que outras.<sup>216</sup> Então também, no final, devem ser liberais, se eles estão a estabelecer direitos universais e padrões para prevenir danos aos outros. O renascimento republicano primeiro se desenvolveu nas escolas de Direito americanas para viabilizar uma racionalização do ativismo judicial depois da reeleição do presidente Reagan em 1984. Mas a compreensão fundamental republicana é de que neorrepblicanos aceitaram permanece convincente e efetiva: que pessoas podem concordar sobre direito e justiça se elas pretendem deliberar num espírito de humildade e compartilhar compromisso com o bem comum.

### 13. Republicanismo, Liberalismo e o Direito

Ambos, republicanos e liberais, buscam liberdade através da proteção do direito. Leis republicanas surgem de volta através de servir o bem comum, descobertas pela soberania popular sob uma constituição mista e equilibrada. Liberais primeiro diferiram de republicanos em seu desprezo pelas fontes do Direito, tão grande quanto cidadãos eram deixados à sós. Isso levou eventualmente a novas concepções de liberdade, primeiro como liberdade do governo, depois como a aptidão para fazer o que se quer fazer. Repetir essa breve história revela a razão porque os republicanos e os liberais divergiam, mas também porque eles chegaram conjuntamente novamente em direção à virada do século XIX.

A aptidão de se fazer o que se quer precisa de alguma restrição. Aqueles que seguiram Hobbes em enxergar liberdade como a completa ausência de restrição ainda precisam explicar quando a “liberdade” desimpedida deve existir e quando ela deve ser suprimida. Minha “liberdade” (nesse sentido) de machucar ou infringir sua liberdade não será ferida. Liberais devem oferecer

<sup>214</sup> Ibid., p. 1569.

<sup>215</sup> Ibid., p.1570.

<sup>216</sup> Ibid., p.1574.

regulas para quando a “liberdade” Hobbesiana deve ser respeitada e quando não deve.

Na era dos reis e dos déspotas, liberais evitaram o nome “republicano” e o choro da soberania popular por medo das consequências. Liberais temiam o poder pública e a aptidão da maioria de depor e degradar seus próximos, como aconteceu durante as revoluções francesa e inglesa. Então liberais antigos apoiaram o Direito como a linha apropriada entre liberdade e permissão, e levou juízes e a tradição do *common law* como a melhor fonte de autoridade, preferida a qualquer processo deliberativo público.

A técnica liberal de evitar questões controversias cresceu com as guerras religiosas na Europa. Proponentes da liberdade na política acharam isso fácil de propagar suas posições quando eles exibiram flexibilidade sobre religião. Similarmente, advogados da liberdade religiosa e outras liberdades encontraram suas vidas mais fáceis quando eles não tomaram posições políticas. Afiliações religiosas desenvolveram um significado étnico ou tribal e muitas pessoas acharam isso fácil de ser razoável na prática quando eles desconsideraram ou deixaram de lado a religião. Doutrinas religiosas frequentemente permaneceram como totens, símbolos de afiliação, mas não crenças reais. Onde isso se tornou verdade, a tolerância se tornou melhor, e a religião perdeu seu significado político.

Esse é o modelo que os liberais aplicam quando eles falam em “diferentes e irreconciliáveis concepções de bom”.<sup>217</sup> A implicação é que o povo, deixado a pensar livremente, desenvolverá opiniões que eles absolutamente recusariam discutir, e as quais somente podem ser modificadas “pelo autocrático uso do poder do Estado”.<sup>218</sup> Tais opiniões existem, mas elas usualmente refletem as tradições nas quais nós somos criados.<sup>219</sup> Liberais promovem tolerância e a acomodação de diferenças “razoáveis”. Entretanto, diferenças mais intratáveis não são “razoáveis”, as quais são precisamente o que faz delas tão difíceis de reconciliar.

Para a extensão que republicanos e liberais necessariamente discordam, é o fim desse ponto da natureza humana. Como o povo pode criar uma sociedade digna em face do próprio-interesse natural, facções, percepções

<sup>217</sup> Rawls, *Political Liberalism*, p. 303.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 304.

<sup>219</sup> Rawls admite isso. *Ibid.*, p. 314.

equivocadas, teimosia e ignorância? Liberais antigos queriam todos mais livres possível para perseguir seus projetos pessoais. Mais tarde, liberais queriam todos apoiados o máximo possível para realizar os projetos pessoais. Liberais recentes até admitem o valor de certos projetos públicos, mas todos os liberais procuraram evitar que a busca pública pela verdade sobre questões contenciosas. Os liberais acreditam que o povo cooperará melhor evitando questões de fundamento. Republicanos pensam que o povo cooperará melhor quando convocados a atuar juntos, em busca do bem comum.

Essa diferença entre republicanos e liberais aparece claramente na ideia de “posição original” de Rawls, na qual ninguém sabe sua posição na sociedade ou crenças morais ou filosóficas.<sup>220</sup> Liberais supõem que nessa posição o povo escolheria um conceito de justiça que respeito às crenças de todos igualmente, embora de maneira errônea.<sup>221</sup> Republicanos sugerem que não conhecer qual crença cada um sustenta, o povo na posição original preferiria a correta ou crenças úteis poderiam predominar, e selecionariam um sistema de justiça que favoreça verdade sobre falsidade, pela promoção da deliberação racional.

O problema, é claro, em dizer que a verdade deve prevalecer é que líderes mal informados ou com interesses próprios frequentemente impuseram erro e opressão sob a bandeira de verdade e justiça. Esse é a razão pela qual a doutrina republicana sempre especificou as estruturas políticas mais plausíveis para servir a justiça e o bem comum. Não pode haver república sob um rei ou sem um governo limitado e uma seção democrática na constituição. Liberais antigos quem alijaram a forma republicana de governo foram deixados a fazer declarações desamparadas sobre direitos, com seus

Governantes incontrolados e inconferidos às vezes endossaram (talvez em face da revolução), mas nunca respeitados.

A proposta liberal do máximo de autonomia, limitada somente pelo dano a outros, rapidamente encontrou duas grandes dificuldades: primeiro, a questão do que constitui um “dano”, e segundo, o problema de bem comum ou público. Sob a teoria liberal, “dano” define os limites de autonomia e do apropriado interior do direito e da política. Danos são conhecíveis como danos

---

<sup>220</sup> Ibid., p. 22-28.

<sup>221</sup> Ibid., p. 310-311.

sob a teoria liberal da justiça? Se eles são, então o Liberalismo simplesmente repete a fórmula republicana sem o suporte de uma forma republicana de governo. Essa parece ser a posição dos liberais antigos, como Locke na Inglaterra e Constant na França. Se não, então um aspecto muito importante do bem-estar humano foi ignorado, corrompendo toda a teoria.

John Stuart Mill e seus seguidores tomaram uma posição um tanto quanto diferente, receando solidariedade social como uma fonte de opressão. Infelizmente muitos liberais modernos, esses homens ingleses (mercidamente) viram sociedades livres estáveis tendendo em direção ao consenso. A dificuldade para o governo nessas situações é nutrir e proteger expressões privadas de autonomia contra a esmagadora opinião pública. Sociedades estáveis desenvolveram práticas e tradições que sobrevivem suas utilidades. Mill acreditava que dissensões deveriam ser encorajadas a fim de prevenir monopólios distorcidos no mercado das ideias.

O conceito de Mill do mercado das ideias reintroduziu o elemento social que foi central à tradição republicana mais antiga. Ideias são encontradas, desenvolvidas e refinadas através da interação social. Isso força os liberais a desenvolver teorias da deliberação pública. Que estruturas de lei e sociedade fornecerão aos indivíduos com a maior ou melhor suprimimento de ideias? Se a liberdade liberal significa em parte “o direito de se sujeitar apenas às leis”, quais leis melhor sustentarão a autonomia individual e o debate público útil? Liberais precisam da teoria da legislação para dar sustentação às várias leis e direitos que eles livremente (e variadamente) propuseram e sustentaram.

Para liberais, assim como para republicanos, as leis deveriam desenhar a linha além da qual os servidores públicos devem deixar a autonomia privada intacta. Encontrar e aplicar tais leis igualmente a todos os cidadãos, independente de proeminência ou posição, constitui a responsabilidade central do Estado. Recentemente alguns liberais adotaram a concepção de liberdade de Sir Robert Filmer como a aptidão “para fazer o que se inclina”,<sup>222</sup> mas essas novas semânticas não obviam a necessidade de se desenhar limites dessa “liberdade” individual ou “permissão” privada (para usar o vocabulário de John Locke). O *Bill of Rights* positivo detalha proteções em face do Estado,

---

<sup>222</sup> Locke, *Two Treatises*, p. II.iv.22.

mas não usualmente para um cidadão contra o outro. Em qualquer caso, a lista proposta precisa de alguma base para sua autoridade. Qual lista deve ser aplicada?

Verificar direitos tem pouca importância numa era quando todos os direitos dependem da benevolência dos déspotas. Alguns aceitaram os direitos que foram garantidos e procuraram vincular os monarcas às suas palavras. Esse arranjo tático abriu caminho como outras possibilidades de se buscar do direito emergido para desafiar a soberania hereditária. Quanto melhor o legislador, melhor o império da lei. Locke e outros propuseram “consenso” como um meio de validade legal. Mas de quem seria o consenso e a que se propõe? O Liberalismo sempre temeu a tirania da maioria muito e talvez até mais do que a tirania do rei. Então, como os autocratas se fragilizaram, os liberais voltaram às questões políticas que sua doutrina primeiro buscou evitar, e acima de todas a questão de legitimação de autoridade e fontes apropriadas do direito.

Republicanismo é o pai do Liberalismo em dois sentidos: primeiro, porque o Liberalismo surgiu do Republicanismo, quando os republicanos perderam sua determinação após a revolução francesa; segundo, porque somente o Republicanismo pode justificar direitos liberais específicos e estabelecer seus limites através da lei. O direito positivo precisa de uma fonte moral de autoridade, a qual os republicanos forneceram em seu compromisso com o bem comum, e a técnica de legislação, a qual os republicanos ofereceram em sua democracia mista e equilibrada. O incompleto e meio-entendido “renascimento republicano” nas escolas de direito americanas reflete a insatisfação dos liberais contemporâneos com a ausência de fundamentos morais e sendo de propósito comum na técnica de decisão do judiciário contemporâneo. Liberais precisam de teorias da justiça e política para sustentar seu compromisso com a lei.

Talvez ainda haja algum lugar para a distinção entre liberais e republicanos na teoria legal contemporânea, ou ao menos para um grupo de “liberais republicanos” com o consenso republicano mais amplo. Se há alguma diferença, essa se concentra nisso: liberais republicanos buscam fazer política e decisões judiciais em caminhos que evitem a superação de qualquer concepção privada dos indivíduos sobre o bem pública. Liberais republicanos

manteriam o escopo das deliberações públicas o mais estreitas possível, para evitar conflitos com crenças faccionais ou afiliações, enquanto os republicanos tradicionais promovem interesses comuns, nos quais todo cidadão pode ter parte nisso.

Republicanismo, Liberalismo, e o império da lei compartilham uma longa e entrelaçada história comum. Por muitos anos o Liberalismo foi simplesmente Republicanismo que não ousava falar seu nome, até que no fim o nome foi esquecido, e com isso o significado de “republicano” foi garantido na Constituição dos Estados Unidos. Agora mais uma vez, como o Liberalismo superou as restrições que primeiro primeiro levou adiante, questões sobre democracia, direitos e justiça são endereçados juntos, e muitas soluções antigas emergiram, já embebidas nas estruturas constitucionais da democracia Ocidental. Buscar ou falar de liberdade sem o bem comum é uma tolice. Liberalistas que uma vez cometeram esse erro tornaram-se republicanos novamente, sem perceberem isso. Não pode haver império da lei sem um governo republicano, e não pode haver liberdade sem o direito.

Data de Submissão: 29/07/2017

Data de Aprovação: 29/07/2017