

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 44 • nº 175  
Julho/setembro – 2007

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

# Democracia liberal e direitos individuais

## A epistemologia jurídica por trás do Estado Moderno

Tiago Ivo Odon

### Sumário

1. Introdução. 2. Sociedade: da *politeia* à *iuris societas*. 3. Individualismo e a redenção da vontade. 4. Nominalismo: a gênese do direito individual. 5. Liberdade. 6. Democracia e liberdade. 7. Conclusão.

### Introdução

A análise da relação entre democracia liberal e direitos individuais passa pela evolução histórica de quatro concepções: sociedade, indivíduo, vontade e liberdade. A forma como essas concepções se relacionam distingue a democracia moderna da democracia antiga e, antes disso, e mais fundamentalmente, o direito moderno do antigo.

Cinco micro-revoluções filosóficas moldam as idéias modernas de direito individual: 1) o direito deixa de ser fundado na sociedade e passa a ser fundado no indivíduo; 2) a sociedade torna-se uma ficção jurídica; 3) a razão cede lugar à vontade; 4) a liberdade passa a pressupor a autonomia da vontade individual; e 5) a lei passa a ser vontade e liberdade positivada. Essas micro-revoluções traduzem a grande revolução liberal da Idade Moderna, que funda o Estado Moderno. A democracia, a rigor, não se insere nesse quadro. Os liberais clássicos não tinham a democracia em mente quando desenharam seu constitucionalismo libertário. Ela é epistemologicamente incorporada posteriormente, o que provocou uma tensão na concepção

Tiago Ivo Odon é Consultor legislativo do Senado Federal, advogado, especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes e mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília. Professor-tutor do Instituto Legislativo Brasileiro.

moderna de liberdade, até hoje sentida nos textos constitucionais.

## 2. *Sociedade: da politeia à iuris societatis*

A *sociedade* do Estado contemporâneo não é o *demos* da democracia grega antiga nem o *populus* da república romana. Num intervalo de quase dois mil anos, a concepção ocidental de sociedade sofreu uma revolução.

Em 507 a.C., os gregos, reunidos em “cidades-Estados”, adotaram um sistema de governo popular que duraria cerca de dois séculos, com destaque para a democracia de Atenas. Foram provavelmente os atenienses, relata Robert Dahl, que cunharam o termo *demokratia* (*demos*, povo, e *kratos*, governo, poder, superioridade)<sup>1</sup>. O sistema ateniense era uma democracia direta ou participativa: todos os cidadãos estavam autorizados a participar da assembléia para a decisão política<sup>2</sup>.

A “sociedade” grega era a *politeia*. A democracia antiga era concebida numa relação simbiótica com a *polis*, a cidade. Giovanni Sartori alerta para o fato de que a *polis* grega não tinha nada de “cidade-Estado”, como muitos autores gostam de chamá-la, pois não era, em nenhum sentido, um “Estado”. A *polis* era uma “cidade-comunidade”, uma *koinonía*. Sartori (1994, p. 35) lembra Tucídides, que a definiu com três palavras: *andrés gar polis* – “os homens é que são a cidade”. “É muito revelador”, completa, “que *politeia* tenha significado, ao mesmo tempo, cidadania e estrutura (forma) da *polis*”.

Aproximadamente na mesma época em que foi introduzido na Grécia, o governo popular apareceu na península italiana. Os romanos preferiram chamar seu regime democrático de “república” (“*res*, que em latim significa coisa ou negócios, e *publicus*, “a coisa pública” ou “os negócios do povo”). Dahl (2001, p. 27) ressalta a possibilidade de as palavras “democracia” e “república” não designarem tipos de gover-

no diferentes, mas se referirem ao mesmo tipo de governo, com a distinção resultando meramente da variação lingüística entre o grego e o latim.

Apesar de a democracia romana ter durado mais tempo do que qualquer democracia moderna até os dias de hoje, ela começou a se enfraquecer por volta de 130 a.C., em razão da inquietude civil, da militarização, da guerra, da corrupção e do decréscimo no espírito cívico.

Autores como Norberto Bobbio e Michelangelo Bovero (2002) vêem na comunidade política democrática grega e romana a imagem de um corpo coletivo orgânico, do qual os indivíduos são membros. O ponto de partida da concepção organicista de sociedade é a natureza social do homem: a natureza humana estaria condicionada pela forma com que o indivíduo se insere no agrupamento social. O grupo social vem em primeiro lugar e as ações humanas têm significado na medida em que espelham características do grupo. Distinta, portanto, da concepção hoje vigente, a individualista, que coloca o homem antes da sociedade, em que as ações humanas são auto-referenciadas e importam em si mesmas; o grupo seria reflexo do indivíduo.

O direito antigo estava enraizado no costume religioso e a religião estava calcada no culto doméstico da família. Nas palavras de Fustel de Coulanges (2006): “não se podia conhecer o direito sem conhecer a religião”. Os mesmos homens eram, ao mesmo tempo, pontífices e juristas. A cidade, a *polis*, fundada sobre a religião, era maior que o indivíduo. “Quando se tratava de interesse da cidade”, atesta o mesmo Coulanges (2006, p. 252), “nada garantia a vida do homem”, uma vez que até o direito deveria ceder diante da cidade. Assim, um homem poderia ser punido sem culpa, desde que houvesse interesse estatal (FÜHRER, 2005, p. 34). Como deixou claro Aristóteles (2005, p. 82), o injusto não se comete em relação a outrem, mas “em relação à cidade”.

“A cidade havia sido fundada sobre uma religião e constituída como uma igreja. Daí a sua força; daí também a sua onipotência e domínio absoluto que exercia sobre seus membros. Em uma sociedade organizada sobre tais princípios, a liberdade individual não podia existir. O cidadão estava submetido em tudo, e sem reservas, à cidade; pertencia-lhe inteiramente. [...] O homem nada tinha de independente” (COULANGES, 2006, p. 248).

A idéia de indivíduo era completamente destituída de valor. “Os antigos”, completa Coulanges (2006, p. 251), “não conheciam a liberdade nem da vida privada, nem de educação, nem a liberdade religiosa”.

Em outras palavras, o homem antigo é um “animal político”, um *zoon politikón* (Aristóteles)<sup>3</sup> porque ele vive na *polis* (cidade) e a *polis* vive nele, e na *polis*, portanto, o homem se realiza como tal. O *polites* (o político) dos gregos era o *civis* dos romanos, assim como *polis* se traduzia por *civitas*. No entanto, bem alerta Sartori, quando os romanos começaram a absorver a cultura grega, suas cidades já ultrapassavam as dimensões que permitia a “vida política” em seu sentido original. A *civitas* romana se relacionava com a *polis* já com o seu caráter “político” diluído. Isso porque a democracia romana não acompanhou o crescimento do território romano. Apesar do expressivo aumento do número de cidadãos, com a expansão territorial, a assembleia popular continuava a ter lugar na cidade de Roma (DAHL, 2001, p. 23). Assim, conforme Sartori (1997, p. 159), a *civitas* se configurava sob dois pontos de vista: como uma *civilis societas*, adquirindo qualificação mais elástica, que amplia seus confins; e como uma *iuris societas*, substituindo-se a “politicidade” pela “juridicidade”.

Como atores concretos, portanto, o *demos* grego e o *populus* romano desaparecem quando desaparece a *polis*. Com a queda da República romana, *populus*

passa a ser uma ficção jurídica e, em toda a literatura medieval, complementa Sartori, continua sendo uma *fictio iuris*. Os pensamentos greco-romano e medieval, portanto, não exprimiam uma idéia autônoma de sociedade: esta era representada como *politeia* ou *civilis societas*, e não como uma *iuris societas*. Essa concepção organicista de sociedade permaneceria viva até o início da Idade Moderna.

A citada crescente queda de legitimidade das decisões democráticas romanas, em razão da expansão territorial, não levaram os romanos a adotar, como solução alternativa, o sistema representativo. Foi justamente, como lembra Dahl (2001), o que algumas comunidades européias medievais começaram a fazer. É na Europa do Norte que surge a combinação entre democracia em níveis locais (assembleias locais) com um parlamento eleito pelo povo em níveis mais elevados (assembleias regionais e nacionais).

Em meio às assembleias de representantes-mandatários das classes sociais urbanas na Suécia, na Holanda e em Flandres, destinadas, em geral, a pactuações tributárias, surge na Inglaterra o parlamento representativo, um produto não-intencional ou planejado. O Parlamento inglês medieval surgiu das assembleias convocadas esporadicamente durante o reinado de Eduardo I, de 1272 a 1307. Assim, relata Dahl (2001), a idéia de que os governos precisavam do consenso dos governados, que no início era uma reivindicação sobre o aumento dos tributos, aos poucos se tornou uma reivindicação a respeito das leis em geral.

Esses desdobramentos históricos foram fundamentais para o surgimento, na Inglaterra, da idéia de sociedade como um corpo autônomo. Essa idéia começa a se desenhar com a teoria do contrato social, a partir do século XVI, quando a concepção organicista de sociedade cede lugar, de forma mais clara e definida, à concepção individualista. A idéia nasce da distinção entre *pactum subiectionis* (pacto de submissão), de

Hobbes, e *pactum societatis* (pacto de consentimento), de Locke. É a teoria do contrato social que funda o Estado Moderno.

Enquanto no pacto hobbesiano, visando à preservação de vidas numa guerra de lobos, os indivíduos transferiam a um terceiro (homem ou assembléia) a força coercitiva da comunidade, trocando voluntariamente a sua liberdade pela segurança do Estado-Leviatã, no pacto lockeano os indivíduos concordavam livremente em formar a sociedade civil para preservar e consolidar ainda mais os direitos que possuíam originalmente no estado de natureza (como os direitos à vida, à liberdade, à propriedade).

Ou seja, a teoria do contrato social, que funda o Estado Moderno, joga o indivíduo para antes da sociedade política, atribuindo-lhe direitos individuais, direitos esses desconhecidos dos gregos e romanos.

A idéia-prima é que esses direitos naturais e inalienáveis estariam melhor protegidos sob o amparo da *lei*, a lei abstrata e impessoal, formulada por um corpo comum unitário. A mudança de foco de Hobbes para Locke é importante, de submissão para consentimento, e a identificação da liberdade na lei seria anunciada mais tarde com clareza em famoso trecho de Montesquieu (1995), cuja idéia também está presente em Kant e em Rousseau: “A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proibem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder” (MONTESQUIEU, 1995, p. 186)<sup>4</sup>. Precisamente aí se sustenta o contrato social, que funda o Estado Moderno. A teoria do contrato é uma “teoria baseada em direitos” (e não em deveres ou metas), conforme Ronald Dworkin (2002, p. 268), e a característica dessa teoria é que: “O homem que se encontra em seu centro é um homem que se beneficia da obediência alheia, e não o homem que leva uma vida virtuosa por sua própria obediência”.

Consolida-se, portanto, uma idéia que seria inconcebível para os gregos: há fron-

teiras dentro das quais a sociedade é livre do Estado. Essa sociedade, que estipula o contrato, é uma *iuris societatis*. A *politeia* e a *civilis societatis*, portanto, cedem lugar à *iuris societatis* autônoma, uma ficção jurídica formada por indivíduos dotados de direitos intransponíveis.

Na ótica do liberalismo político, anunciada por Locke, e depois por Montesquieu, a sociedade deveria permanecer uma sociedade regulada e protegida pelo *direito*. Para Montesquieu, “Estado” era igual à “sociedade onde há leis”<sup>5</sup>. O princípio básico, sublinhado por Isaiah Berlin (2002, p. 267), é o de que “nenhum poder pode ser considerado absoluto, apenas os direitos o podem”.

As vias pelas quais a liberdade seria garantida, para os liberais clássicos, seria o constitucionalismo. Não se falava em democracia nessa época. A idéia de democracia está ausente dos escritos de Locke ou Montesquieu. O foco inicial eram as monarquias constitucionais, em oposição ao absolutismo do Antigo Regime. Segundo Leslie Lipson (apud FERREIRA FILHO, 2001, p. 11):

“O Constitucionalismo é o termo que possui conotações definidas: vincula-se à noção do império da lei e abrange a idéia de que não se há de permitir a um Governo agir conforme arbítrio de suas autoridades, devendo, ao contrário, conduzir-se de acordo com normas eqüitativas e estabelecidas mediante acordo”.

### 3. Individualismo e a redenção da vontade

Conforme Louis Dumont (1985), o individualismo moderno é um processo que nasce com os primeiros cristãos e seu meio cultural. O “indivíduo como valor” foi concebido como alguém situado no exterior da organização social e política dada, “fora e acima dela”; ou seja, um *indivíduo-fora-do-mundo*, em contraste com a noção greco-romana de

*indivíduo-no-mundo*. Para Dumont (1985), o individualismo surge a partir de uma sociedade holista e em oposição a ela – o homem cristão como um *indivíduo-em-relação-a-Deus* apresenta-se, essencialmente, como esse *indivíduo-fora-do-mundo* e nessa relação recebe seus atributos de igual, auto-suficiente, livre. Quando a Igreja arroga-se o poder temporal no Ocidente, após o século VIII, o indivíduo cristão inicia um processo de transformação, de *indivíduo-fora-do-mundo* para *indivíduo-no-mundo*, processo que se concluiria no século XVI. Esse seria o produto à disposição dos contratualistas da Idade Moderna: o indivíduo como ser moral, igual, auto-suficiente e livre projetado sobre o mundo.

O *indivíduo-fora-do-mundo*, ou seja, *fora-da-cidade*, do cristianismo, traz uma revolução. Marilena Chauí (1992, p. 349) elenca seus efeitos. Em primeiro lugar, desloca-se o campo da liberdade. Para os antigos, como já visto, a liberdade era um conceito essencialmente político, pois só na *polis* alguém poderia ser livre, e a liberdade era a definição mesma de cidadania. O cristianismo, no entanto, “religião da salvação nascida fora do campo político e contra o Estado, desloca a liberdade para o interior de cada ser humano”; ou seja, despolitiza-a. Em segundo lugar, o cristianismo “articula liberdade e vontade e apresenta esta última como essencialmente dividida entre o bem e o mal”. Em terceiro lugar, ao introduzir o sentimento da culpa originária, “coloca o vício como constitutivo da vontade”. Assim, a ética não pode mais ser apenas a conduta racional que regula a vontade, conforme percebe Chauí. Em quarto lugar, e como conseqüência, a noção de responsabilidade individual, que assume um papel desconhecido para os antigos.

Platão e Aristóteles separavam razão e vontade. Para eles, esta dependia daquela. Em Platão, a vontade é uma faculdade (“intermediária”) que se encontra abaixo da faculdade racional; os atos de vontade se executam conforme a razão. Toda a

filosofia grega, praticamente, seguiu esse arranjo platônico. A idéia de prevalência da vontade sobre a razão, ou seja, que os atos racionais são dirigidos pela vontade, só aparece com o cristianismo, para se consumir em Occam e Descartes. A própria idéia de “vontade racional” é moderna. Conforme Bovero (2002, p. 28), o fundamento da democracia, ou o “princípio da democracia”, é o “indivíduo sujeito de vontade racional”.

A forma final dessa evolução histórica é identificar a lei com a vontade positiva do indivíduo. Hans Kelsen (1993) aponta uma relação íntima entre parlamentarismo e direito positivo. Para ele, só se chega à idéia de constituir determinado órgão para a criação das normas gerais, o Parlamento, quando essa criação deixa de ocorrer por meio de prática normativa inconsciente, o direito consuetudinário, para ocorrer por um procedimento de emanção consciente, o direito positivo (KELSEN, 1993, p. 52).

A relação entre lei geral – abstrata e impessoal – e sociedade foi muito bem estabelecida por Rousseau. Para ele, a lei é a decisão da vontade geral sobre matéria geral. A “vontade geral” de Rousseau é uma “vontade de todos” filtrada, ou seja, subtraída dos egoísmos de cada um. Dessa operação resultaria uma *vontade racional*, visando apenas ao interesse *comum*.

“[...] quando todo o povo estatui algo para todo o povo, só considera a si mesmo e, caso se estabeleça então uma relação, será entre todo o objeto sob um certo ponto de vista e todo o objeto sob um outro ponto de vista, sem nenhuma divisão do todo. Então, a matéria sobre a qual se estatui é geral como a vontade que a estatui. A esse ato dou o nome de lei” (ROUSSEAU, 2000, p. 106-107)<sup>6</sup>.

A ponte que vai do individualismo cristão à concepção do direito positivo como vontade positiva passa pelo nominalismo de Occam. Conforme Michel Villey (2005, p. 225), no nominalismo de Occam está o

embrião da concepção de direito subjetivo individual, sobre a qual se sustenta a teoria do contrato social, fundadora do Estado Moderno. Dumont (1985, p. 23) chega a dizer que o nominalismo seria um outro nome para o individualismo, na forma como concebido pela sociedade moderna. O nominalismo foi fundamental para o surgimento do cartesianismo de Descartes. A essa construção epistemológica nos ateremos a seguir.

#### 4. *Nominalismo: a gênese do direito individual*

É comum na tradição filosófica a denúncia da insuficiência da percepção. Conforme Franklin Leopoldo e Silva (1992), a metafísica nasceu precisamente a partir da crítica da percepção. Um dos precursores dessa tendência foi Platão, que, partindo de sua Teoria das Idéias, defendeu que a verdade não pode ser encontrada com a percepção empírica, na realidade do devir (a clássica distinção entre aparência e essência, entre idéia e realidade). Pouco antes do Iluminismo, Descartes ainda chamava a atenção com relação às contradições e ilusões da percepção sensível. Resumindo: o que vemos, segundo toda essa tradição metafísica que se formou, pode nos enganar. Em toda essa trajetória especulativa, está implícita a idéia de que, se nossa percepção alcançasse o *real* na sua verdadeira *essência*, não haveria necessidade de raciocínios e concepções que preenchessem o vazio da percepção direta. No entanto, há, desde Platão até os modernos, a necessidade de preencher esse vazio: optou-se, portanto, por *pensar* a realidade, e não por *percebê-la*. Isso está presente no platonismo, no aristotelismo, no cartesianismo, no kantismo, no marxismo etc. Assim, o pensamento formula os *conceitos*, ou seja, concebe o real, já que não há como percebê-lo na sua essência (SILVA, 1992, p. 142-143). O conceito elimina do real as ilusões e as contradições em que nos insere a percepção. Cria-se o *númeno*, o objeto inteligível<sup>7</sup>.

Por exemplo, podemos citar o conceito de “cidadão”. Na Grécia antiga, os cidadãos eram os homens gregos livres de nascimento. Aristóteles (1991, p. 35) escreveu que os estrangeiros e os escravos não são “cidadãos”, mas sim “habitantes”, e o que é “cidadão” numa democracia não o é numa oligarquia. A realidade é complexa, mas a definição dada acima consegue simplificá-la: é um predicado que traz características gerais do fenômeno, e, assim, consegue englobar o grupo de algumas dezenas de milhares de pessoas que poderiam participar das assembleias populares atenienses. Ou seja, segundo o próprio Aristóteles (1991, p. 37, grifo nosso), cidadão é “a universalidade desse tipo de gente [aqueles admitidos na jurisdição e na deliberação]”, gente essa que “constitui a Cidade”. Por ser um conjunto de elementos singulares e captar só o que eles têm em comum (ou seja, são todos homens, gregos e não-escravos), essa construção pensada é também chamada de *universal*.

Os conceitos (ou “universais”) são muito importantes para o direito. Os arts. 312 a 326 do Código Penal brasileiro, por exemplo, prevêm penas para crimes praticados por “funcionário público”. É um universal, cuja definição está no art. 327 do CP (todos aqueles que exercem cargo, emprego ou função pública). No direito internacional penal, é comum os tratados estabelecerem os conceitos antes de positivarem direitos e obrigações. Como pensar o direito sem os universais “credor”, “proprietário”, “cônjuge”, previstos nas leis? Ou seja, dada a complexidade da realidade, os universais permitem simplificá-la, controlá-la, unificá-la, ou seja, torná-la inteligível, por meio de uma operação mental (substituindo a percepção direta pelo raciocínio, os sentidos pela razão).

Apesar de muitos autores buscarem por um rigor cientificista no direito, mirando um abandono de elementos metafísicos, os universais são exemplos de como o direito precisa da metafísica. Afinal, já disse Hegel

(apud ARANTES, 2000, p. 12) que, apesar de no empirismo se encontrar o princípio fundamental de que “o que é verdade deve estar na realidade e conhecer-se por meio da percepção”:

“A ilusão fundamental do empirismo consiste em que sempre faz uso das categorias metafísicas de matéria, força, unidade, multiplicidade, universal etc., e com ditas categorias raciocina, e desse modo pressupõe e aplica das formas do raciocínio, sem saber que admite um conhecimento metafísico; o que equivale a empregar e ligar essas categorias sem discernimento crítico e de modo inconsciente”.

Desde Platão e Aristóteles, para os quais a ciência só pode se dar a partir do universal, a natureza do saber científico não mudou muito: “o saber científico é totalmente um saber abstrato fundado em um pensar mediante conceitos” (SARTORI, 2001, p. 119).

A lei não trata de indivíduos, trata de relações, trata de universais. Como colocou Nikolas Roos, “a lei não se refere a coisas individuais, mas a relações normativas entre seres humanos nas quais coisas materiais possam figurar”. Qual a natureza dessas relações? São de uma natureza conceitual. “Leis e direitos são expressões conceituais de expectativas das pessoas que pleiteiam posições para que possam dizer aos outros o que fazer e o que não fazer”. Ou seja, o direito de propriedade é um conceito que expressa a expectativa do proprietário, para que ele possa reivindicar essa posição – a de proprietário – perante os outros, dizendo o que os outros podem fazer ou não em relação a ele (entrar, comprar, usar etc.)<sup>8</sup>.

O direito romano passou por esse processo de abstração. Mucius Scaevola, jurista romano que viveu no último século a.C., por exemplo, tentou amenizar o concretismo do direito romano com a introdução de “definições”, como ele as chamava; ou seja, enunciados precisos acerca de nor-

mas legais implícitas em decisões de casos concretos.

“Por exemplo, um jurista havia resumido várias decisões acerca do objetivo da lei de furto dizendo que aquele que tomasse um cavalo emprestado era culpado de furto se o levasse para um lugar distinto daquele acordado quando o recebeu, ou se o levasse para um lugar mais distante do que o lugar acordado. Q. Mucius Scaevola revisou as mesmas decisões, além de outras, e alcançou uma formulação ao mesmo tempo mais ampla e mais precisa: qualquer um que recebesse uma *coisa* em garantia e a usasse, ou a recebesse para uso e a usasse com outra finalidade daquela acordada, é culpado de furto” (BERMAN, 1983, p. 136, tradução nossa).

Ou seja, Scaevola criou um “universal”, dentro do qual somaria os elementos singulares.

O impulso da metafísica, portanto, foi o de abandonar a percepção, por meio das seguintes abordagens epistemológicas: a) o realismo transcendente de Platão; b) o realismo imanente de Aristóteles; e c) o nominalismo de Occam. Platão, por exemplo, optou por pensar a essência das coisas fora delas mesmas. Seu realismo transcendente defende que a idéia de uma realidade em si não existe nem na mente do sujeito nem no objeto a que se refere (o númeno é *ante rem*). O cristianismo, por exemplo, é um arranjo desse tipo. A idéia de justiça de Platão deriva disso. Platão, por exemplo, fixou o Bom, o Belo e o Vero, em sua *A República*, como pertencentes a uma ordem natural transcendente. O Justo está ligado a eles. Platão, em sua versão sobre a criação do mundo, evoca no mito de Prometeu a figura de Hermes, o enviado por Zeus para ensinar aos homens a virtude da justiça. Hermes seria uma espécie de “anjo” anunciador da justiça, ou, ainda, o portador do *elo perdido* ou *aliança* mística com a qual o homem recupera o



seu natural discernimento do bom, do belo e do vero. Ou seja, a Justiça une o tríduo Bom-Belo-Vero. O que vai contra a justiça, portanto, vai contra tal natureza transcendente das coisas. Por isso que, em Platão, a justiça tem íntima relação com a vocação; ou seja, a sociedade deveria encontrar uma função para os indivíduos de acordo com as suas inclinações naturais – se predomina a coragem, a armada; se predomina o prazer, o trabalho; se predomina a ciência, o governo (ou seja, a justiça dá a cada um o que é seu, o lugar exato de cada um). Seria função da lei, portanto, captar essa realidade dada.

Por sua vez, o realismo imanente de Aristóteles defende que o conceito tem em si uma realidade objetiva, fora da mente, mas é imanente nos objetos singulares de que é essência (o *númeno* é *in re*). Dessa concepção deriva a noção de direito natural; ou seja, é possível se descobrir um direito na natureza. A idéia de justiça em Aristóteles já não é transcendente; ele a relaciona com a proporção aritmética em *Ética a Nicômaco*. Para ele, “o justo é o meio entre os dois extremos que se opõem à proporção”. Assim, a lei deve tratar as pessoas como iguais e se preocupar com a diferença do dano (a proporção) (ARISTÓTELES, 2005, p. 57-59). Ou seja, a lei deve captar essa realidade objetiva dada.

A idéia básica na filosofia antiga, portanto, é que há uma ordem das coisas que independe da vontade humana (*physis*). Isto é, “a idéia da existência de uma ordem jurídica eterna e imutável, independente da vontade dos poderes constituídos e superior a seus comandos” (FERREIRA FILHO, 2001, p. 28). No nominalismo, por sua vez, em que ganha destaque Guilherme de Occam, a realidade em si não tem nenhuma existência objetiva, apenas mental ou puramente nominal (o *númeno* é *post rem*).

Occam dirige uma resposta ao realismo aristotélico, muito em voga na época em que escreve, o século XIV. Para Aristóteles (2005), como visto, os universais não são

meros conceitos, mas têm existência objetiva, fora de nossa mente; eles existem no mundo real. Por esse caminho, pode-se dizer que existe uma lei natural, um direito natural, um direito humano (o *númeno* está na natureza, está no ser humano). No didático ensinamento de Villey (2005, p. 227):

“O mundo exterior não é apenas uma poeira de átomos em desordem, apenas uma poeira de indivíduos; comporta em si mesmo uma ordem, classes em que vêm se incluir seres singulares [...] e naturezas [...]; e todo um sistema de *relações* entre indivíduos, acima dos indivíduos. Tudo isso existe em termos objetivos, independentemente do intelecto que o descobre nas coisas. Essa é, apresentada de modo grosseiro, a metafísica realista que a nosso ver constitui uma condição para que se tenha podido pretender descobrir um ‘direito’ na ‘natureza’”.

Occam, por sua vez, negará a qualidade de coisa, substância, ou seja, de *res* a essas relações entre singulares, que são os universais:

“[Occam] sabia fazer uma distinção clara entre as coisas (*res*) e seus *signos*: as palavras (como os termos universais) são apenas *signos* das coisas, e um raciocínio metódico conduz à conclusão de que as coisas só podem ser, por definição, “simples”, isoladas, separadas; ser é ser único e distinto; Pedro e Paulo, os *indivíduos* são e, na pessoa de Pedro, há apenas Pedro, e não alguma outra coisa que dele se distinga “realmente” ou “formalmente”. O animal ou o homem – e tampouco a animalidade, a humanidade, não são coisas, não são seres” (VILLEY, 2005, p. 229).

Em outras palavras, só os indivíduos existem; relações entre indivíduos, apreendidas por meio de nomes gerais (conceitos), não existem; não são substâncias, não são *res*, são apenas nomes, palavras, vazias de

conteúdo. Para Occam, prossegue Villey, os universais são apenas signos, termos da linguagem, mas que desempenham na nossa lógica uma função particular: servem para “conotarmos” (isto é, para notarmos juntos) vários fenômenos singulares; exprimem uma semelhança ou uma relação que percebo entre vários seres singulares. Os termos gerais nada são em si mesmos, nada exceto um “conhecimento imperfeito e parcial dos indivíduos”. Portanto, o único conhecimento perfeito, verdadeiramente adequado ao real, é o do individual. Só possuem existência real os indivíduos singulares, dos quais nos é dado “um conhecimento imediato e intuitivo” (VILLEY, 2005, p. 230). Em resumo, os universais e as relações são apenas instrumentos de pensamento; no real e na natureza não existe nada acima dos indivíduos, não existe nada a não ser aquilo a que se pode conhecer de forma imediata.

Occam antecipa, assim, a primeira regra metódica de Descartes (2000, p. 49), a da *evidência*: não admitir “algo como verdadeiro que eu não conhecesse claramente como tal”; isto é, o que “eu não tivesse motivo algum de duvidar”. Por conseguinte, a evidência é o que salta aos olhos, é o que resiste a todos os assaltos da dúvida, é o produto do espírito crítico. O método é “racionalista” porque a evidência de que Descartes parte não é, de modo algum, a evidência sensível e empírica (o imediatamente dado torna-se o não mediado pelos sentidos, mas pela razão). No cartesianismo, o ato da razão que percebe diretamente os primeiros princípios é a intuição; a dedução limita-se a veicular, ao longo das cadeias da razão, a evidência intuitiva das “naturezas simples”, singulares.

Os *conceitos* no direito antigo representavam uma ordem natural – seja pelo realismo transcendente de Platão, seja pelo imanente de Aristóteles. O direito traduzia uma ordem dada, imutável, que precisava ser descoberta. Os conceitos no direito moderno deixam de representar uma or-

dem objetiva, independente do homem, e ele mesmo passa a ser uma representação, uma forma autônoma de se imaginar o real, conforme já colocou Clifford Geertz<sup>9</sup>.

Os pleitos jurídicos são reais – problemas envolvendo posse, esbulho etc. estão nos tribunais –, mas eles não se referem a nada que exista realmente de forma independente de nossa mente (o direito em si, escrito na lei). Os direitos em si são construções mentais, mas que provocam efeitos no mundo real, porque as pessoas se comportam com base neles. Ou seja, conforme Roos, os direitos e deveres, entes abstratos, tornam-se reais, adquirem funcionalidade social, com a prática normativa na sociedade.

A partir daí, passa a ser epistemologicamente possível criticar a lei. Aristóteles (2005, p. 80), ao falar da insuficiência de uma lei na regulação de certos fatos, asseverava que “o erro não reside nem na lei, nem no legislador, mas sim na natureza das coisas”. Occam permitiu um arranjo epistemológico por meio do qual o indivíduo, única realidade possível de apreensão, pode criar uma ordem de coisas pela lei (sua vontade positivada) e definir os rumos da sociedade. Esse é o arcabouço epistemológico da teoria do contrato social. O direito deixa de se fundar na *physis* e passa a se fundar na vontade humana, no *nomos*.

A teoria do contrato social enxergará indivíduos e somas de indivíduos, e nada além disso. Os direitos do liberalismo clássico são direitos individuais, e não sociais. O *jus* (direito) passa a ser qualidade inerente ao indivíduo. Na teoria do contrato, a realidade imediatamente dada são os indivíduos e o conflito. Os primeiros filósofos contratualistas viram o conflito como dado imediato, evidente à razão (a primeira regra metódica de Descartes). As teorias do contrato social de Hobbes e Locke nascem com base nesse racionalismo. O estado de natureza é o resultado de uma subtração feita na sociedade civil (como o próprio Locke colocou, temos o “estado de natureza” quando temos a razão e não

temos o direito e suas instituições; temos o “estado de guerra” quando temos a força sem o direito<sup>10</sup>). Dessas subtrações, Hobbes e Locke deduzem os direitos em cada estado; e da simplicidade vão reconstruindo a sociedade, voltando à formação do Estado, mais complexo (segunda e terceira regras metódicas de Descartes).

Não existe justiça no estado de natureza, só no estado civil, após o consenso entre os indivíduos. O *justo* torna-se criação do homem; é retirado da natureza. Portanto, estes serão os dois focos principais do direito moderno: os indivíduos e os conflitos. Não por outra razão que o direito positivo tenderá a regular o comportamento dos indivíduos em situações de conflito: o indivíduo em papéis jurídicos (é o credor, o proprietário, o agente criminoso etc.). O Legislativo regulará os comportamentos por meio de universais e o Judiciário aplicá-los-á a casos concretos, singularizando-os, individualizando-os. A lei abstrata e impessoal traz configurações, relações, universais; o processo judicial torna a lei concreta e pessoal, e olha o fato – objetivo, pois o que o tribunal enxerga é o imediatamente dado, não pode ir além dele (não pode julgar *extra petita*).

Daí autores como Bobbio defenderem a impossibilidade epistemológica dos “direitos humanos”, autores esses criticados com veemência por outros autores como Luis Fernando Barzotto. Mas a razão é simples: direitos humanos não são judicializáveis. A referência a “ser humano” vai além do *nomos* imediatamente dado. Portanto, isso seria matéria para política pública, e não para o Judiciário.

Essa revolução filosófica é fundamental para a própria concepção da *política* moderna. Como colocou Jacques Rancière, os dois grandes modelos clássicos da razão política repousam sobre uma ficção de origem na qual a política é uma reunião de indivíduos ligados entre si, seja por sociabilidade natural (Aristóteles 1991, 2005), seja por necessidade de superar sua insociabilidade

natural a fim de assegurar sua conservação (Hobbes, Locke). A política moderna, partindo do indivíduo e do conflito como o “imediatamente dado”, ou seja, as realidades evidentes, deixa de ser a maneira como indivíduos e grupos combinam seus interesses e sentimentos, mas, antes, “um modo de ser [...] que se opõe a outro modo de ser” (RANCIÈRE, 1986, p. 368).

O direito moderno é todo nominalista: o indivíduo descolado da realidade social – o proprietário, o credor etc. (ou seja, universalizado) – possui e exerce direitos e deveres também descolados da realidade social (“direito à propriedade”, “direito à igualdade” etc.) para poder desenvolver livremente suas faculdades naturais<sup>11</sup>. Esse indivíduo, que na lei é apresentado na forma de um papel jurídico, seria, portanto, o objeto do positivismo jurídico do século XIX. Nas precisas palavras de Villey (2005, p. 233):

“[...] o esforço da ciência jurídica tenderá doravante [a partir do nominalismo de Occam] a descrever as qualidades jurídicas do indivíduo, a extensão de suas faculdades, de seus *direitos individuais*. E, quanto às normas jurídicas, não podendo mais extraí-las da própria ordem que antes se acreditava na Natureza, será preciso buscar sua origem exclusivamente nas vontades positivas dos indivíduos: o *positivismo* jurídico é filho do nominalismo”.

Nesse arranjo, portanto, a sociedade, a *iuris societas*, torna-se apenas uma ficção jurídica, uma configuração.<sup>12</sup>

Simone Goyard-Fabre (2002, p. 6-7) arremata toda essa revolução filosófica:

“[...] o que importa de fato é encontrar na comunidade dos homens a realidade concreta dos indivíduos. [...] os homens, por suas vontades singulares, se revelam opostos uns aos outros e, nessa perspectiva em que se delineia a eventualidade dos conflitos fratricidas dos quais Hobbes fará a própria substância da condição

natural dos homens, o individualismo começa sua carreira. [...] Occam se recusava a reconhecer qualquer naturalidade e qualquer teleologia providencial na cidade dos homens: dizia que os homens deviam, eles próprios, instaurá-la e construí-la. [...] o importante é que a livre decisão da vontade dos indivíduos seja o princípio de emergência da Cidade”.

Estas são, portanto, as criações modernas a partir do individualismo e do nominalismo, unindo-se ao contratualismo moderno: o direito como uma criação humana positiva e consciente e os direitos individuais, questões que não foram tratadas pelos gregos, romanos, judeus ou qualquer outra civilização antiga.

### 5. Liberdade

Com a ascensão da igreja cristã, a filosofia é engolida pela teologia. O homem como sujeito de conhecimento ficou dependente de um ser externo (Deus), pois passou-se a partir do pressuposto de que *o homem não é capaz de conhecer por si só*. A ruptura da filosofia com a teologia, que começa no Renascimento, no século XVI, completa-se em Descartes, no século XVII, com a elaboração de uma teoria do conhecimento. Nasce a epistemologia moderna, o estudo dos limites e do alcance do conhecimento, especialmente da relação entre sujeito (cognoscente) e objeto (cognoscido). O homem volta a ser *capaz de conhecer por si só*, e, a partir de Descartes, o método representa o caminho mais fácil para se chegar à verdade<sup>13</sup>.

Segundo Karl Popper (2003, p. 20), o movimento de libertação que teve início no Renascimento e que conduziu, através das vicissitudes da Reforma e das guerras religiosas e revolucionárias, às sociedades livres modernas foi um movimento inspirado por um “inigualável otimismo epistemológico, por uma visão extremamente otimista do poder humano de discernir a verdade e adquirir conhecimento”. No

cerne dessa nova perspectiva acerca da possibilidade do conhecimento reside, segundo Popper, a doutrina de que a *verdade é manifesta*. De acordo com ela, a verdade está à disposição, possivelmente velada, mas pode ser desvelada por nós.

“O nascimento da ciência e da tecnologia modernas foi inspirado por esta epistemologia otimista, cujos principais representantes foram Bacon e Descartes. Ensinarão eles que homem nenhum necessita de recorrer à autoridade para saber o que é verdadeiro, visto cada um transportar em si as fontes do conhecimento – seja no poder de percepção dos seus sentidos, que pode aplicar à cuidadosa observação da Natureza, seja no seu poder de intuição intelectual, que pode utilizar para distinguir a verdade do erro, recusando-se a aceitar qualquer idéia que não tenha sido clara e distintamente percebida pelo intelecto” (POPPER, 2003, p. 20)<sup>14</sup>.

*O homem pode conhecer, por isso pode ser livre*. Essa é a fórmula que explica, segundo Popper, a conexão entre o otimismo epistemológico e as idéias do liberalismo.

O mundo se desencanta, para usar expressão de Max Weber, e passa a ser governado por leis racionais e impessoais que podem ser conhecidas por nossa razão, sem apelo à autoridade ou à tradição. A realidade passa a existir, completa Chauí (1992, p. 350), “sob o modo da representação” (Geertz), isto é, “pelo modo como é apreendida intelectualmente pelas operações do sujeito do conhecimento” (Occam).

A ponte que vai dessa liberdade epistemológica apontada por Popper à liberdade contida na lei – ou seja, a lei como liberdade positivada – passa por Occam, Descartes e pela teoria do contrato social.

### 6. Democracia e liberdade

A teoria do contratualismo tinha por objetivo harmonizar a dicotomia entre

regulação e emancipação – para usar expressões de Boaventura dos Santos –, legitimando o Estado (por meio da concepção do sistema representativo) e libertando o indivíduo (por meio da concepção de direitos individuais anteriores ao Estado). A legitimação desse novo sistema tinha, portanto, dois fundamentos básicos: a representatividade e a lei como limitadora do poder do Estado.

Não foi por acaso que a teoria do contrato social surgiu na Inglaterra. A idéia de contrato e representação embutida na teoria deriva do instituto inglês do *trust*, e a idéia de lei como limitadora do poder do governante deriva da formação dos *writs* ingleses.

A noção de *trust*, desconhecida do direito romano-germânico, é uma noção fundamental do direito inglês. O *trust* apóia-se, de uma forma geral, sobre o seguinte esquema: uma pessoa, o constituinte do *trust* (*settlor of the trust*), determina que certos bens serão administrados por um ou vários *trustees*, no interesse de uma ou várias pessoas, os *cestuís que trust*. Esse acordo é muito freqüente na Inglaterra e serve para fins múltiplos de ordem prática: proteção de incapazes, da mulher casada, fundações e estabelecimentos de utilidade pública, direito das sociedades etc. (DAVID, 1996, p. 315-316).

Segundo o pensamento inglês, um corpo muito numeroso só pode agir como pessoa por delegação a certas pessoas físicas (*trustees*), ao poder dos quais devem, por isso mesmo, ser impostos certos limites (procuração – delegação, limites e prestação de contas). No pensamento francês, o corpo como tal age como se fosse uma pessoa, sem necessidade de delegação. O contrato social idealizado pelos ingleses constituía a teoria do corpo político visto como representação; o contrato social idealizado pelos franceses constituía a teoria do corpo político visto como associação (Rousseau)<sup>15</sup>. John Locke, por exemplo, em seu “*The two treatises on government*”, qualifica expressamente a re-

lação entre os cidadãos e os parlamentares como um *trust*<sup>16</sup>.

O segundo princípio do contratualismo é a idéia de lei como limitadora do poder do Estado, raiz do liberalismo jurídico.

Harold Berman (1983) noticia que o primeiro tratado sistemático sobre a *common law* inglesa foi o “*Treatise on the Laws and Customs of the Kingdom of England*”, escrito por Glanvill, por volta de 1187. O autor faz uma distinção, até então inédita, entre lei e administração, entre lei real e lei local, feudal ou eclesiástica. Conforme Berman (1983), é um fato de alto valor político. Glanvill colocou a lei real como expressão do poder real, ao lado de seus exércitos, e como igualmente base de sua autoridade. Com a Magna Carta de 1215, desenhava-se a figura de um governo fundado na *lex temporalis* (e não na *lex aeterna*) de que falava Agostinho no início da Idade Média. Tal fenômeno político, de claros efeitos jurídicos, aconteceu mais cedo na ilha inglesa do que no continente europeu.

O governo por meio da lei é evidente na Carta Magna. Essa carta política, considerada por muitos como o embrião das constituições modernas, substantiva um acordo exarado entre os barões, a Igreja e a coroa fazendo constar que “não se estabelecerá em nosso Reino auxílio nem contribuição alguma, contra os posseiros de terras enfeudadas, sem o consentimento do nosso comum Conselho do Reino” (art. 14), que as contendas seriam julgadas em um “lugar fixo” (art. 14), que ninguém seria submetido a julgamento com base em acusação não referendada por testemunhas idôneas (art. 38), que ninguém seria preso ou despojado de seus direitos ou possessões, senão pelo “julgamento legal por seus pares ou pela lei da terra” (art. 39) etc.

Salienta Berman (1983, p. 458, tradução nossa):

“[...] a autoridade legal do rei derivava do seu controle sobre um procedimento de resolução de conflitos que era mais desenvolvido, mais sofisticado e mais racional do que aqueles

disponíveis em cortes locais e feudais. O rei ainda não estava na posição de legislar sobre muitas normas substantivas sobre contrato, propriedade, ilícitos civis ou criminais, muito menos sobre questões de direito de família e herança, que estavam sob a exclusiva competência da igreja. Mas o rei tinha – pela primeira vez – estabelecido uma corte central de juizes profissionais [cortes de Westminster] para ouvirem casos por todo o território, casos iniciados com *writs* ajuizados por seu chanceler”.

Daí Glanvill concentrar seu livro no direito adjetivo, no processo, especialmente nos *writs*, e não no direito substantivo. Ao definir tipos específicos de *remedies* para tipos específicos de ilícitos, ele criou uma “revolução na ciência jurídica”. A ênfase no processo não é importante apenas como *expressão do poder real*, mas também como uma *limitação ao poder real*. O rei alargou expressivamente sua jurisdição contra as jurisdições locais e eclesiásticas, mas as condições para essa expansão estavam expressamente definidas, e elas serviriam como limitações: a categorização dos tipos de remédios processuais (*writs*) definia a jurisdição real. Assim, o processo judicial era forma de domesticação do exercício do poder – o que, na Era Moderna, equivaleria à idéia político-jurídica de prevalência da razão sobre a autoridade.

A teoria do contrato social alarga essa idéia e identifica na lei constitucional – no pacto que constitui o Estado – a limitação ao poder desse mesmo Estado. O poder e a autoridade cedem ao direito, formado por meio das vontades dos indivíduos que compõem a *iuris societas*.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2001) complementa esse raciocínio ao dizer que “os regimes constitucionais pluralistas, na verdade, nasceram da preocupação de instaurar ‘o governo de leis e não de homens’, intuito bem claro nas Revoluções Francesa e Norte-Americana. O apego à

lei demonstrado nas Constituições resultantes desses movimentos e dos que mais tarde os prosseguiram é tão grande que os juristas vêem nelas um novo tipo de Estado, o estado de direito. Ou seja, o Estado que ‘deve agir sobre o *fundamento do Direito e pela forma do Direito*’” (FERREIRA FILHO, 2001, p. 10-11).

A abordagem de Hans Kelsen em sua obra *A democracia*, em relação à *iuris societas*, traduz com precisão a idéia de “sociedade regida pelo direito” contida nos liberais clássicos. Kelsen (1993) se pergunta, no início da obra, quem é o “povo” hoje. Segundo ele, o “povo” é, simplesmente, “um sistema de atos individuais, determinados pela ordem jurídica do Estado” (KELSEN, 1993, p. 36).

Assim, Kelsen (1993) reconhece a existência de dois povos: o que cria a norma geral e abstrata (por meio da intermediação parlamentar – seja ela vista como representação ou associação) – constituído pelos titulares de direitos políticos – e o que é objeto dessas normas, submetido à ordem estatal. Há, portanto, dois momentos: o da participação na formação da vontade geral e o da submissão à vontade geral formada. No primeiro momento, o momento político, não haveria unidade, pois nem todos votam e nem todos votam com a maioria vencedora (regra majoritária). No segundo momento, no entanto, todos estão submetidos à mesma ordem estatal constituída, tenham ou não contribuído para ela.

No âmbito dessa unidade jurídica do povo, a ordem estatal abrange apenas manifestações muito específicas da vida do indivíduo. É o que positiva, por exemplo, o inciso II do art. 5º da Constituição Federal brasileira: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Essa idéia-base está em Montesquieu. Lógica bastante diferente da do direito antigo, segundo a qual aquilo que a lei não ordena ela proíbe, conforme anunciado por Aristóteles (2005, p. 82). Ou seja, o Estado só interfere na vida das

pessoas se há lei legitimando a interferência. O que não é objeto de lei está fora da esfera de controle do Estado<sup>17</sup>. Apenas alguns atos individuais são protegidos e ordenados pela ordem estatal; ou seja, há estreita ligação entre poder (do Estado) e vínculo normativo.

Esse vínculo normativo é o que o liberalismo clássico chama de *liberdade*. É ele que equaciona a relação entre *iuris societas* e Estado. Trata-se da liberdade referida por Locke, Montesquieu e Kant: liberdade é a *liberdade de agir segundo leis*, o que pode apresentar um sentido positivo e um negativo. Muitos autores, como Isaiah Berlin, Giovanni Sartori, Michelangelo Bovero, entre outros, traduzem essas duas perspectivas por meio das conhecidas expressões “liberdade positiva” e “liberdade negativa”. Na precisa abordagem de Berlin, a idéia de *liberdade positiva* significa que eu sigo as regras que eu mesmo pactuei para ser livre (a formação do “direito consciente” por meio do parlamento, conforme Kelsen). E a idéia de *liberdade negativa* significa dizer que “há fronteiras dentro das quais os homens são invioláveis”, que impedem, de forma absoluta, a imposição da vontade do Estado ou da de um homem sobre outro. Disso resulta o princípio básico já citado, conforme Berlin (2002, p. 267): “nenhum poder pode ser considerado absoluto, apenas os direitos o podem”. Essa é a característica fundamental da *iuris societas* moderna. Kelsen traduz essa abordagem afirmando que a unicidade do povo é jurídica.

O Estado Moderno é fundado sobre a idéia de liberdade negativa. A liberdade negativa é a liberdade do liberalismo clássico, segundo o conceito de Thomas Hobbes, ou seja, é a ausência de impedimentos externos. Assim, conforme Matteuci (1993, p. 257), “a liberdade positiva de participar na formação da vontade do Estado exige, como condição necessária, a liberdade negativa, isto é, que o Estado não tolha os direitos da liberdade de expressão, da liberdade de imprensa, de associação, de religião, etc.”. No final do século XIX, a idéia de direito subjetivo

e individual ainda estava intrinsecamente relacionada à idéia de liberdade negativa, e a liberdade positiva era vista na forma de um direito mais amplo, sobre-subjetivo. Isso fica claro num texto escrito em 1885 por Prévost-Paradol, que chama de “direito nacional” o direito de decisão do povo acerca das políticas externa e interna por meio do Parlamento<sup>18</sup>.

Portanto, o povo possui uma margem de liberdade não apenas quando não é objeto de poder (o que não seria, a rigor, “liberdade”, pois essa situação é verificável em qualquer regime, seja democrático ou autocrático), mas também quando é objeto de poder (característica essa, conforme a tradição liberal clássica, que define os regimes constitucionalistas liberais, dos quais a democracia liberal é uma derivação).

A idéia de liberdade individual clássica se formou independentemente da idéia de democracia. A unanimidade do contrato social formado, que funda o Estado Moderno na ideologia liberal, choca-se com o princípio majoritário do parlamentarismo e da democracia. Kelsen identifica um conflito entre vontade do indivíduo e vontade geral, a qual se apresenta ao indivíduo como vontade alheia, pois gesta a ordem estatal a partir do princípio da maioria, e não do consenso, este último, sim, origem do contrato social no liberalismo clássico (pacto de consentimento de Locke). Kelsen defende que a “vontade geral” (*volonté générale*) de Rousseau (expressão que indica a ordem estatal objetiva, válida independentemente da vontade dos indivíduos) é absolutamente incompatível com a teoria do contrato social, o qual é uma função da vontade de todos (*volonté de tous*). Para ele: “[...] mesmo que a vontade geral seja realizada diretamente pelo povo, o indivíduo é livre só por um momento, isto é, durante a votação, mas apenas se votou com a maioria e não com a minoria vencida” (KELSEN, 1993, p. 29).

Como já antecipado, a forma que o liberalismo encontrou para defender a liberdade foi o constitucionalismo. Segundo Montesquieu (1995, p. 186):

“Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo que ninguém será constringido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite”.

Montesquieu defende em sua obra uma monarquia constitucional. Montesquieu (1995, p. 186, grifo nosso) é bem claro ao se posicionar contra a democracia, apesar de ter em mente, quando escreve, a democracia direta:

“É verdade que nas democracias o povo pode fazer o que quer; mas liberdade política não consiste nisso. Num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constringido a fazer o que não se deve desejar”.

Trata-se do problema da *vontade racional*. Mais especificamente do controle da vontade irracional. Não por outra razão que a principal preocupação de Montesquieu (1995, p. 193-194) era neutralizar o poder, e não separar o poder.

“Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo, sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo que o será, por sua vez, pelo poder legislativo”.

O foco inicial eram as monarquias constitucionais, em oposição ao absolutismo do Antigo Regime.

Para justificar a união democracia e liberalismo (ou seja, a formação das democracias liberais), Kelsen recorreu à tese da “metamorfose da idéia de liberdade”. Kelsen vai além das abordagens de Michelangelo Bovero e Isaiah Berlin, que separam duas idéias de liberdade (liberdade negativa e liberdade positiva), que apresentariam uma oposição lógica entre si, para defender que o ideal democrático exige uma liberdade transformada. Bovero defendeu que é sobre

a conjunção dos aspectos fundamentais dessas duas liberdades que se funda a noção comum de democracia (“liberal-democracia”). Aqui Bovero adotou o critério de complementariedade já abordado por Matteuci<sup>19</sup>, para quem a liberdade negativa sustenta e apóia a liberdade positiva, idéia também presente em Habermas, e chegou mesmo a dizer que melhor seria nomear a “liberdade positiva” de “autonomia”, por ela não indicar propriamente uma condição de liberdade, mas uma forma de poder, reservando a palavra “liberdade” para a idéia de “liberdade negativa” (BOVERO, 2002, p. 81). Kelsen, tomando outro caminho, preconiza que não se trata de uma distinção histórico-etnográfica<sup>20</sup>: para ele, ocorreu uma “transformação semântica” na noção de liberdade, ou seja, a liberdade da democracia é fruto da transformação da liberdade negativa em liberdade positiva (“a passagem da forma germânica à chamada forma antiga”). Mas não pára aí. Esse seria o primeiro estágio de transformação; o segundo seria a substituição da primazia do indivíduo pela primazia da coletividade. Essa substituição seria própria da ideologia democrática. Portanto, para ele, na democracia, a liberdade do indivíduo é “irrealizável”. Daí se falar em liberdade da coletividade: “[...] o indivíduo que cria a ordem do Estado, organicamente unido a outros indivíduos, é livre justamente nos laços dessa união, e apenas nela” (KELSEN, 1993, p. 33).

## 7. Conclusão

O processo histórico que gera o direito individual e o identifica com a liberdade passa pelas revoluções filosóficas da rejeição da vontade, do individualismo, do nominalismo e da emancipação epistemológica, revoluções que, por sua vez, passam pelo cristianismo, por Occam e Descartes e pela teoria do contrato social de Locke. A representação defendida pelo liberalismo clássico era uma representação censitária, que poderia filtrar a racionalidade da vontade



geral. Stuart Mill chega até a defender uma representação intelectual, preconizando que, diante da polarização entre dois grandes blocos – o dos proprietários e o dos trabalhadores assalariados –, o fiel da balança deveria ser um terceiro grupo, as elites culturais, com o peso de seu voto sendo superior a 1. A democracia propriamente dita é um elemento estranho a todo esse processo, só tendo sido incorporada no século XIX, com o alargamento do sufrágio e a multiplicação dos órgãos representativos.

A tensão epistemológica que existe entre a concepção de democracia e a de direito individual como “liberdade contra o Estado”, para usar expressão de Dworkin, pode ser hoje sentida nas constituições contemporâneas. Numa Constituição como a brasileira, têm-se, de um lado, os direitos individuais (art. 5º), que representam a tradicional tutela das liberdades individuais (liberdade pessoal, política e econômica), em que vige a liberdade negativa clássica, e, do outro lado, os direitos sociais (art. 7º a 11), que representam direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social produzida. De um lado, um Estado que não deve intervir; do outro, um Estado paternalista e intervencionista. Nas palavras de Gozzi (1993, p. 401), “a forma do Estado oscila, assim, entre a liberdade e a participação”. É o conflito irresolúvel entre liberdade positiva e liberdade negativa, já preconizado por Isaiah Berlin.

Daí Kelsen preferir uma nova concepção de liberdade, para que o liberalismo possa, epistemologicamente, receber a democracia e as demandas populares. Não por outra razão que Gozzi escreveu que o “Estado Social”, regido pela “liberdade da coletividade” referida por Kelsen, é a emergência da crise do constitucionalismo liberal.

### Notas

<sup>1</sup> Os próprios gregos costumavam se referir a duas realidades diferentes por meio do nome *demokratia*: a forma de comunidade política em que o poder de decisão política está nas mãos da assembléia de

todos os cidadãos ou a forma na qual tal poder está nas mãos da parte pobre e não-nobre da população (que era a verdadeira “maioria”, segundo Aristóteles). Aristóteles (1991, p. 94), por exemplo, usa o termo num sentido negativo, qualificando a democracia como a degeneração da *república* ou *politéia*.

<sup>2</sup> Os “cidadãos” eram os homens gregos livres de nascimento (não-escravos) (BOVERO, 2002, p. 16).

<sup>3</sup> “O homem é, por sua natureza [...], um animal feito para a sociedade civil” (ARISTÓTELES, 1991, p. 45).

<sup>4</sup> Locke (2000, p. 97) o anunciou implicitamente ao dizer que o pacto não seria pacto se o indivíduo “ficasse livre e sob nenhum outro vínculo senão aquele em que se achava no estado de natureza”.

<sup>5</sup> “Num Estado, isto é, numa sociedade onde há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar” (MONTESQUIEU, 1995, p. 186).

<sup>6</sup> John Rawls (2002) traz uma abordagem muito semelhante, provavelmente inspirada em Rousseau. O “consenso sobreposto” de Rawls está próximo da “vontade geral” de Rousseau. Rawls (2002) espera que os cidadãos julguem os valores políticos como prioritários em relação a quaisquer outros valores não-políticos que possam conflitar com eles e que o debate na esfera pública se limite ao âmbito do político (sem a influência conflitiva de doutrinas particulares e sem a concorrência de concepções políticas de justiça que não a consensuada). Em outras palavras, “[...] fica excluído qualquer conhecimento que tenda a causar distorções e preconceitos, ou a colocar os homens uns contra os outros” (RAWLS, 2002, p. 217). Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2001, p. 10) traz uma contribuição complementar: “Ora, como regular essa competição [entre indivíduos, grupos, a guerra de todos contra todos] sem privilegiar uns em detrimento de outros, a não ser mediante normas gerais e impessoais? Igualmente, o respeito aos direitos fundamentais do homem supõe a sua definição e sua limitação por normas gerais e impessoais, pois, de outra forma, se quebraria a igualdade, e, assim, se desrespeitaria o primeiro desses mesmos direitos”.

<sup>7</sup> “O termo ‘númeno’ (mais propriamente ‘nómenon’) significa “o que é pensado”. [...] Como ‘ser pensado’ é entendido aqui como “o que é pensado pela razão” (ou pela intuição intelectual), geralmente se equipara o ‘númeno’ a ‘o inteligível’. O mundo dos númenos é, assim, o *mundus intelligibilis*, contraposto, desde Platão, ao *mundus sensibilis*, ao mundo dos fenômenos” (MORA, 2001, p. 2119).

<sup>8</sup> “Law does not refer to a single class of individual things, but to normative relations between human beings in which material things may also figure. However, what is the nature of these relations? They are of a conceptual nature themselves. Laws and rights are conceptual expressions of expectations of people

who claim to be in a position to tell others what to do and what not to do. These claims can be more or less realistic if treated as predictions about human behaviour, but they do not refer to anything existing independently from human imagination, even though they can become 'real' in a sense because people often act on these imaginations. Applying Occam's razor it would seem that we can understand normative language and expectations perfectly well without the assumption that societies or norms have a metaphysical existence, an existence that is independent of our collective imaginations, however 'real' these imaginations may work out in social practice. Therefore, the statement that law represents a social reality but not a metaphysical reality, is not a contradiction. Occam would not have denied that we have ideas, he would only deny that they have an existence which is independent of our thinking. It is also no implication of the nominalist view that rights are somehow less important for us because they are metaphysically unreal" (ROOS, 1996, p. 161-212).

<sup>9</sup> "The rendering of fact so that lawyers can plead it, judges can hear it, and juries can settle it is just that, a rendering: as any other trade, science, cult, or art, law, which is a bit of all of these, propounds the world in which its descriptions make sense. [...] the point here is that the 'law' side of things is not a bounded set of norms, rules, principles, values, or whatever from which jural responses to distilled events can be drawn, but part of a distinctive manner of imagining the real" (GEERTZ, 2000, p. 173).

<sup>10</sup> "Men living together according to reason, without a common superior on earth, with authority to judge between them, is properly the state of nature. But force, or a declared design of force, upon the person of another, where there is no common superior on earth to appeal to for relief, is the state of war: and it is the want of such an appeal gives a man the right of war even against an aggressor, tho' he be in society and a fellow subject. [...] Want of a common judge with authority, puts all men in a state of nature: force without right, upon a man's person, makes a state of war, both where there is, and is not, a common judge" (LOCKE, 2007).

<sup>11</sup> Amartya Sen (2000, p. 72-108) propôs reverter essa lógica nominalista ao exigir, para a obtenção da verdadeira liberdade, uma combinação entre direitos e capacidade de gozo.

<sup>12</sup> Como precisamente colocou Dumont (1985, p. 23): "[...] o nominalismo, que confere realidade aos indivíduos e não às relações, aos elementos e não aos conjuntos, é muito forte entre nós".

<sup>13</sup> Descartes (2000) queria estabelecer um método universal, inspirado no rigor matemático e em suas "longas cadeias de razão": 1) A primeira regra é a *evidência*: não admitir "algo como verdadeiro que eu não conhecesse claramente como tal". Em outras palavras, evitar toda precipitação e só ter por verdadeiro o que

for claro e distinto, isto é, o que "eu não tivesse motivo algum de duvidar". Por conseguinte, a evidência é o que salta aos olhos, apesar de todos os esforços, é o que resiste a todos os assaltos da dúvida, apesar de todos os resíduos, o produto do espírito crítico; 2) A segunda é a regra da *análise*: "repartir cada uma das dificuldades [...] em tantas parcelas quantas fossem possíveis"; 3) A terceira é a regra da *síntese*: "conduzir por ordem meus pensamentos, iniciando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para elevar-me, pouco a pouco, como galgando degraus, até o conhecimento dos mais compostos"; 4) A última é a revisão, para que estivesse certo de nada ter omitido (DESCARTES, 2000, p. 49-50).

<sup>14</sup> O método cartesiano tornou-se muito célebre, pois os séculos posteriores viram nele uma manifestação do livre exame e do racionalismo: ele afirma a independência da razão e a rejeição de qualquer tradição e autoridade. Por essa razão, os filósofos do século XVIII estenderiam esse método a domínios de que Descartes, importante ressaltar, o excluiu expressamente, como o político.

<sup>15</sup> Em uma palavra, em vez de voltar nossas forças contra nós mesmos, reunamo-las em um poder supremo que nos governe segundo leis sábias, que proteja e defenda todos os membros da associação, repila os inimigos comuns e nos mantenha em uma eterna concórdia" (ROUSSEAU, 1989, p. 99).

<sup>16</sup> "Here, it is like, the common question will be made, Who shall be judge, whether the prince or legislative act contrary to their trust? This, perhaps, ill-affected and factious men may spread amongst the people, when the prince only makes use of his due prerogative. To this I reply, The people shall be judge; for who shall be judge whether his trustee or deputy acts well, and according to the trust reposed in him, but he who deposes him, and must, by having deposed him, have still a power to discard him, when he fails in his trust? If this be reasonable in particular cases of private men, why should it be otherwise in that of the greatest moment, where the welfare of millions is concerned, and also where the evil, if not prevented, is greater, and the redress very difficult, dear, and dangerous?" (LOCKE, 2007).

<sup>17</sup> "Nenhum poder público foi alguma vez tão penetrante que tivesse conseguido regular todos aqueles modelos de comparticipação, divisão e troca que dão forma a uma sociedade. As coisas escapam ao domínio do Estado; concebem-se novos modelos tais como redes familiares, mercados negros, alianças burocráticas e organizações políticas e religiosas clandestinas. As autoridades públicas podem obrigar ao pagamento de impostos, recrutar, atribuir, regular, nomear, recompensar ou punir, mas não podem controlar os bens todos nem fazer-se substituir pelos outros agentes de distribuição [de bens]" (WALZER, 1999, p. 22).

<sup>18</sup> Ao falar sobre a Inglaterra, Padarol (2003, p. 94-95) escreve: "Duas espécies de direito existem hoje lá e se

aplicam sem ser contestados por ninguém: o primeiro, que eu denominaria naturalmente de *direito pessoal*, consiste em que cada inglês tem sólidas e numerosas garantias de não ser lesado pelo poder, nem em seus bens e nem em sua pessoa; o segundo, que merece o nome de *direito nacional*, consiste em que o povo inglês decida soberanamente, por meio do seu Parlamento e dos ministros que dele dependem, da política externa e interna de seu país”.

<sup>19</sup> “[...] a liberdade positiva de participar na formação da vontade do Estado exige, como condição necessária, a liberdade negativa, isto é, que o Estado não tolha os direitos da liberdade de expressão, da liberdade de imprensa, de associação, de religião, etc.” (MATTEUCCI, 1993, p. 257).

<sup>20</sup> Kelsen (1993, p. 28-29) chama a liberdade positiva de “liberdade antiga” (como Benjamin Constant) e a liberdade negativa (que é a “liberdade dos modernos”, liberdade a que se referia Hobbes, como ausência de impedimentos), de “liberdade dos germanos”.

### Referências

- ARANTES, Paulo Eduardo. Hegel: vida e obra. In: HEGEL. *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: M. Fontes, 1991.
- \_\_\_\_\_. Ética a nicômaco. In: MAFFETTONE, Sebastião; VECA, Salvatore (Org.). *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. São Paulo: M. Fontes, 2005.
- BARZOTTO, Luís Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática à ética. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 28, n. 59, jun. 2004.
- BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade*. São Paulo: Cia das Letras, 2002.
- BERMAN, Harold J. *Law and revolution*. Cambridge: Harvard University, 1983.
- BOVERO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.
- CHAUÍ, Marilena. Público, privado e despotismo. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: M. Claret, 2006.
- DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 1996.
- DESCARTES. Discurso do método. In: \_\_\_\_\_. *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FÜHRER, Maximiliano Roberto E. *História do direito penal*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GEERTZ, Clifford. *Local knowledge*. 2. ed. New York: Basic Books, 2000.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- GOZZI, Gustavo. Estado contemporâneo. In: BOBBIO, Norberto et al (Org.). *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: Edunb, 1993.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: M. Fontes, 1993.
- LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo civil. In: WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2000. 1 v.
- LOCKE, John. Two treatises of government. *Domínio Público*, Brasília, [200-?]. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/gu007370.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2007.
- MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto et al (Org.). *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: Edunb, 1993.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- MORA, J. Ferrater. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Loyola, 2001.
- PLATÃO. *A república*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PRÉVOST-PARADOL. Estudo sobre os moralistas franceses e reflexões sobre outros temas. In: LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso sobre a servidão voluntária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- RANCIÈRE, Jacques. O dissenso. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- ROOS, Nikolas H. M. On property without properties an inquiry into the metaphysical foundations and the coherence of property law. In: MAANEN, G. E. van;

- WALT, A. J. van der. *Property on the threshold of the 21st century*. [S. l.]: Antwerpen, 1996.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Brasília: UnB, 1989.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. In: ROUSSEAU. *Os pensadores*: São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- SARTORI, Giovanni. *A política*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada: as questões clássicas*. São Paulo: Ática, 1994. 2 v.
- SARTORI, Giovanni. *Homo videns: televisão e pós-pensamento*. São Paulo: EDUSC, 2001.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, Franklin Leopoldo e. Bérqson, Proust: tensões do tempo. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Tempo e história*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: M. Fontes, 2005.
- WALZER, Michael. *As esferas da justiça*. Lisboa: Presença, 1999.