

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

AUGUSTO SPERB MACHADO

**O ESTADO DE DIREITO E A LIBERDADE COMO NÃO DOMINAÇÃO:
ESBOÇO DE UMA CONCEPÇÃO NEORREPUBLICANA DA LEGALIDADE**

Porto Alegre

2020

AUGUSTO SPERB MACHADO

**O ESTADO DE DIREITO E A LIBERDADE COMO NÃO DOMINAÇÃO:
ESBOÇO DE UMA CONCEPÇÃO NEORREPUBLICANA DA LEGALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Filosofia.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Baptista Caruso MacDonald

Porto Alegre

2020

CIP - Catalogação na Publicação

Sperb Machado, Augusto

O Estado de Direito e a liberdade como não
dominação: esboço de uma concepção neorrepublicana da
legalidade / Augusto Sperb Machado. -- 2020.

169 f.

Orientador: Paulo Baptista Caruso MacDonald.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do
Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências
Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Porto
Alegre, BR-RS, 2020.

1. Estado de Direito. 2. Princípios da legalidade.
3. Liberdade republicana. 4. Liberdade como não
dominação. 5. Neorrepublicanismo. I. Baptista Caruso
MacDonald, Paulo, orient. II. Título.

AUGUSTO SPERB MACHADO

**O ESTADO DE DIREITO E A LIBERDADE COMO NÃO DOMINAÇÃO:
ESBOÇO DE UMA CONCEPÇÃO NEORREPUBLICANA DA LEGALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Filosofia.

Aprovada em: Porto Alegre, 6 de março de 2020.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. José Guilherme Giacomuzzi
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Nikolay Steffens Martins
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Baptista Caruso MacDonald
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Orientador)

Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

AGRADECIMENTOS

G. A. Cohen (2013, p. 174) relata ter ouvido Bernard Williams elogiar a obra de um autor, certa vez, por seu texto revelar que “suas melhores reflexões foram feitas fora da página”. Receio que ninguém, por mais caridoso que seja, poderá dizer o mesmo desta dissertação. A maioria das reflexões nela contidas são fruto de um processo de descoberta desenvolvido *na* página, no calor da escrita. Elas são, no entanto, apenas parte do caminho trilhado. O mais importante de tudo esteve sempre fora da página, no apoio de pessoas a quem devo muito.

Agradeço, primeiramente, ao Prof. Paulo B. C. MacDonald, cuja orientação teve um papel fundamental tanto na escolha do tema quanto na elaboração deste trabalho. Agradeço também aos professores Alfredo Carlos Storck, Wladimir Barreto Lisboa e Nikolay Steffens Martins pelo estímulo dado durante todos os meus anos de formação. Agradeço, ainda, ao Prof. José Guilherme Giacomuzzi pelos preciosos apontamentos que fez enquanto membro externo da banca examinadora desta dissertação.

Agradeço ao escritório Aloísio Zimmer Advogados Associados pelas condições fornecidas para que minhas atividades de mestrado pudessem ser conciliadas com o trabalho ao longo do ano de 2018. Em especial, sou grato a Aloísio Zimmer Jr. pela convivência, pelo encorajamento e pelos muitos aprendizados.

Pela oportunidade de apresentar ideias que vieram a dar origem ao capítulo 2 desta dissertação, agradeço às comissões organizadoras da Semana Acadêmica de Filosofia da UFRGS ocorrida em 2017 e dos Seminários Discentes do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFRGS ocorridos em 2018.

Pela parceria de longa data, apesar da distância e dos desencontros, agradeço a Erick Feijó, Flavio Perlasca, Guilherme R. H., Jacqueline Goulart, João Guilherme da Costa, Lucas Abrão e Tiago Zanon. Pelas conversas no Vale e pelos grupos de estudos no Centro, agradeço a Artur Tonon, Edison Consiglio, Fernando Campos, Gabriel Yordi, Gerson Tadeu, Maria Clara Sales, Northon Bernardes e Thomaz Spolaor. Em particular, sou extremamente grato a Artur Tonon pela ajuda na revisão final e pelos excelentes apontamentos feitos a esta dissertação.

Pelos exemplos de pessoa que são e pelo amor de uma vida inteira, agradeço aos meus pais, Sezefredo de Almeida Machado e Liana Angelica Sperb Machado. Agradeço também aos meus irmãos, Guilherme Sperb Machado e Tiago Sperb Machado, pelo amparo de sempre.

Por fim, agradeço a Clara Stefanello Sakis não apenas pelo enorme auxílio prestado nas etapas finais de redação e de revisão do texto, como também pelo carinho, pelo extremo companheirismo e pelos sonhos. Principalmente pelos sonhos.

Ajustado o acordo, e restabelecida a antiga forma política romana, Virgínio citou Ápio para defender sua causa perante o povo. O acusado compareceu cercado de nobres, e Virgínio ordenou que fosse colocado na prisão. Ápio pôs-se a gritar e a apelar ao povo. Virgínio dizia que ele não era digno do apelo que havia abolido, nem devia ser defendido pelo mesmo povo que ofendera. Ápio replicava que o povo não devia violar a regra da apelação que se quis restabelecer com tal empenho. Ele então foi preso e se suicidou antes do dia do julgamento. Embora a vida celebrada de Ápio merecesse todo tipo de castigo, foi, entretanto, coisa pouco civil violar as leis, sobretudo aquela cuja restauração era recente. Com efeito, não acredito que haja pior exemplo em uma república do que o de criar uma lei e não a observar, sobretudo quando sua não observância se deve àquele que a promulgou.

— Nicolau Maquiavel

Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio
(MAQUIAVEL, 1994, p. 145, tradução adaptada)

RESUMO

De acordo com o neorrepublicanismo, a liberdade deve ser compreendida como a ausência de dominação e não como a ausência de interferência. O presente trabalho elabora o esboço de uma concepção do Estado de Direito alicerçada sobre a noção neorrepublicana de liberdade. Para tanto, seu argumento desdobra-se em duas partes. Em primeiro lugar, identificam-se os vários obstáculos a uma adequada compreensão do Estado de Direito. Disso, extraem-se os elementos fundamentais que toda concepção da legalidade deve apresentar: uma lista de princípios, seu campo de aplicação, seu aparato conceitual implícito e suas preocupações morais subjacentes. Em segundo lugar, introduz-se a liberdade neorrepublicana como justificção do Estado de Direito, a fim de verificar as consequências que aquele conceito de liberdade tem para este ideal político. Daí, resultam três teses sobre o valor de “um império de leis e não de indivíduos”: a primeira, que o direito enquanto direito é, em virtude de seus traços constitutivos, um meio necessário para que haja, em qualquer grau, liberdade como não dominação; a segunda, que a conformidade com os princípios do Estado de Direito necessariamente promove, em algum grau, a liberdade como não dominação (via redução do *imperium* dos oficiais de um sistema jurídico); e a terceira, que os mesmos elementos constitutivos do direito que o tornam um meio necessário para a garantia da liberdade como não dominação devem servir de fundamento para a formulação dos princípios da legalidade. A articulação dessas três teses, conclui-se, mostra o ideal do Estado de Direito sob outra luz, portador de um potencial até então inexplorado e a serviço de uma liberdade mais robusta.

Palavras-chave: Estado de Direito. Princípios da legalidade. Liberdade republicana. Liberdade como não dominação. Neorrepublicanismo.

ABSTRACT

According to neo-republicanism, freedom should be understood as the absence of domination, not as the absence of interference. This thesis provides the outline of a Rule-of-Law conception grounded on the neo-republican idea of freedom. To that end, its argument unfolds in two stages. Firstly, it detects the many obstacles preventing an appropriate conception of legality from being obtained. By doing so, one derives the fundamental elements every conception of legality must possess: a list of principles, their application scope, their implicit conceptual apparatus and their underlying moral concerns. Secondly, the argument introduces the neo-republican freedom as a justification of the Rule of Law in order to check what implications the former has for the latter. Three theses about the value of “an empire of laws, not of individuals” arise: the first states that law as such, due to its essential features, is a necessary means to the existence of freedom as non-domination to any degree; the second, that compliance with the Rule-of-Law principles necessarily promotes freedom as non-domination at least to some degree (by reducing the legal officials’ *imperium*); the third, that the same essential features which make law a necessary means to ensure freedom as non-domination must also be the foundations for crafting principles of legality. The interaction between these three theses sheds new light on the Rule of Law, unveiling its yet-to-be-explored potential and its ability to promote a more robust freedom.

Keywords: Rule of Law. Principles of legality. Republican freedom. Freedom as non-domination. Neo-republicanism.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Componentes do ideal neorrepblicano de Estado segundo Philip Pettit	120
--	-----

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Comparações relevantes para o ideal do Estado de Direito.....	121
Tabela 2 – Comparação entre a existência e a inexistência de um sistema jurídico em função da dominação.	127
Tabela 3 – Comparação entre a conformidade e a desconformidade com o ideal do Estado de Direito em função dos níveis relativos de <i>imperium</i>	130

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
(a) O atual estado do Estado de Direito	19
(b) O problema da justificação moral do Estado de Direito	22
(c) À procura de uma justificação fundada na liberdade republicana	23
(d) Relevância, escopo e método	28
(e) Organização dos capítulos	34

PARTE I

O IDEAL DO ESTADO DE DIREITO

1 DA INTUIÇÃO FUNDAMENTAL AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE	39
1.1 “Império de leis e não de indivíduos”	41
1.2 As listas de exigências do Estado de Direito	44
2 QUESTÕES PERSISTENTES	55
2.1 Questões metodológicas	55
2.2 Questões normativas.....	60
2.2.1 <i>Questões sobre o campo de aplicação do Estado de Direito</i>	61
2.2.2 <i>Questões sobre a justificação do Estado de Direito</i>	66
2.3 Questões institucionais	76

PARTE II

O IDEAL NEORREPUBLICANO DO ESTADO DE DIREITO

3 A LIBERDADE COMO NÃO DOMINAÇÃO E O DIREITO	85
3.1 O lugar da liberdade no argumento em favor do Estado de Direito	86
3.1.1 <i>A estrutura fundamental da justificação moral do Estado de Direito</i>	86
3.1.2 <i>Duas justificações teleológicas do Estado de Direito: neorrepublicana e liberal</i>	87
3.2 A liberdade liberal: não interferência	91
3.2.1 <i>A liberdade antes do neorrepublicanismo: Isaiah Berlin e as noções “negativa” e “positiva” de liberdade</i>	92
3.2.2 <i>Algumas implicações da liberdade como não interferência para o direito</i>	98
3.3 A liberdade neorrepublicana: não dominação	102
3.3.1 <i>A liberdade após o neorrepublicanismo e as suas inspirações: o resgate de um terceiro conceito de liberdade</i>	102
3.3.2 <i>Algumas implicações da liberdade como não dominação para o direito</i>	109

4 A DEFESA NEORREPUBLICANA DO ESTADO DE DIREITO	115
4.1 Em direção a uma concepção neorrepública do Estado de Direito	117
4.1.1 <i>O lugar do ideal do Estado de Direito na filosofia neorrepública</i>	117
4.1.2 <i>Os fundamentos neorrepúblicos do ideal do Estado de Direito: comparações e teses</i> ...	121
4.1.3 <i>O contraste com a justificação liberal do Estado de Direito</i>	133
4.2 A reação neorrepública às questões persistentes sobre o Estado de Direito	136
4.2.1 <i>Reações quanto aos problemas sobre o campo de aplicação do Estado de Direito</i>	136
4.2.2 <i>Reações quanto aos problemas sobre a justificação do Estado de Direito</i>	141
4.2.3 <i>Reações quanto aos problemas de institucionalização do Estado de Direito</i>	147
CONCLUSÃO	151
REFERÊNCIAS	157

INTRODUÇÃO

Este trabalho é uma tentativa de articular três teses. Primeiro, que o Estado de Direito é efetivamente um ideal que deve ser perseguido pelas sociedades contemporâneas. Segundo, que o valor do Estado de Direito se justifica pelo fato de que arranjos sociais que respeitam esse ideal promovem a liberdade humana. Terceiro, que se deve compreender o ideal da liberdade a partir da ausência de dominação, em oposição à ausência de interferência.

Não defenderei, entretanto, cada uma dessas teses individualmente. Minha preocupação é com a sua articulação. Sustentarei que *se* a liberdade for compreendida como não dominação, consequências importantes se seguem para a compreensão do ideal da legalidade. O desenho normativo e institucional que resulta dessa conexão, argumentarei, apresenta vantagens consideráveis. Ele não apenas fornece chaves de compreensão para problemas recorrentes nos estudos sobre o valor da legalidade, mas indica também caminhos promissores para responder a alguns desses desafios que insistem em dificultar a elaboração de uma concepção adequada do ideal do Estado de Direito.

Nesta introdução, pretendo apresentar em linhas gerais: (a) uma contextualização da ideia de Estado de Direito na teoria e na prática contemporâneas; (b) o problema central que será atacado por esta dissertação; (c) a resposta específica que será delineada por este trabalho; (d) a relevância de uma tal investigação, seus limites e seus métodos; e, por fim, (e) a organização geral dos capítulos que a compõem.

(a) O atual estado do Estado de Direito

Fala-se que as últimas décadas têm sido os tempos áureos do ideal do Estado de Direito. O diagnóstico não é novo. “Lugar-comum universal” (LOUGHLIN, 2018, p. 7), “um termo internacional para ‘viva!’” (KRYGIER, 2011, p. 64) e “ortodoxia” (TAMANAH, 2004, p. 1) são apenas alguns dos modos pelos quais a posição desse ideal no contexto político das últimas décadas tem sido caracterizada.¹ Esse diagnóstico de triunfo pode, entretanto, espantar. Em um contexto em que muitos constataam a expansão de regimes personalistas e populistas mundo afora (KENDALL-TAYLOR; FRANTZ; WRIGHT, 2017, p. 7-8; URBINATI, 2019, p. 1, 4), como poderia alguém pensar que o “império de leis e não de homens”, para usar a expressão consagrada por James Harrington (1992, p. 8, 20-21), venceu? Deve-se evitar mal-entendidos.

¹ Todas as citações de obras escritas em língua estrangeira são traduzidas por mim, salvo se se referirem diretamente a edições em português. Para tanto, consultar [lista de referências](#) ao final desta dissertação.

Para tanto, melhor seria afirmar, valendo-se de uma conhecida expressão popular, que, no jogo da moralidade política, o Estado de Direito “ganhou, mas não levou”.

“Ganhou” não no sentido de que o ideal do Estado de Direito se encontra hoje plenamente concretizado. As estimativas disponíveis apontam, em sentido contrário, para abundantes deficiências em inúmeros países (WORLD JUSTICE PROJECT, 2019). Quando autores como Thomas Carothers (1998) e Martin Loughlin (2018) escrevem, respectivamente, artigos intitulados “The Rule of Law Revival” ou “The Apotheosis of the Rule of Law”, é a certa onipresença de discursos em favor de tal ideal que eles se referem, independentemente de seu enaltecimento ser carregado de sinceridade ou de cinismo. De fato, o Estado de Direito se tornou “um mantra universal no palco internacional” (LOUGHLIN, 2018, p. 6), a ponto de Carothers (1998, p. 95) afirmar que “[n]ão se pode entrar num debate sobre política externa hoje em dia sem alguém propor o Estado de Direito como solução para os problemas mundiais”. Por ser considerado um “elixir para países em transição” (CAROTHERS, 1998, p. 99), diversos países, personalidades políticas e organizações internacionais começaram a exortar, desde o final da década de 1970, a comunidade global a construir, por toda parte, “impérios de leis” (ver TAMANAHA, 2004, p. 1-3). A crença extremamente difundida de que esse seria o instrumento adequado para a consolidação de regimes democráticos, economias de mercado, redes de globalização, ambientes de investimento e combate à corrupção é, assim, o que motiva o diagnóstico de que o Estado de Direito “ganhou”.

O ideal do “império de leis e não de homens”, no entanto, “não levou”. Apesar dos esforços práticos e teóricos para melhor promovê-lo e melhor compreendê-lo, “o movimento em direção ao Estado de Direito é amplo, mas superficial” (CAROTHERS, 1998, p. 103). No campo prático, há aquilo que Joseph Raz (1979, p. 211) chamou de “uso promíscuo, feito em anos recentes, da expressão ‘o Estado de Direito’”. Declarações de endosso ao ideal por parte dos governantes muitas vezes são mero discurso (CAROTHERS, 2009, p. 52). Quando não o são, as medidas que daí resultam frequentemente se limitam a poucas reformas legislativas e institucionais (CAROTHERS, 1998, p. 99-100). Já no campo teórico, a própria ideia do que seria “um império de leis e não de homens”, quando analisada com mais atenção, revela-se bastante controversa. Essas discordâncias, que não são banais, fazem crer, nas palavras de Carothers (2009, p. 53), que “quando diversos atores nacionais e internacionais se reúnem e concordam que todos eles se comprometem a ajudar a construir o Estado de Direito em um país ou contexto particular, eles comumente concordam em muito menos do que inicialmente parece”. Deve-se, portanto, desconfiar de qualquer diagnóstico de vitória do Estado de Direito, mesmo no sentido mais restrito de uma generalizada exaltação de tal ideal. Sinceras ou insinceras, as

várias odes à legalidade podem estar falando de coisas diferentes. Ou pior: como garantir que essas “palavras mágicas”, em momentos de desacordo, não significam nada mais do que simplesmente “viva o nosso lado!” (WALDRON, 2002, p. 139)? É nesse sentido que o Estado de Direito “não levou”. Para usar outra expressão popular, ele “venceu, mas não convenceu”.

Ilustrações do “uso promíscuo” e das enormes divergências que contribuem para a desconfiança de um suposto triunfo do Estado de Direito não faltam. No campo prático, Jeremy Waldron (2002, seç. I e IV) cita o exemplo do caso *Bush vs. Gore*, decidido pela Suprema Corte norte-americana quando da recontagem de votos no estado da Flórida após a eleição presidencial dos Estados Unidos em 2000. Naquele cenário de disputa política acalorada, o debate público centrou-se sobretudo no ideal da legalidade. Quem deveria decidir tal imbróglio? Valendo-se do Estado de Direito, um dos lados defendia que toda decisão caberia à autoridade legalmente investida com tais poderes (no caso, a Suprema Corte), ao passo que outros sustentavam que um sistema jurídico não poderia, sob pena de violar o ideal da legalidade, atribuir poderes discricionários a certas pessoas em particular. Além disso, como se deveria decidir um caso tão delicado quanto esse? Enquanto alguns argumentavam que regras localmente aplicáveis deveriam sempre servir de *ratio decidendi*, outras pessoas rebatiam que essa forma “mecânica” de raciocínio jurídico seria justamente a antítese da legalidade, preferindo o uso de padrões normativos mais sensíveis às circunstâncias. Por fim, por que levar esse caso ao Poder Judiciário? Por um lado, alguns falavam que um Estado de Direito não poderia jamais barrar o acesso dos cidadãos aos tribunais; por outro lado, criticava-se que a litigância em demasia seria no mais das vezes um sinal do fracasso da realização de tal ideal. Outras polêmicas nesse sentido poderiam ser mencionadas.

Na arena teórica, os desacordos são igualmente numerosos. Há Estado de Direito apenas quando o que governa a sociedade são regras “que emergem do processo judicial [...], derivadas das condições de uma ordem espontânea que o homem não produziu”, como defende F. A. Hayek (2013, p. 116)? Ou, ao contrário, um “império de leis” deve também dignificar o direito produzido pela vontade de uma maioria investida em uma legislatura, como contrapõe Jeremy Waldron (2007, p. 99-100)? Respeito aos direitos humanos é um dos requisitos para a realização do Estado de Direito, como Tom Bingham (2010, cap. 7) pensa ser o caso? Ou é em princípio possível, como afirma Joseph Raz (1979, p. 211), que “um sistema jurídico não democrático, baseado na rejeição dos direitos humanos [...], conforme-se às exigências do Estado de Direito melhor do que qualquer um dos sistemas jurídicos das mais iluminadas democracias ocidentais”? Mais uma vez, esses são apenas alguns pontos de tensão no debate intelectual. Há muitos outros, em diferentes níveis. Esses envolvem, por exemplo, problemas metodológicos (como

saber o que é o Estado de Direito?) e problemas institucionais (como promover o Estado de Direito?), os quais serão discutidos em alguma medida por este trabalho. Sua preocupação principal, no entanto, é outra.

(b) O problema da justificação moral do Estado de Direito

O nível de debate que interessa em primeiro lugar à presente dissertação diz respeito aos problemas *normativos* que envolvem tal ideal. O Estado de Direito importa? Quais são as suas exigências? Promovê-lo é moralmente certo ou bom? Se sim, por quê? Apesar do consenso aparente em torno da legalidade, vozes dissonantes que, de uma ou outra maneira, mostraram desconfiança frente à ideia de um “império de leis” continuam a influenciar o debate acadêmico.² Além disso, mesmo no território daqueles que gritam “viva!”, as razões fornecidas para sustentar o ideal da legalidade são muitas vezes desconhecidas ou confusas. Como Richard Fallon Jr. (1997, p. 41, grifo nosso) afirma, “os apelos ao Estado de Direito no discurso público, jurídico e político caracteristicamente pronunciam *conclusões*, mas revelam pouco do *padrão* de julgamento que essas conclusões pretendem refletir”. Nesse contexto, conseguir articular os valores que subjazem a determinações do tipo “isto viola o Estado de Direito” ou “aquilo não viola” representa um ganho teórico e prático significativo.

Discutindo os fundamentos de outro ideal político, a igualdade, T. M. Scanlon (2003, p. 202), em certo momento, escreve o seguinte: “[Q]uando pergunto-me por que acho tão importante que [...] desigualdades sejam eliminadas, descubro que as minhas razões para favorecer a igualdade são, na verdade, bastante diversas, e que a maioria delas remonta a valores fundamentais diferentes da própria igualdade.” Dessa constatação, retiram-se duas lições. Primeiro, que existiria não apenas uma, mas uma variedade de razões para promover o ideal político da igualdade. Segundo, que haveria uma predominância de razões instrumentais: por um lado, uma dificuldade em defender a igualdade em razão de ela ser *em si* um valor fundamental; por outro, uma facilidade em defendê-la em razão de *alguma outra coisa*. Independentemente de esses apontamentos serem verdadeiros no caso da igualdade, um argumento semelhante pode ser elaborado quanto ao Estado de Direito. Nas palavras de Waldron (2012a, p. 12), o Estado de Direito é apenas “uma estrela na constelação de ideais que dominam nossa moralidade política”.

² Entre eles, Carl Schmitt (ver SCHEUERMAN, 2020 para uma análise crítica), alguns autores contemporâneos da Escola de Frankfurt (ver SCHEUERMAN, 2017) e certas perspectivas do movimento do *Critical Legal Studies* (ver TUSHNET, 2018, esp. seq. II). Jeremy Waldron (2016a, seq. 7), com algumas ressalvas importantes, qualifica Platão e Thomas Hobbes como opositores do ideal do Estado de Direito. Leslie Green (1986, p. 1024) adiciona Michael Sandel na lista de céticos quanto à significância moral da legalidade.

Para justificar seu valor, recorre-se frequentemente a *outros* valores, ideais, deveres etc. Deve-se, assim, descobrir quais são esses valores mais fundamentais, bem como analisar de que maneira o Estado de Direito os realiza.

A resposta mais frequente a essa demanda de justificação é a de vislumbrar em alguma estrela maior de nossa constelação de valores uma razão para promover o Estado de Direito. Como candidatas a esse posto, pode-se mencionar a eficiência, a justiça e a dignidade. H. L. A. Hart (1983a, p. 114-115), por exemplo, sustenta que o respeito aos princípios que definem o conceito do Estado de Direito “maximizam”, de certo ponto de vista, “a probabilidade de que a conduta requerida pelo direito será obtida”, e que, portanto, “regras gerais claramente definidas e promulgadas publicamente são a forma mais eficiente de controle social”. Em outra ocasião, o mesmo autor referiu-se àquilo que “os juristas designam princípios da legalidade” como sendo “exigências de justiça” (HART, 2012, p. 207). Por fim, nomes de peso como Lon Fuller, Joseph Raz e Jeremy Waldron tomam o caminho da dignidade. “Todo desvio dos princípios da moralidade interna do direito é uma afronta à dignidade do homem enquanto agente responsável”, afirma o primeiro (FULLER, 1969, p. 162); “observância ao Estado de Direito é necessária para que o direito respeite a dignidade humana”, confirma o segundo (RAZ, 1979, p. 221); “há um comprometimento implícito com a dignidade nos tecidos e nos tendões do direito”, arremata o terceiro (WALDRON, 2012b, p. 222).

(c) À procura de uma justificação fundada na liberdade republicana

Neste trabalho, estarei preocupado com uma bastante tradicional candidata: a liberdade. Mas, embora amplamente explorada pela literatura, essa associação legalidade–liberdade não é evidente. Para alguns autores, há uma necessária incompatibilidade entre as duas. Thomas Hobbes, Jeremy Bentham e Isaiah Berlin são boas ilustrações. Segundo Hobbes (2012a, p. 450), “dizer que todas as pessoas de uma república têm liberdade em qualquer que seja o caso é dizer que, para tal caso, nenhuma lei foi feita; ou, então, que, tendo sido feita, está agora ab-rogada”. Bentham (1962, p. 301), no mesmo sentido, afirma que é uma “proposição [...] quase autoevidente” que “toda lei é contrária à liberdade”, exceto leis que repelem outras leis. Já nas palavras de Berlin (2002a, p. 41n, grifo do autor), “[t]oda lei [...] parece cercear *alguma* liberdade, embora possa ser um meio para aumentar uma outra”.

Em oposição a esse ponto de vista, outros autores — John Rawls, F. A. Hayek, Raymond Aron e H. L. A. Hart, para citar apenas alguns exemplos — defendem não apenas que os princípios da legalidade e o valor da liberdade são compatíveis, mas que também há alguma sinergia

entre eles. Evocando, assim como Bentham, um vocabulário de “evidência”, Rawls (1999, p. 207, grifo nosso) contrapõe que “[é] *óbvio* que o Estado de Direito tem uma conexão estreita com a liberdade”; pois, se as regras jurídicas constituem “os fundamentos [...] com base nos quais [as pessoas] podem legitimamente objetar quando suas expectativas são frustradas”, então, se essas regras forem incertas, “incertos também serão os limites das liberdades dos indivíduos”. Hayek (2011, p. 221), por sua vez, defende a tese de que “quando obedecemos a leis, no sentido de regras gerais e abstratas estabelecidas independentemente de sua aplicação a nós, não estamos sujeitos à vontade de outro homem e estamos, portanto, livres”. Aron (2006, p. 670), na mesma linha, argumenta que “a liberdade, escolha ou domínio reservado, obriga-me logicamente a desejar o sistema das leis sem o qual ela desapareceria”. Por fim, o mesmo Hart que viu nos princípios da legalidade uma inclinação à eficiência e à justiça ressaltou também a conexão entre liberdade e Estado de Direito: “[D]o ponto de vista do cidadão individual”, Hart (1983a, p. 115) escreve, regras gerais claramente definidas e promulgadas publicamente “são requeridas para que [o cidadão] tenha a vantagem de saber de antemão os meios pelos quais sua liberdade será restringida nas várias situações em que ele pode se encontrar”, o que — seguindo a interpretação que John Gardner faz de Hart³ — “maximiza a liberdade individual no interior do quadro coercitivo do direito em uma série de diferentes maneiras ou, talvez, diferentes sentidos” (HART, 2008a, p. 23).

Justificar o valor do Estado de Direito por referência à liberdade pressupõe, no entanto, uma concepção não apenas de Estado de Direito, mas também de liberdade. Isso traz à tona a difícil tarefa de cotejar os méritos das diferentes concepções desse ideal disponíveis na literatura. Nesta dissertação, figurará como protagonista não qualquer liberdade, mas a liberdade como *não dominação*, como indicado no início desta introdução. Esse modo de pensar a liberdade, segundo certa interpretação da história do pensamento político (PETTIT, 1997, p. 19-21; SKINNER, 1998, p. 84), está umbilicalmente ligado ao chamado “republicanismo clássico” ou “teoria neorromana”. Buscando sua fonte de inspiração em pensadores e historiadores romanos (como Cícero e Tito Lívio), essa tradição abrange autores como Nicolau Maquiavel (1469-1527), John Milton (1608-1674), James Harrington (1611-1677), Marchamont Nedham (1620-1678), Algernon Sidney (1623-1683), Richard Price (1723-1791), John Adams (1735-1826), Thomas Jefferson (1743-1826), James Madison (1751-1836), entre outros (LOVETT, 2018, p. 1-2).⁴ Graças a um interesse crescente na tradição republicana clássica, as ideias políticas de tal corrente de pensamento foram redescobertas e revitalizadas nas últimas décadas sobretudo

³ Essa interpretação pode ser encontrada em GARDNER, 2008, p. xxxviii, 2012a, p. 215-217, 2012c, p. 231.

⁴ As datas de nascimento e de morte dos autores foram retiradas de suas entradas na Wikipédia.

por Quentin Skinner (1998) e Philip Pettit (1997). Esse processo acabou por consolidar uma corrente contemporânea em filosofia política normativa hoje denominada “republicanismo cívico” ou “neorrepublicanismo” (PETTIT, 2010, p. 31-32, 2016, p. 16-17),⁵ que inclui em seus princípios tanto o ideal do Estado de Direito quanto a concepção da liberdade como não dominação.

A ideia de liberdade como não dominação diferencia-se de outras. Em especial, ela visa a se contrapor à ideia de liberdade como *não interferência* (ou “liberdade negativa”).⁶ Associada ao pensamento liberal⁷ e pressuposta por muitos dos autores que buscaram estabelecer uma conexão entre liberdade e legalidade, essa coloca ênfase na “área em que um homem pode agir desobstruído por outros”, no “objetivo ‘negativo’ de afastar a interferência”, no “máximo grau de não interferência compatível com as exigências mínimas da vida social” (BERLIN, 2002b, p. 169, 174, 207). Essa noção de liberdade negativa pode ser traduzida, de maneira proveitosa, pela seguinte metáfora:

[A liberdade como não interferência] implica [...] a ausência de obstáculos a possíveis escolhas e atividades — ausência de obstruções em estradas nas quais um homem pode decidir caminhar. Tal liberdade, em última instância, não depende de se eu de-sejo mesmo caminhar, ou quão longe, mas de quantas portas estão abertas, de quão abertas elas estão, de sua importância relativa em minha vida, mesmo que possa ser impossível literalmente medir isso de qualquer forma quantitativa [...]. De maneira similar, a ausência de tal liberdade se deve ao fechamento de tais portas ou à falha em abri-las como um resultado, intencional ou não intencional, de práticas humanas alteráveis, da operação de agências humanas (BERLIN, 2002a, p. 32).

Um dos principais responsáveis por popularizar o conceito de liberdade como não interferência na literatura contemporânea, Isaiah Berlin emprega a metáfora das portas a fim de elucidar seu significado. Mas a mesma ilustração pode ser reelaborada de forma a explicar o ideal de liberdade como não dominação. Nesse sentido, Pettit (2011, p. 709) escreve:

Você é livre apenas à medida que ambas as portas estão abertas quando da escolha entre A e B? Não necessariamente. O que a liberdade idealmente exige no livro republicano não é somente que as portas estejam abertas, mas que não haja nenhum porteiro que possa fechar a porta — ou bloqueá-la, ou escondê-la — mais ou menos sem custo; que não haja nenhum porteiro de cuja boa vontade você dependa para que uma

⁵ Para uma maior precisão sobre essas denominações (“republicanismo clássico”, “teoria neorromana”, “neorrepublicanismo” etc.), ver nota de rodapé 107 abaixo.

⁶ Mas não somente. Ao lado da liberdade como não dominação (a liberdade “neorrepublicana”) e da liberdade como não interferência (a liberdade “negativa” ou “liberal”), outras concepções existem: (i) a liberdade como “não frustração”, associada a Thomas Hobbes (ver nota de rodapé 101 abaixo); e (ii) a liberdade como “autorrealização”, chamada mais comumente de “liberdade positiva” (ver seção 3.2.1 abaixo).

⁷ A associação entre liberalismo e liberdade negativa é uma tese defendida sobretudo pelos partidários da liberdade neorrepublicana, isto é, da liberdade como não dominação (ver PETTIT, 1997, p. 8-9, 49-50; SKINNER, 1998, p. 77 et seq., 97-99). Outros autores, como Stephen Holmes (1995b, p. 28), discordam. Esta dissertação não busca entrar em tal debate, embora a tarefa de identificar elementos teóricos comuns à tradição liberal seja de grande relevância. Para os propósitos deste trabalho, basta que a liberdade negativa seja uma noção distinta da liberdade como não dominação — distinção, esta, que é apresentada logo abaixo no texto.

ou outra dessas portas continue aberta. Se eu estou na posição de um tal porteiro, portanto, seu acesso às opções A e B não se mantém da maneira que a liberdade de escolha estritamente exige.

Defender o ideal da liberdade no sentido republicano⁸ é, portanto, opor-se à “condição experienciada por pessoas ou grupos na medida em que esses são dependentes de uma relação social na qual alguma outra pessoa ou grupo detém poder arbitrário sobre eles” (LOVETT, 2010, p. 2). No léxico neorrepublicano, essa condição recebe o nome de “dominação” e se distingue de uma situação de “interferência”. A interferência envolve “uma piora intencional ou quase intencional da situação de escolha de alguém”, ao passo que a dominação implica uma “*capacidade de interferir de modo arbitrário*” (PETTIT, 1997, p. 272, grifo nosso). O porteiro da metáfora acima pode até deixar as pessoas entrarem em quaisquer portas que elas eventualmente escolham. Ele resguarda, no entanto, o poder de fechá-las a seu bel-prazer, de acordo com o seu arbítrio, sem precisar prestar contas nem corresponder ao interesse de ninguém. Assim sendo, os indivíduos a ele subordinados gozam de certo poder de escolha apenas em razão de sua benevolência contingente: “Eles se encontram em uma posição em que são rebaixados por sua vulnerabilidade, sendo incapazes de olhar o outro nos olhos, e em que eles podem até mesmo ser forçados a rodeá-lo, ou a adulá-lo, ou a bajulá-lo, na tentativa de cair em suas graças” (PETTIT, 1997, p. 5). Essa figura é infelizmente bastante real:

Pense no filho do pai emocionalmente volátil; na esposa do marido ocasionalmente violento; ou no pupilo do professor que forma gostos e desgostos arbitrários. Pense no empregado cuja segurança requer manter dócil o chefe ou gerente; no devedor cuja sorte depende do capricho do financiador ou do gerente de banco; ou no proprietário de um pequeno negócio cuja viabilidade depende da atitude tomada por um competidor maior ou um chefe de sindicato. Pense no beneficiário de assistência social cuja sorte depende do humor do atendente de balcão; no imigrante ou indígena cujo estatuto é vulnerável aos caprichos que governam a política e os programas de rádio; ou no empregado público cujo futuro depende não do desempenho, mas do perfil político que um ministro ambicioso por acaso acha eleitoralmente mais útil. Pense na pessoa idosa que é vulnerável ao bando de jovens cultural e institucionalmente sem limites de sua área; ou, aliás, no jovem infrator cujo grau de punição depende do quão longe políticos ou jornais escolhem estimular uma cultura de vingança. ¶ Esses exemplos ilustram o que descrevo como dominação (PETTIT, 2010, p. 33).⁹

O fato de a crítica republicana ter como alvo principal situações em que se está à mercê de outras pessoas traz pressupostos importantes. Por um lado, isso significa que pode haver dominação sem interferência (e, portanto, ausência de interferência *com* perda de liberdade)

⁸ A fim de evitar repetições, usarei indistintamente expressões como “liberdade republicana”, “liberdade neorrepublicana”, “liberdade no sentido republicano”, “liberdade segundo o neorrepublicanismo” etc. para me referir ao ideal de liberdade como não dominação. Ao utilizar por vezes o termo “republicano”, por vezes o termo “neorrepublicano”, não desejo eliminar quaisquer diferenças que eventualmente existam no interior da história global do republicanismo (entre o republicanismo clássico de James Harrington, digamos, e as teorias neorrepublicanas contemporâneas de Philip Pettit, por exemplo).

⁹ Ao longo desta dissertação, o símbolo “¶” é utilizado para marcar quebras de parágrafo no interior de citações.

(PETTIT, 1997, p. 63-64). Um indivíduo ou grupo de indivíduos pode estar à mercê de outros mesmo quando estes, por benevolência ou qualquer outro motivo, não interferem efetivamente em suas ações. Por outro lado, também pode haver, segundo a concepção neorrepublicana de liberdade, interferência sem dominação (e, portanto, presença de interferência *sem* perda da liberdade) (PETTIT, 1997, p. 65-66). Com efeito, a situação de escolha de alguns pode sofrer interferência de outros sem que se esteja à mercê deles, isto é, de modo que aqueles que detêm o poder de interferir sejam forçados a seguir — por meio de filtros ou de penalidades (PETTIT, 1997, p. 57-58) — os interesses relevantes das pessoas a eles subordinadas.¹⁰

Importante para o tema desta dissertação é o fato de que uma das instâncias *possíveis* de interferência sem dominação, para os neorrepublicanos, é o direito. É extremamente plausível a afirmação de que, em virtude de suas características, o direito enquanto tal é, por natureza, interferente. “Mas e daí?”, será a pergunta dos simpatizantes do republicanismo. Se o assunto é liberdade, dirão eles, importa saber se o direito enquanto tal é necessariamente *dominador*, não interferente. Colocada essa outra questão (cujo interesse depende de uma prévia aceitação do ideal da não dominação), é plausível responder então que não há nada nas características do direito enquanto tal que o torne necessariamente dominador ou não dominador. Pode parecer pouco, mas garantir somente isso já permite afirmar que “[b]oas leis podem”, se forem verdadeiramente boas, “aliviar as pessoas da dominação [...] sem elas próprias introduzirem qualquer nova força dominante” (PETTIT, 1997, p. 36, grifo nosso). Dito de outra maneira, boas leis podem reduzir *dominium* sem introduzir *imperium*. Ao seguir esse caminho, um novo horizonte teórico se abre, assim sumarizado por Philip Pettit (2009, p. 40):

Se o direito não precisa ser em si uma infração à liberdade, como na maneira de pensar republicana, então haverá razões baseadas em considerações tão somente sobre a liberdade para exigir que uma constituição assuma certa forma: uma forma sob a qual o direito é de fato consistente com a liberdade.

Reside aí o argumento central desta dissertação. Esse é o de que há “considerações tão somente sobre a liberdade” que fornecem boas razões “para exigir que uma constituição assuma certa forma [...] sob a qual o direito é de fato consistente com a liberdade” (quaisquer que sejam as outras razões que eventualmente existam em seu favor).¹¹ Parte dessa forma (não toda),¹²

¹⁰ Uma análise mais cuidadosa dos conceitos mobilizados pela concepção republicana de liberdade será sem dúvidas necessária (ver seção 3.3.1 abaixo).

¹¹ Na verdade, o Estado de Direito encarado à luz do neorrepublicanismo não apenas é consistente (no sentido de “compatível”) com a liberdade como não dominação. Ele também (i) é *necessário* para a realização de qualquer grau da liberdade neorrepublicana; e (ii) necessariamente *promove*, em algum grau, a liberdade como não dominação (ver seção 4.1.2 abaixo).

¹² Respeito tão somente ao ideal do Estado de Direito não é suficiente para a existência de um direito perfeitamente não dominador. Ver seção 4.1.1 abaixo.

argumentarei, responde pelo nome de “Estado de Direito”. Sendo assim, ele integra, mas não exaure, o ideal do “bom direito”, definido, no âmbito do neorrepblicanismo, como um sistema jurídico que promove a não dominação. É no sentido de tentar conectar o ideal do Estado de Direito à concepção de liberdade como não dominação que esta dissertação se oferece como um “esboço de uma concepção neorrepblicana da legalidade”, tal como consta em seu subtítulo.

(d) Relevância, escopo e método

Qual é a relevância de um tal empreendimento? Apesar de muitos dos detalhes do argumento necessitarem de maior clarificação, algumas coisas já podem ser ditas sobre o interesse em construir uma concepção neorrepblicana da legalidade. Há três pontos a considerar. Primeiramente, deve-se notar que uma justificação republicana do Estado de Direito opera uma ruptura considerável com parte da literatura filosófica em duas frentes. De um lado, ela vai contra a ideia de que o direito enquanto tal necessariamente reduziria a liberdade dos indivíduos, impossibilitando conciliar liberdade e direito. De outro, ela se opõe à visão de que o valor do Estado de Direito reside não na promoção, mas, sim, na *menor violação* da liberdade. Esses modos de encarar o direito e o Estado de Direito têm consequências importantes para aquilo que consideramos como estando em acordo ou em desacordo com as exigências da legalidade. Pettit (2009, p. 40) antecipa essas consequências na continuação da passagem transcrita alguns parágrafos acima:

Se o direito infringe a liberdade por questão de necessidade [...], então tudo que a liberdade claramente exige do direito e do quadro constitucional como um todo é que ele seja melhor em evitar infrações contra a liberdade do que em perpetrá-las. Mas isso significa que a liberdade será consistente com uma variedade de coisas que naturalmente encaramos como abusos constitucionais, de modo que não se possa argumentar contra esses abusos em razão tão somente da liberdade.

Além disso, há uma segunda razão, agora do lado das trincheiras aliadas, para enveredar pelo caminho neorrepblicano em direção ao Estado de Direito. Essa consiste no fato de que, apesar de ser grande o número de autores seguindo o caminho da legalidade–liberdade, a abordagem legalidade–liberdade–*como–não–dominação* ainda não foi suficientemente explorada. Alguns, é verdade, mencionam a necessidade de revisar o conceito de liberdade a fim de melhor adequá-lo ao valor da legalidade (AUDARD, 2009, p. 181-182). Outros vão além, chegando a sugerir a possibilidade de uma justificativa republicana do Estado de Direito (KRYGIER, 2011, p. 79; PALOMBELLA, 2010, p. 24-26). Esses autores, todavia, jamais chegam a desenvolver

essa sugestão, buscando traçar implicações específicas para aquilo que se julga contrário ou conforme ao ideal da legalidade. Exceções obviamente existem (ver principalmente LIST, 2006; LOVETT, 2016). É nelas que este trabalho se inspira, igualmente lançando mão das principais obras sobre liberdade republicana e da vasta literatura em teoria analítica do direito sobre os princípios da legalidade.

O terceiro motivo para considerar a justificação republicana do Estado de Direito relevante provém do contexto em que ela se insere. Mencionei, há alguns instantes, que se o Estado de Direito, nas últimas décadas, “venceu”, ele ainda não “convenceu”. Esta dissertação é uma tentativa de “convencer” quanto ao valor do Estado de Direito. Se o Estado de Direito tivesse “convencido”, novas tentativas de justificação desse ideal seriam desnecessárias. Como Hart (1963, p. 20, grifo do autor) bem aponta, “onde não há *prima facie* nenhuma objeção, erro ou mal, os homens não dão ou pedem por *justificações* de práticas sociais”. Berlin (2002b, p. 166), em um tom semelhante, aponta que “[o]nde os fins são acordados, as únicas questões restantes são aquelas sobre meios”. Há, de fato, diversas objeções em aberto quanto ao Estado de Direito, e pouco acordo existe sobre os seus fins. Nesse contexto, em que o ideal da legalidade é frequentemente evocado, mas pouco compreendido, a questão de sua justificação se mostra particularmente importante.

Frente a tamanha relevância, entretanto, o projeto de uma justificação do Estado de Direito fundada na liberdade republicana pode parecer demasiadamente ambicioso. Ele o é, de fato, considerando as limitações inerentes a uma dissertação. Daí a necessidade de especificar com cuidado o método e o escopo da investigação que se segue. Essa investigação, que pretende ser uma defesa neorrepública do Estado de Direito, exige a articulação de três teses, já indicadas logo no início desta introdução. A primeira, mais geral, é a de que o Estado de Direito é efetivamente um ideal que deve ser perseguido na organização de nossa vida social (conexão legalidade–moralidade); a segunda é a de que o valor do Estado de Direito repousa sobre a promoção da liberdade humana (conexão legalidade–liberdade); a terceira é a de que se deve compreender o ideal da liberdade a partir da ausência de dominação, não de interferência (conexão liberdade–não dominação).

Individualmente tomadas, todas essas teses já foram extensivamente defendidas na literatura. Nesta dissertação, diferentemente, darei ênfase somente à sua *articulação*, e não à sua *defesa*, uma a uma. Em outras palavras, este trabalho não é uma defesa total do valor do Estado de Direito: isso exigiria discutir (e pretender resolver) todas ou, pelo menos, as principais, objeções que foram feitas a esse ideal ou a aplicações desse ideal, coisa que não farei. Também não me proponho a demonstrar a superioridade da sua justificativa a partir da liberdade em

detrimento de outras justificativas possíveis: o Estado de Direito pode muito bem se fundamentar não apenas na liberdade, mas também na eficiência, na justiça e na dignidade — possibilidades que serão mencionadas, mas não discutidas no mérito.¹³ Tampouco alego possuir uma teoria da liberdade como não dominação: não examinarei tudo que os autores republicanos falam sobre liberdade, nem elucidarei suas ambiguidades ou responderei aos seus críticos. Ou seja, não farei incursões muito profundas nos detalhes de cada uma dessas teses tomadas individualmente, o que significa deixar uma grande parte da literatura especializada de fora, bem como assumir certas premissas como verdadeiras.

Mas mesmo sem uma defesa completa de *cada uma* das teses a serem articuladas (legalidade–moralidade, legalidade–liberdade, liberdade–não dominação), pode-se fortalecer o argumento em favor de todas elas, uma a uma, por meio de uma articulação entre as três. Ronald Dworkin (2011, p. 7) expõe com clareza essa estratégia ao afirmar que “seria flacidamente circular apelar à liberdade para defender uma concepção de liberdade”. Do mesmo modo, seria “flacidamente circular” apelar ao Estado de Direito para defender uma concepção de Estado de Direito. O mesmo não pode ser dito, entretanto, sobre a tentativa de justificar o valor do Estado de Direito com fundamento na maneira pela qual ele promove certa concepção de liberdade, nem sobre a tentativa de justificar certa concepção da liberdade por referência às implicações desejáveis que ela tem para a compreensão do ideal do Estado de Direito.

Nesse sentido, o argumento desta dissertação começa, em uma de suas pontas, com uma “intuição fundamental” sobre o que significa o ideal da legalidade (a saber, que nossa vida social deve ser organizada por um “império de leis e não de homens”); e, na outra ponta, com uma “intuição fundamental” sobre o que significa ser livre (a saber, que ser livre é possuir um status oposto àquele de escravo). Feito isso, formulam-se questões que visam a detalhar essas intuições básicas. Pode-se perguntar, por exemplo: qual é o sentido relevante de “leis” e por que seu “império” não vem a ser o mesmo que o “império dos homens” que fazem as leis? Ou então: o que exatamente caracteriza o status de escravo em oposição ao status daquele que é livre? Levantadas perguntas desse tipo, as respostas possíveis (amparadas por argumentos) são colocadas na mesa. Procura-se, em seguida, traçar os efeitos que as respostas exercem umas sobre as outras e torná-las coerentes em cada um dos lados da equação (do lado da liberdade e do lado do Estado de Direito), reformando ou abandonando argumentos, quando necessário. Como resultado, duas concepções concorrentes de liberdade (republicana *versus* liberal)

¹³ Há, entretanto, uma comparação que deve ser feita: aquela entre uma justificação do Estado de Direito baseada na liberdade como não dominação e outra justificação do Estado de Direito pautada na não interferência (ver seções 3.1.2 e 4.1.3 abaixo).

emergem, do lado de lá, e alguns princípios do Estado de Direito são isolados, do lado de cá. Apesar disso, tensões com outros ideais (legalidade *versus* democracia, por exemplo), questões mal resolvidas (a diferença entre um “império *de* leis” e um “império *pelas* leis”, por exemplo) e escolhas difíceis em aberto (se é o Estado de Direito um ideal formal, procedimental ou substantivo, por exemplo) continuarão existindo.

O objetivo desta dissertação estará cumprido se seu argumento conseguir unir essas duas pontas. Para tanto, é preciso demonstrar que *se* adotarmos certa concepção da liberdade (como não dominação), então poder-se-á não somente explicar por que as exigências do Estado de Direito são aquelas, e não outras, mas também resolver algumas das tensões, questões mal resolvidas e escolhas em aberto remanescentes quanto ao ideal da legalidade. Não é necessário que tudo seja determinado de uma vez por todas. Visto que o objetivo primário deste estudo é o de elaborar um “esboço” do argumento neorrepblicano em favor da legalidade, bastam três coisas. Em primeiro lugar, que ao menos *alguns* dos princípios mais centrais do Estado de Direito tenham sua razão de ser explicada com fundamento na liberdade como não dominação. Em segundo lugar que ao menos *alguns* dos obstáculos mais importantes à justificação do valor do Estado de Direito sejam removidos pelo argumento de que ele promove a liberdade republicana. E, em terceiro lugar, que a fundamentação da legalidade a partir da liberdade republicana mostre pelo menos algumas vantagens em comparação à fundamentação baseada na liberdade negativa.

Esse enfoque na articulação de considerações morais possui uma estreita relação com o procedimento do “equilíbrio reflexivo”, empregado por John Rawls (2001, seq. 10). Philippe Van Parijs (2010, p. 390) o descreve como “a abordagem constitutiva da filosofia política de inspiração ‘analítica’”. Esse método consiste no seguinte (RAWLS, 2001, p. 29-31): primeiramente, selecionam-se nossos “juízos ponderados”, que servem como “pontos fixos” para a teoria;¹⁴ em seguida, identificam-se eventuais conflitos entre esses juízos, tendo em conta seus diferentes níveis de generalidade; passa-se, então, a um processo de compatibilização (revisão, suspensão, exclusão etc. de alguns juízos); enfim, compara-se a concepção moral que daí resulta com outras concepções morais rivais, aplicando as primeiras etapas novamente. O objetivo é chegar à “concepção política mais razoável”, isto é, “aquela que melhor se adequa a todos os

¹⁴ “Juízos ponderados” são “aqueles emitidos sob condições em que nossa capacidade para julgamento mais provavelmente pôde ser exercitada plenamente e não afetada por influências distorcivas”, isto é, em que possuímos “a capacidade, a possibilidade e o desejo de emitir um juízo correto” (ausência de coerção, tempo suficiente para refletir etc.) (RAWLS, 2001, p. 29). O exemplo de juízo ponderado que Rawls (2001, p. 29) fornece, citando Abraham Lincoln, é o de que “se a escravidão não é errada, então nada é errado”. Coincidentemente, é um exemplo bastante relacionado ao tema desta dissertação.

nossos juízos ponderados após reflexão e que os organiza em uma visão coerente” (RAWLS, 2001, p. 31). Nesse sentido, uma concepção moral “organiza corretamente os nossos juízos ponderados” e “explica por que cada um de nós emite esses juízos” (GALIŠANKA, 2019, p. 5). A pressuposição de fundo de Rawls é a de “que se pode mostrar que todas as pessoas razoáveis podem concordar em seus juízos políticos centrais” (GALIŠANKA, 2019, p. 8).¹⁵

Diferentes concepções de liberdade e diferentes concepções de Estado de Direito são nada mais, nada menos do que um conjunto de juízos ponderados em equilíbrio reflexivo “restrito” (sem considerar concepções rivais). O método do equilíbrio reflexivo se revela, assim, apropriado ao meu objeto de estudo, e espero obtê-lo da forma mais ampla possível, isto é, considerando concepções rivais.¹⁶ A ideia de um “equilíbrio reflexivo” é infelizmente vaga e alvo de muitas objeções, mas “em um dado momento, não podemos fazer melhor do que isso” (RAWLS, 2001, p. 31).

Há, ainda, um último conjunto de considerações a serem feitas a respeito dos critérios que devem guiar a elaboração de uma concepção da legalidade. Essas dizem respeito à função da filosofia política na vida pública. Inspirando-se mais uma vez no pensamento de Rawls (2007, p. 1), pode-se dizer que, em uma sociedade democrática, a “audiência” da filosofia política são “todos os cidadãos em geral”. São os cidadãos, e não a filosofia política, que detêm a autoridade sobre os assuntos políticos. Isso não anula, entretanto, o fato de que

a filosofia política possui um papel que não é insignificante como parte da cultura de fundo geral ao fornecer uma fonte de princípios e ideais políticos essenciais. Ela desempenha um papel em fortalecer as raízes do pensamento e atitudes democráticas. Esse papel ela não desempenha tanto na política do dia-a-dia, mas na educação dos cidadãos quanto a certas concepções ideais de pessoa e de sociedade política, antes que [essas pessoas] cheguem à política [do dia-a-dia] e em seus momentos de reflexão durante a vida (RAWLS, 2007, p. 6-7).

Assim fazendo, a filosofia política pode auxiliar as pessoas no desenvolvimento de uma aptidão para fiscalizar e controlar o governo, para utilizar a linguagem neorrepública. Mas, consoante Philip Pettit e José Luis Martí (2010, p. 135), nem toda filosofia política é capaz de desempenhar um papel na vida pública. Para isso, segundo esses autores, ela necessita cumprir

¹⁵ Uma das funções da filosofia política é o que Rawls chamou de função “prática”. Ela deve “enfocar questões profundamente controversas e verificar se, a despeito das aparências, é possível descobrir alguma base subjacente de acordo filosófico e moral” (RAWLS, 2001, p. 2).

¹⁶ Equilíbrio reflexivo “restrito”, para Rawls, é um estado de coisas no qual uma dada pessoa sustenta uma concepção moral que acorda com os seus juízos iniciais (alcançando consistência), mas sem considerar concepções alternativas nem a força dos argumentos em favor deles. Diferentemente, um equilíbrio reflexivo “amplo” é obtido por uma dada pessoa quando ela não somente alinha suas “convicções gerais, primeiros princípios e juízos particulares” (alcançando consistência), mas também considera concepções alternativas e a força dos argumentos em seu favor, provocando mudanças (revisão, suspensão, exclusões etc.) na concepção “anterior” obtida em equilíbrio reflexivo “restrito” (RAWLS, 2001, p. 30-31).

alguns requisitos: ser compartilhável, energizante e realista. Compartilhável, em primeiro lugar, no sentido de que uma filosofia política não deve ser nem “faccional” (ela não deve servir aos interesses de apenas um subgrupo em particular), nem “sectária” (ela não deve privilegiar as opiniões apenas de uma parte dos cidadãos) (PETTIT; MARTÍ, 2010, p. 137-139). Energizante, em segundo lugar, no sentido de que uma filosofia política deve: (i) ser “ampla” (ela deve abranger “vários aspectos do desenho institucional, da elaboração de políticas públicas e da ação cívica”); (ii) ser “profunda” (ela deve alertar os cidadãos contra “uma variedade de males” que acometem a vida social); (iii) ser “robusta” (ela deve ensinar lições “sobre como tornar melhores as coisas, mesmo quando a perfeição é uma perspectiva distante”); (iv) ser “não intrusiva” (ela deve respeitar “a esfera pessoal” e reconhecer “os limites daquilo que um Estado coercitivo pode alcançar”); e, enfim, (v) ser “não austera” (ela deve-se engajar com as “reclamações ativamente declaradas” pelos cidadãos ordinários) (PETTIT; MARTÍ, 2010, p. 151). Em terceiro e último lugar, uma filosofia política, para cumprir seu papel prático na vida pública, deve também ser realista em dois sentidos. Primeiro, ela deve ser comedida em seus pressupostos motivacionais (sua realização não pode “depender de um nível robusto de virtude entre os membros da sociedade”). Segundo, ela deve ser moderada quanto a seus pressupostos cognitivos (ela não pode exigir “um nível de compreensão que não é comumente alcançável” da parte dos cidadãos, nem uma “exatidão de visão ou uma riqueza de informação” da parte das autoridades) (PETTIT; MARTÍ, 2010, p. 144, 145).

Ainda mais fundamental do que todos esses critérios é a necessidade de que uma concepção política seja capaz de fazer *alguma* diferença prática. Isso também vale para concepções do ideal do Estado de Direito. Frank Lovett (2016, p. 3) aponta que o “jeito mais óbvio” pelo qual um argumento em favor do ideal da legalidade pode falhar “é se ele revela não fazer qualquer diferença prática — isto é, se ele não nos dá qualquer razão para fazer ou evitar qualquer coisa em particular”. Pode soar óbvio, mas mesmo essa simples exigência é às vezes desrespeitada. Definições do Estado de Direito que encontram nele um paradoxo (afirmando, por exemplo, que não há como um governo ser ele mesmo governado pelo direito) ou uma tautologia (supondo que todo governo respeita, por definição, o direito) são exemplos de concepções que falham em fazer alguma diferença prática. Em um dos casos, a dificuldade em realizar o Estado de Direito é tal, que absolutamente nada que se faça pode adiantar; no outro, a facilidade é tamanha, que absolutamente nada é necessário fazer (LOVETT, 2016, p. 108-109).¹⁷

¹⁷ Ver seção 2.2.1, itens (v) e (vi), abaixo, para uma discussão sobre o problema do “paradoxo” e da “tautologia”. Deve-se sobretudo atentar para o modo como “definições” do Estado de Direito são construídas. Nesse sentido,

Daqui até uma concepção política que satisfaça todos esses critérios, recomendações e métodos, é um longo caminho. Tais considerações representam, entretanto, aspirações importantes. É sobre elas que procurarei construir este esboço de uma justificação neorrepública da legalidade.

(e) Organização dos capítulos

Passo ao modo como esta dissertação está organizada. Seu argumento em favor do Estado de Direito desdobra-se em duas partes. A Parte I, composta pelos dois primeiros capítulos, procura fornecer uma visão geral dos principais temas e problemas relacionados ao ideal do Estado de Direito na literatura relevante, limpando o terreno para a discussão a seguir. A Parte II, abrangendo os dois capítulos finais deste trabalho, introduz o elemento da liberdade como não dominação na tentativa de fornecer uma justificação adequada do ideal do Estado de Direito. Para uma melhor compreensão da maneira como essas duas partes se relacionam, é conveniente apresentar resumidamente os conteúdos de cada capítulo.

No primeiro capítulo, dois elementos encontrados em abundância nas concepções existentes do Estado de Direito são analisados: de um lado, a ideia de um “império de leis e não de homens”; de outro lado, as famosas “listas de exigências” da legalidade. Quanto ao primeiro elemento, procura-se analisar o papel de tal slogan enquanto “intuição moral fundamental” implícita no ideal do Estado de Direito, rastreando sua afinidade com a tradição republicana. Já quanto ao segundo, empreende-se uma compilação dos principais “princípios da legalidade” que podem ser encontrados na literatura acadêmica.

No segundo capítulo, é feita uma cartografia dos problemas relevantes na construção de uma concepção do Estado de Direito, uma vez que não existe busca ao tesouro sem um mapa do tesouro. Daí resultam três grupos de questões: metodológicas, normativas e institucionais. Em conjunto, elas fixam desafios importantes com os quais qualquer concepção do Estado de Direito deve lidar.

Lovett (2016, p. 4) escreve: “[N]ão há verdade em definições *per se*. Tudo depende do que queremos que uma definição faça. Assim, dependendo dos nossos objetivos, poderia ser perfeitamente razoável definir o Estado de Direito de tal modo que o conceito não realize qualquer trabalho substantivo. Em algumas teorias, por exemplo, o papel de um conceito poderia ser simplesmente organizar ou sumarizar outras ideias, ou representar um aspecto de uma ideia mais geral. Se nós queremos argumentar que o Estado de Direito é uma boa coisa, no entanto, é melhor não condenar o nosso projeto desde o início; mas, ao invés, pelo menos visar a desenvolver uma teoria que navegue entre os dois extremos [impossibilidade ou trivialidade]. Dessa maneira, é pelo menos possível que o nosso argumento possa fazer uma diferença prática. Nada garante que seremos bem-sucedidos. Pode ser que se revele na natureza das coisas que o Estado de Direito pode apenas ter um sentido coerente como ou um ideal impossível, ou então uma trivialidade inútil. Nesse caso, o nosso projeto, em última instância, fracassará, mas pelo menos esse fracasso não terá sido predeterminado.”

No terceiro capítulo, a justificação neorrepublicana do Estado de Direito pretendida começa a tomar forma. Em um primeiro momento, formula-se o que pode ser considerada a “estrutura fundamental” do argumento moral em favor do Estado de Direito, reunindo os elementos trabalhados nos capítulos anteriores. A ideia é montar um esqueleto geral o suficiente que possa ser preenchido tanto por uma justificação “liberal” quanto por uma justificação “neorrepublicana” da legalidade. É por isso que, em um segundo momento do capítulo, passa-se a detalhar aquilo que de mais característico essas duas candidatas possuem: os seus conceitos de liberdade. Nesse sentido, são analisados respectivamente o conceito de liberdade como não interferência e o conceito de liberdade como não dominação, explorando as implicações de cada uma dessas noções para a avaliação moral de sistemas jurídicos.

Finalmente, no quarto capítulo, o conceito neorrepublicano de liberdade é mobilizado a fim de estabelecer as linhas gerais de uma concepção do Estado de Direito fundamentada na não dominação. Em primeiro lugar, são formuladas as principais teses e argumentos que a sustentam.¹⁸ Em seguida, retomam-se alguns dos problemas levantados no capítulo 2, de modo a verificar as respostas que uma defesa neorrepublicana do Estado de Direito pode (ou não) lhes fornecer. Argumenta-se que o ideal do Estado de Direito, assim interpretado, consegue responder de maneira satisfatória a alguns dos desafios propostos, ao passo que a defesa liberal da legalidade conserva um maior número de questões mal resolvidas. Trata-se da parte mais autoral desta dissertação, mas também da mais exploratória de todas. Não é de se surpreender que certas objeções não sejam suficientemente discutidas. O objetivo terá sido cumprido, entretanto, se ao final deste trabalho eu tiver conseguido fornecer os principais elementos de uma concepção neorrepublicana do Estado de Direito a ser aperfeiçoada e complementada ulteriormente.

¹⁸ Sobretudo nesse ponto, baseio-me nos poucos escritos existentes associando as teses neorrepublicanas ao Estado de Direito. Destacam-se o livro de Frank Lovett, *A Republic of Law* (2016, esp. cap. 4), e o artigo de Christian List, “Republican Freedom and the Rule of Law” (2006). A principal fonte deste trabalho, entretanto, continua sendo o clássico de Philip Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government* (1997), apesar dos poucos detalhes que fornece sobre o ideal do Estado de Direito.

PARTE I
O IDEAL DO ESTADO DE DIREITO

1 DA INTUIÇÃO FUNDAMENTAL AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE

A dificuldade de elaborar uma concepção do Estado de Direito é tal, que muitas vezes não se sabe sequer por onde começar. Este capítulo se dedica a encontrar um ponto de partida adequado, se não para qualquer tratamento sobre o Estado de Direito, ao menos para os fins de elaborar um argumento neorrepublicano em favor da legalidade. Para tanto, procuro um pontapé inicial naquilo que as teorias da legalidade têm mais em comum. Este capítulo se propõe, assim, a delinear a aparência que concepções do ideal da legalidade normalmente exibem, isto é, aqueles elementos que mais facilmente são encontrados ao se consultar a literatura sobre o tema, a fim de estruturar a discussão dos próximos capítulos. Por essa razão, ele incidentalmente serve como uma introdução ao tema do Estado de Direito para aqueles que porventura não estejam familiarizados com as ferramentas mobilizadas pela literatura acadêmica.

Esse empreendimento, no entanto, enfrenta um grande obstáculo: o desacordo. Um dos temas explorados na introdução foi o de que, apesar de haver um consenso superficial fomentado por governantes e organizações internacionais, muitos desacordos de complexa resolução residem nas profundezas do ideal do Estado de Direito. Esses se manifestam tanto na discussão teórica entre filósofos, cientistas políticos e demais especialistas quanto no debate público acerca de aplicações mais precisas desse ideal. Porquanto numerosos e difíceis, esses desacordos podem acarretar um diagnóstico cético, o que, por sua vez, pode exigir um remédio amargo: abandonar qualquer teorização sobre o ideal da legalidade. Tanto esse diagnóstico quanto essa prescrição se encontram presentes de maneira exemplar em um trecho bastante citado de Judith Shklar (1987, p. 1):

Não seria muito difícil mostrar que a frase “o Estado de Direito” tornou-se sem sentido graças ao abuso ideológico e à utilização excessiva. Ele pode muito bem ter se tornado apenas mais um daqueles dispositivos retóricos autocongratulatorios que enfeitam as declarações públicas de políticos anglo-americanos. Nenhum esforço intelectual precisa ser gasto, portanto, com esse bocado de falatório de classe dominante.

As exatas razões da autora para condenar qualquer empreendimento intelectual nesse campo pantanoso que é a retórica do Estado de Direito só poderão ser compreendidas quando as diversas controvérsias cercando esse ideal forem efetivamente listadas e analisadas.¹⁹ Mas assim como não se pode exagerar de antemão a dimensão de seu suposto triunfo obtido por um consenso (que não existe senão de maneira superficial), igualmente não se pode exacerbar precipitadamente o tamanho das divergências quanto ao ideal da legalidade. Uma razão para isso é que, pelo menos no quadro bastante restrito da literatura acadêmica anglófona recente sobre

¹⁹ Faço isso no capítulo 2 abaixo.

o assunto, certos elementos quase sempre aparecem. Nesse contexto, concepções do Estado de Direito frequentemente se apresentam de duas maneiras: primeiro, como uma especificação de um juízo moral mais básico; segundo, por meio de uma lista de princípios, exigências ou desideratos que tais concepções dizem derivar desse juízo mais geral. São esses dois componentes, comuns a vários (embora não a todos os) tratamentos do ideal da legalidade, que visio a analisar respectivamente nas duas seções que compõem este capítulo.

Tal análise não quer nem precisa eliminar o grande desacordo existente sobre o Estado de Direito. Essa “intuição fundamental” e essa “lista de exigências”, após uma análise mais detida, podem (e vão) se mostrar bastante controversas. Discordâncias a seu respeito podem suscitar questões não somente de conteúdo (qual é a intuição fundamental do Estado de Direito? Quais exigências devem compor essa lista?), mas também de método (por que começar com uma intuição fundamental? Por que fazer listas?). Embora John Rawls (1999, p. 208-210), por exemplo, possua uma lista de preceitos do Estado de Direito, não se pode dizer que ele a obtém pelo simples refinamento de uma intuição moral: seu modo de proceder é outro, construtivista, em que as “liberdades básicas” associadas aos princípios da legalidade (que, por sua vez, especificam parte do conteúdo dos princípios de justiça) são o resultado de um procedimento específico de escolha (a “posição original”) (ver RAWLS, 2005a, seq. 1-4). Ademais, para citar outro caso que foge à dupla “intuição fundamental” mais “lista de exigências”, há abordagens do Estado de Direito, ainda que contemporaneamente raras, que não procuram estabelecer listas de *princípios* da legalidade. Esse é o caso de Aristóteles, caso se aceite que é certa concepção do Estado de Direito que ele está defendendo quando afirma que “a lei é [...] a razão liberta do desejo” (ARISTÓTELES, 1998, p. 259, 1287a32).

Independentemente das discrepâncias de conteúdo e de método, o mero fato de que esses são elementos presentes em muitas concepções do Estado de Direito já aponta para a sua importância. Além disso, deve-se partir de algum lugar. Como afirma Richard Fallon Jr. (1997, p. 42, grifo nosso), “[d]iante da indeterminação linguística e do desacordo normativo, o melhor ponto de início para o desenvolvimento de uma teoria do Estado de Direito repousa nos *convencionalmente* reconhecidos elementos do Estado de Direito, mesmo que sejam vagos” — e mesmo que, ressaltado, constem nos livros e artigos sobre o tema por mera convenção. Em outras palavras, questões sobre o Estado de Direito só serão inteligíveis se houver algo, por mais vago e convencional que seja, a que elas possam se endereçar. Por esses motivos, é conveniente começar com uma tentativa de capturar a intuição moral fundamental subjacente ao ideal da legalidade.

1.1 “Império de leis e não de indivíduos”

A fim de esclarecer o que vem a ser uma “intuição moral fundamental”, começo com uma analogia. Na tentativa de resolver certos problemas teóricos sobre o ideal da justiça social, o filósofo igualitarista G. A. Cohen (2008, p. 300) descreveu seu próprio projeto como uma tentativa de “tornar precisa uma intuição sobre justiça distributiva, que diz, aproximadamente, que desigualdades são justas se e somente se certos fatos sobre a responsabilidade [das pessoas] obtêm com respeito àquelas desigualdades”. A esse projeto se deu o nome de *luck egalitarianism*, em referência à intuição fundamental de que é injusto “quando alguns são mais favorecidos do que outros sem ser por culpa ou por escolha própria”, o contraste relevante aqui sendo entre “escolha” e “sorte” (COHEN, 2011a, p. 119). Seu objetivo consistiria, assim, em “tentar dar à intuição uma forma mais refinada, tentar chegar ao coração dela, por meio do método [...] do contraexemplo, revisão da afirmação, novo contraexemplo e assim por diante” (COHEN, 2008, p. 301).²⁰ Deixando os problemas de justiça distributiva de lado para voltar ao nosso tema, pode-se perguntar de maneira comparável o seguinte: qual seria a intuição central do ideal do Estado de Direito? A resposta reside na celebrada expressão “império de leis e não de homens”.²¹

Esse adágio pode ser encontrado em diversos lugares, às vezes com pequenas modificações. O famoso artigo de Joseph Raz (1979, p. 212-214) sobre as virtudes do Estado de Direito, por exemplo, possui uma seção intitulada “The Basic Idea”. Nela, ele sustenta que, compreendido de certa maneira, “o slogan do governo do direito e não de homens [*rule of law and not of men*] pode ser lido como um ideal político significativo” (RAZ, 1979, p. 213). Richard Fallon Jr. (1997, p. 2-3, grifo nosso) chega ao ponto de afirmar que “qualquer noção [do Estado de Direito] deveria começar com o familiar contraste entre ‘o Estado de Direito’ [*the Rule of Law*] e ‘o governo de homens’ [*the rule of men*]”.²²

²⁰ O contexto dessas passagens é um em que Cohen pretende diferenciar o seu próprio método do de Rawls. Para além dos trechos citados no texto, ver COHEN, 2008, p. 3-6. Conferir também a breve alusão ao construtivismo rawlsiano que fiz na p. 40 acima.

²¹ Para uma análise da centralidade dessa premissa no pensamento constitucional americano, bem como uma associação entre um “constitucionalismo republicano” e o “governo de leis e não de homens”, ver MICHELMAN, 1988, p. 1500 et seq.

²² Tais passagens deixam clara a dificuldade que há na tradução de “*rule of law*”, em inglês (por vezes com iniciais maiúsculas), para “Estado de Direito”, em português (sempre em letras maiúsculas). Para início de conversa, a palavra “*rule*”, sozinha, pode ser traduzida como “governo” e, portanto, pode naturalmente receber variadas qualificações, como as adições “do direito” e “de homens”. Por outro lado, a expressão “Estado de Direito e não [um Estado] de homens” soaria estranha em português. Considere-se, ademais, a seguinte frase de Raz (1979, p. 212): “‘*The rule of law*’ means literally what it says: *the rule of the law*.” Há nela um jogo de palavras. Como traduzi-la? (1) “‘O Estado de Direito’ significa literalmente o que diz: o governo do direito”? Ou (2) “‘O governo

Longe de ser criação de filósofos contemporâneos do direito como Raz e Fallon Jr., a frase “império de leis e não de homens” (em suas diversas formulações) é antiga.²³ Encontram-se vestígios dela em fontes temporalmente tão distantes quanto Aristóteles e Tito Lívio. Na *Política* de Aristóteles (1998, p. 257, 1287a19-20), este afirma que “é preferível que seja a lei a governar e não um dos cidadãos”.²⁴ Já na *História de Roma*, Tito Lívio (1989, p. 105, Livro II, I.1-2, grifo nosso) anuncia como um dos temas de sua análise “os feitos que o povo romano, livre a partir de então, empreendeu tanto na guerra quanto na paz, sob o governo de magistrados eleitos anualmente e *sob a autoridade de leis superiores à autoridade humana*”.²⁵

Feitas essas menções, fica difícil não trazer a análise da intuição fundamental do Estado de Direito para mais perto dos principais temas desta dissertação. O slogan do “império de leis” encontra um lugar central nas obras dos autores republicanos. Foi glosando o trecho acima de Tito Lívio, segundo Skinner (1998, p. 45, 75) e Lovett (2012, p. 73, nota de rodapé 10), que James Harrington (autor neorromano e adversário ferrenho do pensamento político de Thomas Hobbes) chegou à expressão “império de leis e não de homens”. Em sua mais famosa obra, *The Commonwealth of Oceana*, ele escreve, em um trecho que também cita Aristóteles, o seguinte:

do direito’ significa literalmente o que diz: o governo do direito”? Em português, a primeira alternativa não captura a força do advérbio “literalmente”, pois não consta na expressão “o Estado de Direito” uma referência *literal* a “governo do direito”. Sem isso, é difícil compreender o sentido da afirmação. Já a segunda alternativa falha em marcar o caráter distintivo da primeira menção ao “governo do direito”, que se refere a um ideal político particular que possui um nome próprio (nome próprio que, em português, é “Estado de Direito”, não “governo do direito”). Há, por fim, uma sutil diferença entre “*rule of law*” e “*rule of the law*”: o artigo definido na segunda expressão se refere a um sistema jurídico particular, não a sistemas jurídicos em geral. Problemas semelhantes provavelmente ocorrem como as formulações em alemão (“*Rechtsstaat*”), francês (“*l’État de droit*”), italiano (“*Stato di diritto*”) e espanhol (“*Estado de derecho*”). Segundo Martin Loughlin (2010, p. 313), essas expressões revelam uma “orientação diferente” daquela presente no ideal do “*rule of law*”. Para a discussão sobre a intraduzibilidade de tal termo para “Estado de Direito”, ver seção 2.1, item (ii), sobre “paroquialismo” *versus* “universalismo”, abaixo.

²³ Aqui, refiro-me ao emprego da frase na tradição da filosofia política, que normalmente faz parte do que Rawls (2005b, p. 14) chama “cultura de fundo” de uma sociedade. A expressão, todavia, também ocorre, por exemplo, em decisões judiciais importantes, que compõem, no vocabulário rawlsiano, a “cultura política pública” de uma sociedade (RAWLS, 2005b, p. 13-14). No caso *Marbury v. Madison*, que estabeleceu a possibilidade de revisão judicial nos Estados Unidos, a Suprema Corte dos Estados Unidos explicitamente lança mão da popular frase que resume a intuição central do Estado de Direito. Consta no acórdão redigido pelo então Presidente da Corte, Justice John Marshall, o seguinte trecho: “O governo dos Estados Unidos tem sido enfaticamente denominado um governo de leis e não de homens. Ele certamente deixará de merecer essa denominação, se o direito não fornecer nenhum remédio à violação de um direito legal adquirido” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1803, p. 163).

²⁴ Em inglês, este trecho é às vezes traduzido incluindo-se a expressão “*the rule of law*”. Benjamin Jowett o traduz assim: “[*T*]he rule of the law, it is argued, is preferable to that of any individual” (ARISTÓTELES, 1984, p. 4384, Book III.16). Já H. Rackham prefere a seguinte formulação: “[*T*]t is preferable for the law to rule rather than any one of the citizens” (ARISTÓTELES, 1932, p. 263-265, Book III.11.3).

²⁵ A expressão, no original, é “*imperiaque legum potentiora quam hominum*” (LIVY, 1967, p. 218-219, Livro II, I.1-2). Quentin Skinner (1998, p. 45), ao traduzir tal trecho para o inglês, chama a atenção para a noção de *imperium* utilizada por Tito Lívio: “[*T*]he imperium of the laws is greater than that of any men.” Esse conceito, em contraste com a noção de *dominium*, voltará em nossa análise do Estado de Direito neorrepublicano no capítulo 4 abaixo.

[G]overno (para defini-lo *de jure* ou de acordo com a prudência antiga) é uma arte pela qual uma sociedade civil de homens é instituída e preservada sobre o fundamento do interesse ou do direito comum, ou (para seguir Aristóteles e Tito Lívio) é o império de leis e não de homens. ¶ E governo (para defini-lo *de facto* ou de acordo com a prudência moderna) é uma arte pela qual algum homem ou alguns poucos homens subjagam uma cidade ou uma nação e a governam de acordo com seu interesse privado, o que, em razão de as leis em tais casos serem feitas de acordo com o interesse de um homem ou de algumas poucas famílias, pode ser dito como sendo o império de homens e não de leis (HARRINGTON, 1992, p. 8-9).

Essas ideias iriam ser absorvidas mais tarde por figuras como John Adams. Um dos pais fundadores dos Estados Unidos, foi ele que adicionou ao artigo 30 da Constituição de Massachusetts (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1780) a referência a um “governo de leis e não de homens”. Além disso, Adams associa a tradição republicana a tal lema em seus escritos. Segundo ele, “Sidney, Harrington, Locke, Milton, Nedham, Neville, Burnet e Hoadly [...] vencerão qualquer mente cândida de que não há bom governo senão aquele que é republicano”, acrescentando que “a própria definição de uma república é ‘um império de leis e não de homens’” (ADAMS, 1851, p. 194). A menção a esses autores deve bastar para mostrar que o lema “império de leis e não de homens” pode ser considerado não somente a intuição central do ideal do Estado de Direito, mas também uma ideia bastante próxima da tradição republicana.²⁶

Uma vez examinadas as fontes desse lema, passo agora ao seu conteúdo. Há duas características importantes no slogan “império de leis e não de homens”: sua função comparativa e a vagueza de seus termos.²⁷

Começo com a comparação contida na intuição fundamental do Estado de Direito. A frase “império de leis e não de indivíduos” primeiramente coloca sobre a mesa duas *opções*: “império de leis” e “império de indivíduos”. Em seguida, ela estabelece uma relação de *oposição*: um “império de leis” *versus* um “império de indivíduos”. Finalmente, tal lema exprime, frente às alternativas colocadas, uma *preferência*: que um “império de leis” é preferível a um “império de indivíduos”.

²⁶ Deve-se ressaltar, é claro, que essa intuição não pertence exclusivamente à tradição republicana. Ela é amplamente reconhecida entre aqueles que escreveram sobre o ideal da legalidade. Supondo, como os neorrepublicanos supõem, que há diferenças entre republicanos e liberais, pode-se dar o exemplo de A. V. Dicey. Reconhecidamente um jurista liberal (COSGROVE, 1980, p. 22), ele escreve em seu clássico *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (DICEY, 1915, p. 110): “[O] Estado de Direito contrasta com todo sistema de governo baseado no exercício, por parte das pessoas em autoridade, de poderes amplos, arbitrários ou discricionários de constrangimento [*constraint*].” Esses sistemas de governo a que ele se refere nada mais são do que “impérios de homens”.

²⁷ Há, ainda, o fato de tal adágio se referir exclusivamente a “homens”. Esse termo deveria ser substituído por “indivíduos”. Acompanho Richard Fallon Jr. (1997, p. 3, nota de rodapé 10) e Margaret Radin (1989, p. 781, nota de rodapé 1) nessa opinião. Doravante, quando eu não estiver me referindo expressamente à frase tal como colocada originalmente pelos autores republicanos, procurarei utilizar a frase “império de leis e não de indivíduos”.

Esses movimentos de apresentar opções, traçar uma oposição e expressar uma preferência são, todavia, bastante vagos. Considerando as opções propostas pela intuição fundamental do Estado de Direito, o que realmente significam e em que são diferentes um “império de leis” e um “império de indivíduos”? Quanto à relação de oposição que ela estabelece, por que existe não apenas uma diferença, mas também uma tensão entre tais opções? Por fim, qual é a natureza exata da preferência expressa na intuição, e por que um “império de leis” é preferível a um “império de indivíduos”? Essas são perguntas bastante gerais, porém relevantes. Para ajudar a responder a esses questionamentos, uma “lista de exigências” mais precisa do Estado de Direito intervém.

1.2 As listas de exigências do Estado de Direito

Como observa Jeremy Waldron (2008a, p. 6), “[o] Estado de Direito é um ideal multifacetado”. O modo como esse conceito é ordinariamente utilizado sugere que existem diversas maneiras de promover um “império de leis” em detrimento de um “império de indivíduos”. Para melhor detalhar quais maneiras são essas, “[t]eóricos do Estado de Direito se orgulham de produzir ‘listas de compras’ com os princípios que ele abarca” (WALDRON, 2016a, p. 17). Essas listas contêm “exigências”, “princípios” ou “desideratos” os quais devem ser seguidos para que se promova o Estado de Direito. Porém, dado que há um grande desacordo sobre como se deve conceber um “império de leis”, há conseqüentemente múltiplas listas e múltiplas maneiras de interpretá-las. Esta seção pretende compilar algumas das principais listas de princípios da legalidade produzidas pela literatura e esclarecer qual é o seu papel.

Ao se construir uma compilação dos princípios do Estado de Direito, deve-se cuidar para que ela possua certa ordem. Não basta recolher as diversas exigências invocadas pelos mais diversos autores na literatura. Deve-se dividi-las em grupos de acordo com algum critério pertinente. Pode-se, por exemplo, classificar as exigências da legalidade conforme o autor que as propôs, operando eventualmente um recorte dos autores de maior relevância (é o que faz LOVETT, 2016, p. 210-211); ou, de maneira mais geral, pode-se classificar tais princípios de acordo com a tradição de pensamento em que seu proponente se insere (teorias liberais, teorias conservadoras e assim por diante), o que requer um critério ulterior para ordenar as diferentes tradições.²⁸ O modo mais recorrente, entretanto, de ordenar princípios do Estado de Direito é

²⁸ Ver capítulos 3, 5 e 6 de TAMANAHA, 2004 para concepções liberais, conservadoras e da esquerda radical sobre o Estado de Direito. Para a ideia, presente nesta dissertação, de uma concepção republicana (enquanto oposta a uma concepção liberal) do ideal da legalidade, ver seções 3.1.2 e 4.1.3 abaixo.

valendo-se de certas características compartilhadas por eles próprios. Nessa modalidade, cada lista agrupa princípios que sejam semelhantes sob um determinado aspecto. Fazendo isso, abre-se caminho para usar tais características como adjetivos ligados às diferentes concepções do Estado de Direito que existem. O raciocínio feito é o de que, a depender da ênfase que um autor dá à sua compreensão da legalidade, ele tende a favorecer algumas listas de princípios em detrimento de outras. Daí, as já batidas etiquetas que inundam a literatura: concepções “formais”, concepções “procedimentais” e concepções “substantivas” (a título de ilustração, ver CRAIG, 1997 e TAMANAHA, 2004, cap. 7 e 8).

É esse último modo de ordenação que emprego na compilação feita nesta seção. Para a sua elaboração, utilizei como base a coletânea de princípios reunidos por Jeremy Waldron (2011b, p. 5-7), complementando-a, quando conveniente, com exigências e formulações encontradas em outros autores²⁹ (para tanto, foi de grande auxílio a compilação feita por LOVETT, 2016, p. 210-211). O resultado apresenta-se em três listas: uma primeira, de princípios “formais”; uma segunda, de princípios “procedimentais”; e uma terceira, de princípios “substantivos”.³⁰

A tentativa de explicar a diferença entre o primeiro e o terceiro conjunto de desideratos geralmente repousa sobre a distinção entre a *forma* que normas jurídicas (ou sistemas jurídicos) devem assumir e o seu *conteúdo* (CRAIG, 1997, p. 467; LOVETT, 2016, p. 7; TAMANAHA, 2004, p. 92). Já o grupo intermediário pode ser entendido como contendo um conjunto de regras que estabelecem “os *passos* que são tomados para estabelecer alguma *conclusão*, frequentemente a conclusão de que outra regra (ou direito, exigência etc.) se aplica” — essa última regra (direito, exigência etc.) sendo “substantiva” em relação às primeiras, “procedimentais” (GARDNER, 2012a, p. 202, grifo nosso).

Tem-se, com isso, a seguinte compilação de princípios:

GRUPO (A): PRINCÍPIOS “FORMAIS” DO ESTADO DE DIREITO

***P*₁ Generalidade**

As normas jurídicas devem ser gerais: (i) quanto aos cursos de ação que elas requerem, proibem, permitem etc.; (ii) com respeito às pessoas às quais elas se referem (“igualdade jurídica”).

²⁹ Sobretudo A. V. Dicey, Lon L. Fuller, John Rawls, Joseph Raz, Richard Fallon Jr., Robert Summers e Tom Bingham. Algumas formulações e autores foram deixados de lado para evitar muitas repetições (é o caso de John Finnis (2011, p. 270-271), cuja lista coincide em grande medida com a de Fuller).

³⁰ Assim como Waldron e Lovett em suas compilações, recomponho os princípios de forma puramente aditiva. Não afirmo que há um princípio integrador subjacente a tais listas.

Outras formulações:

- “[N]ão apenas nenhum homem está acima de lei, mas (o que é algo diferente) [...] todo homem, qualquer que seja seu estatuto ou condição, está sujeito ao direito ordinário do reino e suscetível à jurisdição dos tribunais ordinários” (DICEY, 1915, p. 114).
- “O primeiro desiderato [...] é um óbvio: deve haver regras. Isso pode ser indicado como a exigência da generalidade” (FULLER, 1969, p. 46).
- “O Estado de Direito [...] implica o preceito de que casos similares sejam tratados similarmente. Os homens não poderiam regular as suas ações por meio de regras se esse preceito não fosse seguido. [...]. [O preceito de que não haja crime sem lei] exige que [...] as leis sejam gerais tanto em sua formulação quanto em sua intenção e não sejam usadas como um meio de causar dano a indivíduos particulares que possam ser expressamente nomeados (*bills of attainder*)” (RAWLS, 1999, p. 208-209).
- “A elaboração de leis particulares (ordens jurídicas particulares) deve ser guiada por regras abertas, estáveis, claras e *gerais*” (RAZ, 1979, p. 215, grifo nosso).
- “Que o direito [...], tanto quanto seja viável e apropriado, tome a forma [...] de regras gerais e definidas aplicáveis a classes de pessoas, atos, circunstâncias etc. e também aplicáveis a oficiais e a cidadãos igualmente” (SUMMERS, 1999, p. 1693).
- “As leis do país devem se aplicar igualmente a todos, salvo na medida em que diferenças objetivas justifiquem diferenciação” (BINGHAM, 2010, p. 55).

P₂ Publicidade (ou “promulgação”)

As normas jurídicas devem ser públicas.

Outras formulações:

- Deve-se “publicizar ou, ao menos, tornar disponível à parte afetada as regras que [se] espera que ele obedeça” (FULLER, 1969, p. 39).
- “[O preceito de que não haja crime sem lei] exige que as leis sejam conhecidas e expressamente promulgadas” (RAWLS, 1999, p. 209).
- “Todas as leis devem ser [...] abertas [...]” (RAZ, 1979, p. 214).
- Que o direito “esteja escrito de alguma forma e seja promulgado, publicado ou de outra maneira feito acessível aos seus destinatários” (SUMMERS, 1999, p. 1693).

P₃ Prospectividade (ou “não retroatividade”)

As normas jurídicas devem ser prospectivas.

Outras formulações:

- Não se deve “abus[ar] de legislação retroativa, que não apenas não pode por si mesma guiar a ação, mas mina a integridade de regras prospectivas em vigor, uma vez que as coloca sob a ameaça de modificação retrospectiva” (FULLER, 1969, p. 39).
- “[O preceito de que não haja crime sem lei] exige que [...] as leis penais não devam ser retroativas em desvantagem àqueles aos quais elas se aplicam” (RAWLS, 1999, p. 209).
- “Todas as leis devem ser prospectivas [...]” (RAZ, 1979, p. 214).

P₄ Inteligibilidade (ou “clareza”)

As normas jurídicas devem ser inteligíveis.

Outras formulações:

- Devem-se “fazer regras compreensíveis” (FULLER, 1969, p. 39).
- “[O preceito de que não haja crime sem lei] exige que [...] [o significado das leis] seja claramente definido” (RAWLS, 1999, p. 209).
- “Todas as leis devem ser [...] claras” (RAZ, 1979, p. 214).
- “As pessoas devem poder compreender o direito” (FALLON JR., 1997, p. 8).
- “Que os critérios aceitos para determinar a validade do direito sejam em geral claros e prontamente aplicáveis [...]. Que todas as formas de direito sejam apropriadamente claras e determinadas quanto ao seu significado” (SUMMERS, 1999, p. 1693).

P₅ Consistência (ou “não contradição”)

As normas jurídicas devem ser consistentes entre si.

Outras formulações:

- Deve-se evitar a “promulgação de regras contraditórias” (FULLER, 1969, p. 39).
- “A exigência de consistência [de tratar casos similares similarmente] se mantém, é claro, para a interpretação de todas as regras e para justificações em todos os níveis. [...]. Esse preceito se aplica também em casos de equidade” (RAWLS, 1999, p. 209).
- “Que os critérios aceitos para determinar a validade do direito [...] incluam critérios para a resolução de quaisquer conflitos entre formas de direito” (SUMMERS, 1999, p. 1693).

P₆ Praticabilidade (ou “performabilidade”)

Conformidade às normas jurídicas deve ser possível.

Outras formulações:

- Não se deve fazer “regras que exigem uma conduta que vai além dos poderes da parte afetada” (FULLER, 1969, p. 39).
- “[D]ever implica poder. [...]. Em primeiro lugar, as ações que as regras de direito exigem e proíbem devem ser de um tipo que se possa razoavelmente esperar que os homens possam fazer e evitar. [...]. Em segundo lugar, a noção de que dever implica poder transmite a ideia de que aqueles que promulgam leis e dão ordens assim o fazem de boa-fé. [...]. Além disso, [...], sua boa-fé deve ser reconhecida por aqueles que estão sujeitos às suas promulgações. [...]. Enfim, esse preceito expressa a exigência de que um sistema jurídico reconheça a impossibilidade de execução como uma defesa ou, pelo menos, como uma circunstância atenuante” (RAWLS, 1999, p. 208).
- “As pessoas devem poder [...] se conformar ao [direito]” (FALLON JR., 1997, p. 8).

P₇ Estabilidade (ou “constância”)

Normas jurídicas devem ser estáveis.

Outras formulações:

- Não se deve “introduzir mudanças nas regras a tal ponto frequentes que [...] não [se] possa orientar as suas ações por elas” (FULLER, 1969, p. 39).
- “Leis devem ser relativamente estáveis” (RAZ, 1979, p. 214).
- “O direito deve ser razoavelmente estável, a fim de facilitar o planejamento e a ação coordenada ao longo do tempo” (FALLON JR., 1997, p. 8).

P₈ Congruência (i) (entre o direito e a ação dos oficiais)

Os oficiais de um sistema jurídico devem administrá-lo em conformidade com as regras jurídicas.

Outras formulações:

- “Nenhum homem é punível ou pode, juridicamente, ser feito sofrer em corpo ou em bens, exceto em razão de uma violação clara do direito estabelecido da maneira jurídica ordinária e perante as Cortes ordinárias do país” (DICEY, 1915, p. 110).
- Deve-se buscar uma “congruência entre as regras tal como anunciadas e a sua administração de fato” (FULLER, 1969, p. 39).³¹
- “Questões de direito e responsabilidade jurídica devem ordinariamente ser resolvidas pela aplicação do direito e não pelo exercício de discricionariedade. [...]. [O]ficiais públicos de todos os níveis devem exercer os poderes a eles conferidos de boa-fé, equitativamente [*fairly*], para o propósito para o qual esses poderes foram conferidos, sem exceder os limites de tais poderes e não de maneira desarrazoada” (BINGHAM, 2010, p. 48).
- “Que todas as formas de direito sejam devidamente autorizadas e se conformem, portanto, aos critérios estabelecidos de validade” (SUMMERS, 1999, p. 1693).

P₉ Congruência (ii) (entre o direito e a ação dos não oficiais)

Os não oficiais (isto é, os cidadãos ordinários a quem um dado sistema jurídico se aplica) devem agir em conformidade com as regras jurídicas.

Outras formulações:

- “O direito deve guiar de fato as pessoas, pelo menos na maior parte do tempo. [...]. O direito deve governar oficiais, incluindo juízes, bem como cidadãos ordinários” (FALLON JR., 1997, p. 8).³²

³¹ Lon Fuller, em outra passagem, admite que P_8 é “o mais complexo de todos os desideratos” do Estado de Direito: “[A] congruência pode ser destruída ou prejudicada por uma grande variedade de maneiras: interpretação equivocada, inacessibilidade do direito, falta de compreensão sobre o que é exigido para manter a integridade de um sistema jurídico, suborno, preconceito, indiferença, estupidez e a tendência para o poder pessoal” (FULLER, 1969, p. 81).

³² Fallon (1997, p. 8) afirma que esse é o elemento de “eficácia” do Estado de Direito.

GRUPO (B): PRINCÍPIOS “PROCEDIMENTAIS” DO ESTADO DE DIREITO³³

P₁₀ Devido processo legal

A imposição de consequências jurídicas pelos oficiais de um sistema deve ser feita com base em um processo prévio (previsto em lei) em que se celebram audiências, se apresentam provas e se oferecem argumentos.

Outras formulações:

- “[H]á aqueles preceitos que definem a noção de justiça natural [*natural justice*]. [...] [U]m sistema jurídico deve tomar medidas para conduzir processos e audiências ordenados [...] [O] Estado de Direito exige alguma forma de devido processo legal: isto é, um processo razoavelmente desenhado para verificar a verdade [...] quanto a se uma violação ocorreu e sob que circunstâncias” (RAWLS, 1999, p. 210).
- “Tribunais devem estar disponíveis para aplicar o direito e devem empregar procedimentos equitativos [*fair*]” (FALLON JR., 1997, p. 9).

P₁₁ Independência judicial (ou “separação de poderes”)

Deve-se assegurar a independência dos oficiais responsáveis por administrar o direito frente a outras agências de governo.

Outras formulações:

- “[J]uízes devem ser independentes” (RAWLS, 1999, p. 210).
- “A independência do judiciário deve ser garantida” (RAZ, 1979, p. 216).

P₁₂ Imparcialidade judicial (ou “*nemo iudex in causa sua*”)

Os oficiais responsáveis por administrar o direito devem executar suas funções de maneira imparcial, livres de preconceitos, vieses, caprichos e interesses privados.

Outras formulações:

- “[J]uízes devem ser [...] imparciais, e nenhum homem pode julgar em causa própria. Julgamentos devem ser equitativos [*fair*] e abertos, mas sem serem prejudicados pelo clamor popular” (RAWLS, 1999, p. 210).
- “Não se deve permitir que o poder discricionário das agências de prevenção ao crime subverta o direito. [...]. Não se deve permitir à promotoria, por exemplo, decidir não processar o cometimento de certos crimes ou de crimes cometidos por certa classe de delinquentes” (RAZ, 1979, p. 218).

³³ Alguns desses princípios às vezes são chamados de princípios de “justiça natural” (*principles of natural justice*). Um dos princípios do Estado de Direito da lista elaborada por Joseph Raz (1979, p. 217), por exemplo, simplesmente afirma que “os princípios de justiça natural devem ser observados”. Além disso, Jeremy Waldron (2016a, p. 21) afirma que alguns deles são “institucionais” em caráter, pois exigem (ou pressupõem) que haja tribunais, juízes, uma separação de poderes etc. Para mais detalhes sobre o uso do adjetivo “institucional”, ver p. 76 abaixo.

P₁₃ Contraditório (ou “*audi alteram partem*”)

“[Q]ualquer pessoa que esteja sujeita a ter uma decisão adversa tomada contra si deve ter o direito de ser ouvida” (BINGHAM, 2010, p. 62).

P₁₄ Ampla defesa

Deve-se assegurar às partes o direito de estar presente em todas as etapas importantes do processo, de acarear testemunhas, de apresentar provas, de oferecer argumentos e de valer-se dos instrumentos jurídicos disponíveis a elas (WALDRON, 2011b, p. 6, exigências “D”, “E”, “G” e “H”).

P₁₅ Regras em matéria de prova

Deve-se assegurar que as provas apresentadas pelas partes sejam colhidas de modo apropriado.

Outras formulações:

- “[Um sistema jurídico] deve conter regras em matéria de prova que garantem procedimentos racionais de investigação” (RAWLS, 1999, p. 210).

P₁₆ Assistência jurídica

Deve-se assegurar às partes do processo o direito de representação por um advogado (garantindo tempo suficiente e oportunidade de preparar uma defesa).

Outras formulações:

- “[Q]ue haja uma profissão jurídica reconhecida, organizada e independente, juridicamente empoderada e disposta a fornecer assessoria jurídica e a patrocinar causas perante cortes, outros tribunais e outras instituições, conforme apropriado; e [...] que, ao menos quando uma parte é acusada de um crime significativo ou de outra violação similar, ela tenha o direito de ter uma defesa fornecida pelo Estado quando nega o delito e não possui meios financeiros de pagar os custos de defesa” (SUMMERS, 1999, p. 1695).

P₁₇ Fundamentação das decisões

Os oficiais responsáveis por administrar o direito, quando emitirem uma decisão jurídica, devem fornecer razões que a fundamentem, reagindo às provas e aos argumentos apresentados no processo.

Outras formulações:

- “De fato, [a noção de tratar similarmente casos semelhantes] não nos leva muito longe. [...]. No entanto, [...] [ela] limita significativamente o poder discricionário de juízes e outros em posição de autoridade. O preceito os força a justificar as distinções que fazem entre pessoas com referência às regras e princípios jurídicos relevantes” (RAWLS, 1999, p. 208-209).

- “Que uma forma de direito seja interpretada [...] de acordo com uma metodologia [...] apropriada, uniforme (para aquele tipo de direito) e determinada, [...] que respeita devidamente a forma [...] e o conteúdo daquele tipo de direito” (SUMMERS, 1999, p. 1694).

P₁₈ Recorribilidade

Deve-se assegurar às partes do processo o direito de recorrer da decisão proferida, para que seu caso seja analisado por outros oficiais responsáveis por administrar o direito.

Outras formulações:

- “Que uma parte privada que falhe em prevalecer ante [uma] corte ou [um] tribunal [...] tenha a oportunidade de pedir pelo menos um nível de apelação, como um controle contra erros jurídicos” (SUMMERS, 1999, p. 1695).

P₁₉ Acessibilidade

Deve-se assegurar que os cidadãos possam acessar facilmente o sistema judicial.

Outras formulações:

- “Os tribunais devem ser facilmente acessíveis. [...]. Longas esperas, custos excessivos etc. podem efetivamente transformar o direito mais iluminado em letra morta e frustrar a habilidade de alguém de efetivamente se guiar a partir do direito” (RAZ, 1979, p. 217).
- “Meios devem ser fornecidos para resolver, sem custos proibitivos ou atrasos desmedidos, disputas civis de boa-fé que as próprias partes não conseguem resolver” (BINGHAM, 2010, p. 85).

P₂₀ Ordem espontânea

As normas jurídicas devem surgir como o resultado de um processo espontâneo de criação (ver HAYEK, 2013, p. 116).

Outras formulações:

- “[O]s princípios gerais da constituição (como, por exemplo, o direito à liberdade pessoal ou o direito de reunião pública) são [...] o resultado de decisões judiciais determinando os direitos de pessoas privadas em casos particulares trazidos perante as Cortes” (DICEY, 1915, p. 115).

GRUPO (C): PRINCÍPIOS “SUBSTANTIVOS” DO ESTADO DE DIREITO

P₂₁ Propriedade privada³⁴

“Um aspecto essencial do comprometimento com o Estado de Direito é a definição e a proteção de direitos de propriedade” (CASS, 2003, p. 1).³⁵

³⁴ Foi Waldron (2012a, p. 18-20) quem me chamou a atenção para as citações contidas sob essa rubrica.

³⁵ A associação entre o Estado de Direito e o direito à propriedade privada acompanha, às vezes, a oposição entre o ideal da legalidade e o ideal da justiça social: “[A]s demandas cumulativas do Estado social-democrático

P₂₂ Direitos humanos

“O direito deve oferecer proteção adequada a direitos humanos fundamentais” (BINGHAM, 2010, p. 66).³⁶

Outras formulações:

- “[É] a proibição da tortura, e não [...] a autorização legal da tortura, que é verdadeiramente arquetípico do Estado de Direito” (WALDRON, 2005, p. 1742).

P₂₃ Presunção de liberdade³⁷

Quando da criação, modificação e administração do direito, os oficiais devem presumir em favor da liberdade individual.

Outras formulações:

- “[O preceito de que não haja crime sem lei] exige que [...] os crimes mais graves sejam interpretados estritamente” (RAWLS, 1999, p. 209).

P₂₄ Democracia

O Estado de Direito exige que se promova a democracia.³⁸

P₂₅ Obrigações internacionais

“O Estado de Direito exige respeito por parte do Estado para com as suas obrigações de direito internacional, assim como para com as de direito nacional” (BINGHAM, 2010, p. 110).

Com essa compilação em mãos, deve-se atentar para dois pontos. O primeiro diz respeito à natureza das diferentes classes de princípios que organizam essa compilação; o segundo refere-se à função que uma lista de princípios (independentemente de seu conteúdo) exerce no interior de uma concepção do Estado de Direito.

Primeiramente, é de se notar que as explicações dadas acima (ver p. 45) sobre o significado dos termos “formal”, “procedimental” e “substantivo” não são suficientes. Há sérias razões para se duvidar da precisão conceitual dessas etiquetas,³⁹ além de os autores divergirem

moderno exigem uma gama de compromissos e atalhos administrativos que irão eventualmente estripar o Estado de Direito na prática, mesmo se o Estado o honra na teoria” (EPSTEIN, 2011, p. 12).

³⁶ Bingham (2010, cap. 6, passim) cita como exemplos de direitos humanos fundamentais: direito à vida, proibição de tortura, proibição de escravidão e trabalhos forçados, direito à liberdade e à segurança, direito a um julgamento equitativo, proibição de punição sem lei, direito ao respeito à vida privada e familiar, liberdade de pensamento, de consciência e de religião, liberdade de expressão, liberdade de assembleia e de associação, liberdade de casamento, proteção da propriedade e direito à educação.

³⁷ É Waldron (2011b, p. 7) quem menciona tal princípio, sem explicitar, no entanto, qualquer formulação.

³⁸ Embora esse princípio não conste em nenhuma das listas de princípios do Estado de Direito analisadas, a sugestão de que existe uma conexão bastante próxima entre o ideal da legalidade e o ideal democrático aparece em vários lugares — de trabalhos acadêmicos a conferências promovidas por organizações internacionais (para a indicação de fontes a esse respeito, ver TAMANAHA, 2004, p. 110-112).

³⁹ Ver seção 2.2.1, item (viii), abaixo.

quanto à inserção de um princípio em um ou outro grupo.⁴⁰ Contudo, seu uso aqui se faz necessário por duas razões. Primeiro, porque esse vocabulário encontra-se a tal ponto difundido na literatura que não seria possível ignorá-lo. Nesse sentido, conhecer a caracterização que os próprios autores fazem de seus princípios é relevante sobretudo nesse momento inicial de compilação em que se pretende apenas expor as diversas propostas teóricas existentes, e não se engajar no debate. Segundo, porque essas etiquetas apresentam-se como um mapa útil para identificar a “popularidade” de determinados princípios e os debates entre alguns autores. Uma vez classificados segundo essas denominações, pode-se olhar para a literatura e concluir que os princípios “formais” são os mais pacíficos de todos: embora haja desacordos sobre seus detalhes, não há lista que não faça alusão a eles. O terceiro conjunto, de princípios “substantivos”, é colocado normalmente como o adversário daqueles que se atêm somente aos princípios “formais”.⁴¹ Já os princípios “procedimentais” ou bem flutuam entre o que se considera “formal” e “substantial” (e suas derivações), ou bem são esquecidos.⁴²

De todo modo, saber se um determinado princípio é “formal”, “procedimental” ou “substantivo”, ou mesmo se tal princípio é de fato um princípio do Estado de Direito não são questões que a simples elaboração de uma lista possa responder. É preciso algo mais. Isso traz à tona o segundo ponto, sobre o papel de tais listas em uma concepção do Estado de Direito. Os princípios da legalidade não podem “flutuar”, como aponta Lovett (2016, p. 127, grifo nosso): “[D]evemos lembrar a nós mesmos que [eles] representam uma *conclusão* derivada de nossa teoria, e não seu ponto de partida.” Eles devem especificar, delimitar e clarificar a intuição fundamental do Estado de Direito, capturada pelo adágio “um império de leis, não de indivíduos”.

Entre a intuição e os princípios, contudo, há um longo caminho. Deve haver, no mínimo, algo que responda às questões deixadas em aberto na última seção. Assim, para que a frase “um império de leis, e não de indivíduos” tenha algum sentido distintivo e algum apelo, deve-se fazer, no mínimo, duas coisas: (a) procurar saber qual é a natureza de um “império de leis” e quais características o opõem a um “império de indivíduos” (o que demanda um aparato

⁴⁰ Um possível princípio do Estado de Direito exigindo instituições democráticas, por exemplo, é classificado como “substantivo” por Robert Summers (1993, p. 135) e Jeremy Waldron (2011b, p. 7), mas como “formal” por Brian Tamanaha (2004, p. 91, 156, nota de rodapé 1).

⁴¹ A oposição entre Tom Bingham, que advoga em favor de uma concepção mais “substantiva”, e Joseph Raz, que se restringe a princípios formais, é normalmente citada para ilustrar esse debate.

⁴² Waldron (2011b, p. 6-7) chama a atenção para esse fato: “Acredito que tornamos a ideia do Estado de Direito radicalmente modesta se a entendemos como abrangendo uma lista como a lista de Fuller [ver princípios formais P_1 a P_8 acima], sem também incluir algo como a lista procedimental [...]. É notável o quão pouca atenção se presta às exigências do tipo procedimental [...] na literatura em filosofia política e jurídica dedicada à discussão sobre o Estado de Direito.”

conceitual subjacente à intuição fundamental do Estado de Direito); e (b) fornecer razões convincentes para preferir um “império de leis” a um “império de indivíduos” (o que exige uma reflexão sobre as preocupações morais subjacentes⁴³ a tal lema). Somente essa dupla investigação pode fornecer uma razão para escolher *certos* princípios em detrimento de outros, estabelecendo uma coerência e um suporte à lista que se construir.

⁴³ A expressão “preocupação moral subjacente” vem de Waldron (2011b, p. 14). Assim como o “aparato conceitual subjacente” do Estado de Direito, ela é parte essencial de uma justificação moral do ideal da legalidade. Para “a estrutura fundamental” dessa justificação, ver seção 3.1.1 abaixo.

2 QUESTÕES PERSISTENTES

Tão grande quanto a compilação de princípios da legalidade são as complicações que deles podem emergir. Como foi salientado na introdução, muitas dificuldades se apresentam à elaboração de uma concepção de Estado de Direito. Este capítulo se dedica à clarificação dessas dificuldades. Mais precisamente, ele visa a se engajar na tarefa proposta por Martin Krygier (2011, p. 64) de “dar uma noção [...] de alguns dos dragões que devem ser mortos ao longo do caminho”, ou seja, de identificar questões difíceis e persistentes sobre o Estado de Direito. Esses “dragões” são vários e residem em diferentes níveis da fabricação de uma concepção do ideal da legalidade: há questões persistentes em nível metodológico, em nível normativo e em nível institucional. Nenhuma tentativa de atacar quaisquer dessas questões será feita nesta seção, objetivo que será perseguido apenas na Parte II deste trabalho e, mais especificamente, no capítulo 4. No momento, bastará enunciar tais problemas e, se possível, apresentar brevemente as respostas disponíveis.

2.1 Questões metodológicas

De tudo o que foi dito até o momento, é notável o fato de que a elaboração de uma concepção da legalidade exige compreender as relações nebulosas entre (a) o modo como se compreende o direito enquanto direito; (b) o modo como se entende o ideal do Estado de Direito; e (c) o modo como se concebe o valor do Estado de Direito. A discussão que se segue diz respeito direta ou indiretamente ao modo pelo qual se deve abordar cada uma dessas questões ou, então, à maneira pela qual se deve articular suas respostas.

(i) Objeto da filosofia política normativa?

Na última seção, identificou-se como ponto de partida de uma concepção da legalidade o lema “império de leis, e não de indivíduos”. A isso se deu o nome de “intuição fundamental”, no sentido de um juízo *moral* básico ainda a ser detalhado, refinado etc. No entanto, esse lema pode ser encarado de diferentes maneiras. A primeira questão metodológica vem, assim, questionar o seguinte: *qual é a natureza dos dados que se deve tomar como ponto de partida para a elaboração de uma concepção do Estado de Direito?*

Esses dados podem ser, por exemplo, históricos. Folhetins, correspondências, livros, relatos etc. são fontes valiosas para que o historiador possa analisar a maneira como o ideal de

um “império de leis” emergiu no pensamento político ou jurídico sob determinadas circunstâncias e em determinados lugares, e como essa ideia circulou e se modificou em diferentes culturas ao longo do tempo (p. ex., HOLMES, 2003; LOUGHLIN, 2010; TAMANAHA, 2004, cap. 1-3). Diferentemente, esses dados podem ser jurídicos. Aqui, o conceito é mobilizado por juristas, a partir de um “ponto de vista interno”,⁴⁴ para compreender, interpretar ou aplicar regras de um sistema jurídico em específico que contenha referências expressas ou implícitas ao “Estado de Direito” em seus textos normativos — o sistema jurídico britânico (ver ALLAN, 2013) ou o brasileiro (ver DIFINI, 2012, p. 160-182), por exemplo. Enfim, esses dados podem ser “dados morais” (no sentido de uma moralidade crítica, e não social).⁴⁵ Nesse caso, o filósofo político normativo elabora uma concepção da legalidade que sirva de amparo para argumentos morais (louvando ou criticando, por exemplo, determinados arranjos sociais). Essas respostas, é claro, não são exaustivas nem mutuamente excludentes. Trata-se menos de um problema do que de uma escolha teórica (que deve ser explicitada desde o início). Ainda assim, o modo como um tipo de dado informa o outro é algo a ser averiguado por uma concepção do Estado de Direito que se pretenda completa.

(ii) Paroquialismo inevitável?

Alguém poderia, entretanto, mostrar-se cético quanto à existência dos dados que seriam necessários para conceber o Estado de Direito como uma medida moral aplicável a diferentes arranjos sociais e institucionais. Essa pessoa poderia seguir o fio da primeira questão metodológica e fazer uma segunda pergunta: *pode uma concepção do Estado de Direito ser amplamente inteligível como fundamento para a avaliação moral ou ela necessariamente estará restrita a circunstâncias particulares?*

Em resposta, há *grosso modo* duas alternativas. A primeira, “universalista”, supõe um universo comum (a existência de pelo menos uma “intuição moral fundamental” compartilhada, por exemplo) a partir do qual se possa construir uma concepção da legalidade segundo a abordagem da filosofia política normativa. Já para a segunda alternativa, “paroquialista”, a ideia de Estado de Direito seria necessariamente dependente de uma determinada história, cultura ou sistema jurídico.⁴⁶ Nesse sentido, Judith Shklar (1987, p. 6) se refere ao Estado de Direito como

⁴⁴ Para o conceito de “ponto de vista interno” na teoria do direito, ver HART, 2012, p. 56-57.

⁴⁵ Para a distinção entre moralidade crítica e social, ver HART, 1963, cap. 17-18.

⁴⁶ A. V. Dicey (1915, p. 109-110), considerado o criador do termo inglês “*the rule of law*”, considera o Estado de Direito como “a característica distintiva das instituições inglesas”, de tal modo que “nós podemos seguramente

“o patrimônio peculiar de uma [...] ordem nacional”, “o infeliz desabafo do paroquialismo anglo-saxão”. Nesse sentido, uma implicação possível é a de que não haveria como “exportar” o conceito do Estado de Direito, pois, nesse caso, simplesmente não se estaria falando a mesma língua.⁴⁷ O máximo que se poderia fazer é um estudo comparativo.⁴⁸

(iii) Conceito essencialmente contestado?

Considerando o que já foi discutido até aqui, não é mais uma novidade afirmar que o conceito de Estado de Direito é bastante contestado. Isso ficará ainda mais claro quando as questões normativas (ver seção 2.2) forem mapeadas. Desde já, entretanto, é preciso se perguntar: *qual é a natureza dos desacordos sobre o Estado de Direito?*

Uma sugestão famosa na literatura é a de que o Estado de Direito é um “conceito essencialmente contestado”.⁴⁹ Foi Fallon Jr. (1997, p. 7, nota de rodapé 22) quem primeiro fez alusão a essa tese, posteriormente desenvolvida por Waldron (2002). Porém, a ideia de um “conceito essencialmente contestado” é mais antiga. Ela remonta a um artigo de W. B. Gallie (1956) em que são elencadas cinco características de conceitos essencialmente contestados: (i) eles têm certa complexidade interna (devem ser constituídos por mais de um elemento); (ii) são “avaliativos”: (possuem necessariamente um aspecto normativo); (iii) são inicialmente descritíveis de variadas maneiras; (iv) admitem considerável modificação à luz de circunstâncias mutáveis; e (v) são usados de maneira argumentativa (“agressivamente” e “defensivamente”) (GALLIE, 1956, p. 171-172).

concluir que nós mesmos, sempre que falarmos que os ingleses amam o governo do direito, ou da supremacia do direito como sendo uma característica da constituição inglesa, estamos usando palavras que, embora possuam um significado real, são, não obstante, para a maioria das pessoas que as empregam, repletas de vagueza e de ambiguidade”. Essas dificuldades teriam, para ele, consequências metodológicas: “Se [...] queremos um dia apreciar a total importância da ideia denotada pelo termo ‘governo, supremacia ou predominância do direito’, devemos primeiro determinar precisamente o que queremos dizer por tais expressões quando as aplicamos à constituição britânica” (DICEY, 1915, p. 110). Com isso, Dicey adota um paroquialismo mitigado.

⁴⁷ Essa parece ser a preocupação implícita em alguns dizeres de Carothers (1998, p. 97): “Alguns juristas norte-americanos conferem ao Estado de Direito atributos específicos do seu próprio sistema, tais como o julgamento por júri, uma constituição que raramente é emendada, uma visão ampla dos direitos do réu e uma separação marcada entre os poderes. Isso aliena pessoas de outras sociedades que gostam do Estado de Direito, mas ocorre de não seguirem a abordagem norte-americana em seus muitos detalhes específicos.”

⁴⁸ Uma ilustração dessa problemática encontra-se nas frequentes discussões sobre as diferenças e semelhanças entre os conceitos de *Rechtsstaat*, *rule of law* e *État de droit*. Por um lado, poder-se-ia afirmar, juntamente com Ernst-Wolfgang Böckenförde (1991, p. 48 apud LOUGHLIN, 2010, p. 313), que “*Rechtsstaat* é um termo peculiar ao mundo de língua alemã; ele não tem nenhum equivalente em qualquer outra língua”. Por outro lado, acompanhando Neil MacCormick e N. W. Barber, há a tese de que, apesar de existirem diferenças, esses termos “são constituídos pelos mesmos princípios básicos” (MACCORMICK, 1984, p. 67), pois investigam “o que significa para uma pessoa ser governada pelo direito ao invés de ser sujeita aos ditames dos poderosos” (BARBER, 2003, p. 444).

⁴⁹ Para uma reação oposta a tal sugestão, ver LOVETT, 2016, p. 7, nota de rodapé 19.

“Democracia”, “arte” e “justiça social” seriam exemplos desse tipo de conceito. Quando se qualifica um conceito como “essencialmente contestado”, não se quer caracterizar a intensidade, mas o local do desacordo sobre ele (WALDRON, 2002, p. 149). Por isso, Waldron (1994a, p. 529-530) acrescenta que a “contestabilidade essencial” de dado conceito deve significar, pelo menos, uma entre três coisas: (a) que o desacordo sobre ele diz respeito não apenas a seus casos marginais, mas também a seus casos centrais; (b) que o desacordo é parte do próprio conceito; ou (c) que o desacordo é de alguma maneira imprescindível para a sua utilidade enquanto conceito.

Ao aplicar essa noção ao Estado de Direito, deve-se perguntar: em que pontos de uma concepção do Estado de Direito há discordância? Alguns locais são fáceis de detectar, outros nem tanto. Discorda-se, é óbvio, quanto à lista de princípios da legalidade: seu conteúdo, suas diferentes ênfases etc. Mas discorda-se também, por exemplo, quanto às suas preocupações morais (eficiência, justiça, dignidade, liberdade?) e quanto ao aparato conceitual (em que consiste um “império de leis”?) subjacentes à ideia de um “império de leis e não de indivíduos”. Essas controvérsias atingem os casos centrais de aplicação daquilo que chamei de “intuição fundamental” do Estado de Direito. Em princípio, isso reforça a tese de Waldron de que o Estado de Direito é um conceito essencialmente contestado.

Este trabalho, contudo, é neutro em relação a tal contestabilidade essencial. Se verdadeira, a tese de Waldron não leva ao ceticismo: sua consequência seria simplesmente a de que, para progredir na compressão do Estado de Direito, deve-se “argumentar sobre ele, ao invés de simplesmente extrair exigências de uma definição canônica” (WALDRON, 2019, p. 22).⁵⁰ Se falsa, a tarefa fica ainda mais simples: isso quer dizer que haveria mais pontos de acordo sobre os quais elaborar uma concepção da legalidade. Em ambas as alternativas, o método do “equilíbrio reflexivo”⁵¹ não está comprometido. Por conseguinte, a contestabilidade essencial do ideal da legalidade, seja ela verdadeira ou falsa, não atrapalha em nada um argumento neorrepblicano em favor do Estado de Direito.

⁵⁰ “A falta de acordo é frequentemente uma fonte de força — as pessoas se unem para apoiar tais instituições e princípios a despeito de suas diversas visões sobre a sua natureza” (RAZ, 2019, p. 1).

⁵¹ Ver considerações metodológicas feitas na Introdução, seção (d), acima.

(iv) Estado de Direito, conceito de direito?

A quarta e última questão metodológica é a seguinte: *qual é a relação entre uma concepção do Estado de Direito e o conceito de direito?* Há duas teses concorrentes a esse respeito: a “tese da prioridade” e a “tese da aproximação”.

Há pouco, fez-se menção à existência de um (controvertido) “aparato conceitual subjacente” ao ideal do Estado de Direito, isto é, os elementos de definição sem os quais não se pode saber o que é um “império de leis” e em que ele se distingue de um “império de indivíduos”. Na literatura, esse aparato conceitual, embora possa conter outros elementos, geralmente faz referência ao conceito de direito (trata-se, afinal, do ideal de um “império de leis”). Assim, alguns autores falam do Estado de Direito como, por exemplo, o ideal destinado “a minimizar o perigo criado pelo próprio direito” (RAZ, 1979, p. 224). Esse tipo de declaração pressupõe uma ideia do que o direito, enquanto direito, é (os riscos que ele produz, como ele produz etc.). Nesse sentido, o conceito de direito se encontraria “subjacente” a uma concepção do Estado de Direito.⁵² Para saber o que este é, dever-se-ia saber antes o que aquele é. Essa ideia pode ser chamada de “tese da prioridade”:

Tese da prioridade: o ideal do Estado de Direito e o conceito de direito são coisas diferentes; uma elucidação do primeiro exige uma prévia elaboração do segundo.⁵³

Para essa tese, portanto, a via entre o conceito de direito e a concepção de Estado de Direito é de mão única. O que dizer, entretanto, do modo pelo qual uma concepção do Estado de Direito pode estar subjacente a um conceito de direito? Waldron (2008a, p. 14, 61), preocupado com aquilo que ele chama de um conceito de direito “excessivamente generoso” e “empobrecido”, sugere a seguinte tese (que chamarei de “tese da aproximação”):

⁵² O modo pelo qual o conceito de direito subjaz ao Estado de Direito pode ser mais ou menos complexo (a depender das diferentes concepções). “Subjacente” pode significar que as características de sistemas jurídicos são os *fundamentos* dos princípios do Estado de Direito, como na teoria de Lovett (2016, p. 14) e que, logo, é necessário um conceito de direito para formular uma concepção do ideal da legalidade. “Subjacente” pode também significar que o *campo de aplicação* do ideal do Estado de Direito se restringe a sistemas jurídicos e que, logo, é necessário um conceito de direito para compreendê-lo. Essa última ideia se encontra no fundo de afirmações como “falhar em cumprir os desideratos do Estado de Direito é [...] o jeito mais distintivo (específico ao direito) que [o direito] pode falhar” (GARDNER, 2012a, p. 195), “o Estado de Direito é a virtude específica dos sistemas jurídicos” (FINNIS, 2011, p. 270), entre outras.

⁵³ Waldron (2008a, p. 10-11) atribui essa tese a Joseph Raz (1979, p. 224) e a Jeremy Bentham (1907, p. 323-324), que a teria abrangido em sua distinção mais ampla entre “teoria do direito expositiva” (*expository jurisprudence*) e “teoria do direito censória” (*ensorial jurisprudence*).

Tese da aproximação: o ideal do Estado de Direito é parte do conceito de direito; uma elucidação do segundo exige uma noção do primeiro.

Sob essa ótica, o modo como se concebe o Estado de Direito (seus princípios, os valores que esse ideal promove etc.) é definidor para o modo como se concebe o próprio direito. Isso porque “descrever um exercício de poder como uma instância de criação de direito [*lawmaking*] ou aplicação de direito”, para Waldron (2008a, p. 14), “já é dignificá-lo de certo modo; já é fazer certa [...] avaliação do que aconteceu”. O conceito de direito seria, nesse sentido, parecido com o conceito de democracia, isto é, um “conceito exigente” (WALDRON, 2008a, p. 45).⁵⁴ Seus critérios seriam “moralmente motivados” (WALDRON, 2008a, p. 40) — mais especificamente, motivados pela concepção de Estado de Direito que se adota.

Para os propósitos desta dissertação, essa discussão pode ser posta de lado. No entanto, ela é valiosa porque fornece a interessante hipótese de que adotar certa concepção de liberdade como justificação do ideal da legalidade — e, portanto, conceber o Estado de Direito de certa maneira — pode ter efeitos sobre o modo como teorizamos o próprio conceito de direito. A pergunta, então, passa a ser: admitir uma fundamentação neorepublicana da legalidade implica adotar um conceito de direito específico? Isso é algo a ser explorado em mais detalhes assim que se tenha efetivamente uma justificação republicana da legalidade em mãos.

2.2 Questões normativas

Passo agora às questões sobre a “significância” (LOUGHLIN, 2015, p. 437) do Estado de Direito. Há duas classes de problemas relacionados ao ideal da legalidade como potencialmente dotado de um mérito moral.

A primeira envolve saber *a que* exatamente o ideal do Estado de Direito se aplica e por quê. Essas são questões concernentes ao “campo de aplicação” das diversas exigências da

⁵⁴ “Para nós, reconhecer um sistema como uma democracia significa que o sistema deve satisfazer certos critérios *substantivos*. Por exemplo, ele deve ser um sistema que permite dissenso e oposição organizada e que conduz eleições livres e equitativas — com sufrágio adulto universal — regularmente” (WALDRON, 2008a, p. 13, grifo nosso). No direito, argumenta Waldron, também haveria traços equivalentes àqueles que representam, no caso da democracia, “eleições livres”, “regulares”, “equitativas” etc. Ele elenca os seguintes elementos: (i) a existência de tribunais, com seus necessários aspectos funcionais (p. ex., a aplicação de normas), estruturais (p. ex., sua estrutura tríade: juiz e partes) e procedimentais (audiências, procedimentos imparciais, direito ao contraditório etc.); (ii) a existência de normas gerais públicas, conjuntamente com as noções de “autoaplicação”, “autocontrole” e “agência”; (iii) o caráter positivo das normas, no sentido de que elas podem ser criadas, modificadas e administradas por seres humanos (o que expressaria um sentido elementar de liberdade); (iv) a orientação ao bem público (a impossibilidade de um sistema jurídico pretender-se inteiramente orientado ao interesse privado); e (v) a sistematicidade, isto é, seu aspecto “cumulativo”, que se constrói sobre si mesmo, possibilitando certo tipo de argumentação na prática jurídica. Tais características seriam ao mesmo tempo características do direito e princípios do Estado de Direito (WALDRON, 2008a, p. 20-36).

moralidade, isto é, aos “tipos de objeto (ações de indivíduos, caráter de indivíduos, regras, instituições, e assim por diante) que são apropriadamente governados” (ABIZADEH, 2007, p. 323) por certos princípios, valores, ideais etc. morais.⁵⁵ Aqui, manipula-se o que chamei de “aparato conceitual subjacente” ao Estado de Direito, que, apesar de “conceitual”, possui enorme importância para a significância moral da legalidade: um ideal que erra o seu alvo pode vir a ser um ideal muito mais fraco do que se pensa.

A segunda classe de problemas é composta por questões sobre se o ideal do Estado de Direito de fato possui mérito moral e por quê. Aqui, versa-se sobre a “justificação” ou o “valor” do Estado de Direito, mergulhando finalmente nas “preocupações morais subjacentes” à ideia de “um império de leis e não de indivíduos”. Entre outras coisas, empreender tal investigação envolve enfrentar o ceticismo moral com respeito ao ideal do Estado de Direito e detectar tensões entre ele e outros ideais.

Passo a explorar, na ordem, essas duas classes de questões.

2.2.1 *Questões sobre o campo de aplicação do Estado de Direito*

(v) Paradoxo?

O primeiro problema advém da observação segundo a qual o Estado de Direito seria um ideal paradoxal e, portanto, irrealizável, pois necessariamente contraditório. A dúvida central é: *uma vez considerada a natureza do objeto ao qual o ideal da legalidade se aplica, o Estado de Direito não acaba por inevitavelmente conflitar com ele?*

A contradição referida acima, no mais das vezes, recebe uma roupagem conceitual. Ela visa a apontar para uma tensão entre “Estado” (ou “soberania”, ou a própria definição de “direito”), por um lado, e a ideia de “Estado de Direito”, por outro. É nesse sentido que pergunta Catherine Audard (2009, p. 181): “Como pode o Estado, que tem o monopólio do direito, ser limitado pelo direito?”⁵⁶ No mesmo espírito, Thomas Hobbes (2012a, p. 504, cap. 29), em uma célebre passagem do *Leviatã*, escreve:

⁵⁵ Em filosofia política normativa, esse problema é mais conhecido no contexto específico do debate sobre o “campo de aplicação” dos princípios de justiça distributiva (*the site of distributive justice*). G. A. Cohen (COHEN, 2000, cap. 8-10, 2008, cap. 3) foi um dos principais responsáveis pela popularização desse problema ao criticar John Rawls por não ter adequadamente vislumbrado uma aplicação direta do princípio de diferença à conduta dos indivíduos (o que exigiria não apenas uma “estrutura básica” justa, mas um “*ethos* de justiça”).

⁵⁶ Para uma breve contextualização e elaboração da tese de que a soberania é caracterizada pelo “monopólio do direito positivo”, ver FOISNEAU, 2000.

Uma quarta opinião, repugnante à natureza de uma República, é esta, *Que ele que tem o Poder Soberano está sujeito às Leis Civis*. É verdade que Soberanos estão todos sujeitos às Leis de Natureza; porque tais leis são Divinas e não podem, por qualquer homem ou República, ser ab-rogadas. Mas àquelas Leis que o próprio Soberano, isto é, que a República faz, ele não está sujeito. Pois estar sujeito a Leis é estar sujeito à República, isto é, ao Soberano Representante, isto é, a ele mesmo; o que não é sujeição, mas liberdade em relação às Leis [*freedom from the Lawes*]. Esse erro, porque coloca as Leis acima do Soberano, coloca também um Juiz acima dele e um Poder de puni-lo; o que é fazer um novo Soberano; e de novo, pela mesma razão, um terceiro, para punir o segundo; e assim continuamente sem fim, para a Confusão e Dissolução de uma República.⁵⁷

O mote do Estado de Direito “paradoxal” aparece também em John Austin, jurista do século XIX e um dos “positivistas clássicos”. Para ele, um sistema jurídico seria definido como um conjunto de comandos amparados por sanções e emitidos por um soberano, a saber, aquela pessoa ou corpo de pessoas que são habitualmente obedecidas e que não obedecem a ninguém. Olhando mais de perto, nota-se que essa articulação do que o direito é obsta, em princípio, a possibilidade de um “império de leis e não de indivíduos” (no sentido de uma ascendência do direito sobre a ação dos oficiais do sistema). Isso porque, para Austin (1995, p. 212), “[t]odo direito positivo [...] é estabelecido [...] por uma pessoa ou corpo soberano a um membro ou membros da sociedade política independente em que aquela pessoa ou corpo é soberano ou supremo”. Daí, segue-se que:

[O] poder de um monarca [...], ou de um grupo soberano [*sovereign number*] em seu colegiado e capacidade soberana, é incapaz de limitação *jurídica*. Um monarca ou grupo soberano vinculados por um dever jurídico estariam sujeitos a um soberano mais elevado ou superior: ou seja, um monarca ou grupo soberano vinculados por um dever jurídico seriam soberanos e não soberanos. Poder supremo limitado pelo direito positivo é uma clara contradição nos termos (AUSTIN, 1995, p. 212).

Em outras palavras, o que esses autores afirmam é que a natureza do campo de aplicação do ideal do Estado de Direito (o “Estado”, o “soberano” ou um “sistema jurídico”) conflita com a própria natureza do ideal, que exige algo que seu campo de aplicação, por definição, não pode cumprir. Esse é, sem dúvidas, um desafio à ideia de “império de leis e não de indivíduos”. No fundo, essa objeção sugere que todo império de leis é um império de indivíduos. Não haveria distinção entre eles e, portanto, a intuição fundamental seria contraditória em si mesma. Uma

⁵⁷ Em outra passagem, Hobbes faz alusão expressa ao que chamei de “intuição fundamental” do Estado de Direito, atribuindo-a a Aristóteles. Ele escreve: “[E]sse é outro Erro da Política de Aristóteles, que em uma República bem-ordenada, deveriam governar não Homens, mas as Leis. Que homem que tenha seus Sentidos naturais, embora não possa nem escrever nem ler, não se acha governado por aqueles que ele teme e acredita que podem matá-lo ou machucá-lo quando ele não obedece? Ou que acredita que o Direito pode machucá-lo; isto é, Palavras e Papel, sem as Mãos e Espadas dos homens?” (HOBBS, 2012b, p. 1096, cap. 46).

real ascendência do direito sobre os indivíduos seria apenas um mito e, por isso, não poderia desempenhar qualquer papel prático.⁵⁸

(vi) Tautologia?

O segundo problema vai em direção diferente da sugestão de uma contradição inerente ao Estado de Direito. Admite-se a coerência de tal ideal (a ausência de uma contradição em sua própria definição), mas aponta-se uma redundância. Nesse sentido, pergunta-se: *uma vez considerada a natureza do objeto ao qual o ideal da legalidade se aplica, o Estado de Direito não acaba por inevitavelmente se confundir com ele?*

Assim, longe de paradoxal, o Estado de Direito seria uma tautologia. Joseph Raz (1979, p. 212) exprime essa dificuldade da seguinte maneira:

“O Estado de Direito” significa literalmente o que diz: o governo do direito.⁵⁹ Tomado em seu sentido mais amplo, isso significa que as pessoas deveriam obedecer ao direito e ser governadas por ele. Mas, em teoria do direito e teoria política, ele veio a ser lido em um sentido mais restrito, de que o governo deve ser governado pelo direito e ser sujeito a ele. O ideal do Estado de Direito nesse sentido é frequentemente expresso pela frase “governo pelo direito, e não por homens”. Tão logo alguém usa essas fórmulas, sua obscuridade se torna evidente. Certamente um governo deve operar tanto por meio do direito quanto por meio de homens. Diz-se que o Estado de Direito significa que toda a ação do governo deve ter um fundamento no direito, deve ser autorizada pelo direito. Mas isso não é uma tautologia? Ações não autorizadas pelo direito não podem ser ações do governo enquanto governo. Elas não teriam efeito jurídico e seriam frequentemente ilegais.

Em resumo, todos os Estados (ou todos os “governos”, todos os “soberanos”, todos os “sistemas jurídicos”) seriam, por definição, “Estados de direito”. Agora, por que fazer disso um ideal? Esse desafio, embora diferente do primeiro, coloca igualmente pressão sobre a diferença prática que deve exercer o ideal da legalidade. No extremo oposto da sugestão de um Estado de Direito paradoxal — impossível de realizar e, por isso, irrelevante para a prática —, tem-se aqui um Estado de Direito tautológico — inevitavelmente realizado (pois equivalente ao seu campo de aplicação) e, por isso, igualmente irrelevante (ver LOVETT, 2016, p. 109).

⁵⁸ Encontra-se essa ideia também em Carl Schmitt (2009, p. 72): “[É] natural para um político que o ‘domínio’ ou soberania [...] [do] Direito configure-se como o domínio e a soberania dos homens que podem apelar para o Direito superior e decidir sobre seu conteúdo e como e por quem deve ser usado. [...] [A] soberania do Direito só significa a soberania dos homens que estabelecem e manuseiam as normas jurídicas [...]”

⁵⁹ A frase em inglês contém um jogo de palavras: “‘The rule of law’ means literally what it says: the rule of law.” Ver nota de rodapé 22 acima.

(vii) Moralidade “interna”: virtude distintiva do direito?

O terceiro problema quanto ao campo de aplicação do Estado de Direito é o seguinte: *é a legalidade um ideal que se aplica somente a sistemas jurídicos? Ou é ela um ideal que se aplica mais globalmente a formas de organização social, a formas de governo ou a algum conceito semelhante?*

A importância dessa questão está ligada às anteriores: ela surge de medidas adotadas na literatura para contornar as questões do “paradoxo” e da “tautologia” (WALDRON, 2002, p. 155-156). Abandona-se a interpretação de um “império de leis e não de indivíduos” como uma “ascendência” do direito sobre “soberanos”, “governos” e “indivíduos”. Faz-se isso em prol de uma leitura diferente, segundo a qual o Estado de Direito deve ser o império de *certo tipo de lei* (isto é, um direito composto por normas gerais, públicas, inteligíveis etc.) e não de *outros tipos de lei* (um sistema jurídico particularista, secreto, ininteligível etc.). Note-se que as alternativas agora são entre “direito que respeita os princípios da legalidade” e “direito que não respeita os princípios da legalidade”. O que se operou, portanto, foi uma redução drástica do campo de aplicação do ideal do Estado de Direito para abranger *tão somente* sistemas jurídicos. O Estado de Direito seria, assim, não apenas “uma virtude que o direito deve possuir” (em conjunto com outras virtudes, como a humanidade), nem apenas “uma das *principais* virtudes que o direito deve possuir” (em conjunto com outras virtudes importantes, como a justiça), mas “o ideal ou a virtude *específica* que o direito deve possuir” (RAZ, 2019, p. 1, grifo nosso), “a virtude específica dos sistemas jurídicos” (FINNIS, 2011, p. 270), isto é, a virtude que *somente* o direito pode possuir.

É isso que está por trás da ideia de que o Estado de Direito é uma virtude “negativa”, o ideal destinado “a minimizar o perigo criado pelo próprio direito” (RAZ, 1979, p. 224), ou da afirmação de que “falhar em cumprir os desideratos do Estado de Direito é [...] o jeito mais distintivo (específico ao direito) pelo qual [o direito] pode falhar” (GARDNER, 2012a, p. 195). Também é, segundo Gardner, o que subjaz à palavra “interna” da expressão “moralidade interna do direito” de Lon Fuller. Essa contrastaria com a moralidade “externa” do direito: aquelas virtudes que não são específicas de sistemas jurídicos (como a justiça, pois não apenas sistemas jurídicos devem ser justos, mas também, por exemplo, a arbitragem de jogos de futebol).⁶⁰

⁶⁰ Esse não é o único sentido contido na expressão “moralidade interna do direito”. Ver seção 2.2.2, itens (x) e (xii), abaixo.

(viii) Caráter formal?

Adotado o caminho da “virtude distintiva do direito”, uma nova preocupação surge: a de não confundir “virtude que *somente* o direito deve apresentar” com “*toda* a virtude que o direito deve apresentar”. Como ressalta Joseph Raz (1979, p. 211), propor uma concepção do Estado de Direito não é “propor uma filosofia social completa”, pois esse ideal não pode ser tido como o ideal do “bom direito”. Trata-se do “problema do ideal total”. Assim, a fim de evitar tal confusão, uma parte da literatura advoga que a concepção do Estado de Direito a ser preferida é uma concepção “formal”. Invoca-se esse vocabulário para contrastar o reduzido campo de aplicação do Estado de Direito frente ao campo de aplicação de outras virtudes.⁶¹ No entanto, pode-se perguntar: *em que sentido o Estado de Direito é dito “formal”?* Eis o quarto problema quanto à área à qual a legalidade se aplica, o chamado “problema do caráter formal”.

No mesmo sentido da caracterização preliminar que mencionei anteriormente a fim de introduzir as várias classes de princípios contidas na compilação dos desideratos do Estado de Direito, Paul Craig (1997, p. 467) distingue concepções “formais” de concepções “substantivas” a partir da dicotomia “forma” e “conteúdo”: “Concepções formais do Estado de Direito não [...] procuram julgar o conteúdo efetivo do direito propriamente dito.” Porém, como Gardner (GARDNER, 2012a, seq. 2) chama a atenção, muitos dos princípios que pertencem a essas concepções “formais” dizem respeito, sim, ao conteúdo de normas jurídicas. “Uma lei que seja impossível para as pessoas obedecerem”, isto é, que desrespeite o quesito da praticabilidade (P_6), “necessita ter o seu conteúdo modificado para que se torne possível para as pessoas obedecê-la” (GARDNER, 2012a, p. 199). Isso se aplica também aos desideratos de generalidade (P_1), prospectividade (P_3), inteligibilidade (P_4), consistência (P_5) e estabilidade (P_7). Uma tal delimitação do escopo de aplicação do Estado de Direito deveria, portanto, ser definida de maneira mais acurada. Gardner (2012a, p. 206 et seq.) sugere o uso do adjetivo “modal”, em oposição a “funcional”: para ele, “o Estado de Direito é um ideal modal porque o direito é um tipo modal” (GARDNER, 2012a, p. 211), isto é, porque o direito se distingue “pelos meios que fornece para servir a quaisquer fins que ele sirva” (GARDNER, 2012a, p. 207).

⁶¹ “Esta é a intuição básica a partir da qual a doutrina do Estado de Direito deriva: o direito deve ser capaz de guiar o comportamento de seus súditos. É evidente que essa concepção do Estado de Direito é uma concepção formal. Ela nada diz sobre como o direito deve ser feito: por tiranias, por maiorias democráticas ou de qualquer outra maneira. Ela nada diz sobre direitos fundamentais, sobre igualdade ou justiça” (RAZ, 1979, p. 211). Deve-se atentar à maneira pela qual o “problema do ideal total” leva a um isolamento entre os diferentes ideais.

(ix) Caráter simétrico?

Há ainda um último problema que concerne os “alvos” apropriados do ideal do “império de leis”. Ele diz respeito ao princípio da congruência. Na compilação apresentada na seção 1.2, optei por fazer constar duas redações do princípio da congruência: P_8 (“os oficiais de um sistema jurídico devem administrá-lo em conformidade com as regras jurídicas”) e P_9 (“os não oficiais de um sistema jurídico devem agir em conformidade com as regras jurídicas”). A pergunta que se impõe é a seguinte: *as exigências do Estado de Direito se endereçam somente aos oficiais que administram um sistema jurídico ou elas se aplicam a todos os indivíduos que se encontram subordinados às regras jurídicas?*

Geralmente, aqueles que aceitam P_9 também aceitam P_8 — é o caso de Fallon Jr. (1997, p. 8-9) e Frank Lovett (2016, p. 209). Uma concepção cuja lista de princípios apresente ambos os desideratos pode ser chamadas de “simétrica”, pois vê o Estado de Direito como fazendo as mesmas exigências de conformidade tanto a oficiais quanto a não oficiais do sistema. Nem todos que aceitam P_8 , contudo, mencionam P_9 — John Gardner (2012a, p. 213-214), mais do que isso, rejeita este último. Nesse caso, a concepção resultante é “assimétrica”: suas demandas de conformidade se dirigem apenas àqueles que modificam, administram, aplicam etc. o direito. Qual dessas abordagens escolher dependerá em grande medida da justificação fornecida ao Estado de Direito.

Com isso, encerro a formulação das questões sobre o campo de aplicação do ideal da legalidade. Embora colocadas sobre um plano de fundo normativo (saber qual é o alvo de um ideal é uma questão tão normativa quanto saber qual é o seu conteúdo), elas se dirigem sobretudo ao aparato conceitual subjacente ao lema “império de leis e não de indivíduos”. Passo agora aos problemas envolvendo suas preocupações morais subjacentes.

2.2.2 Questões sobre a justificação do Estado de Direito

(x) “Moralidade” interna: princípios morais ou mero “artesanato legal”?

A questão central da justificação do Estado de Direito é saber se a conformidade com as suas exigências apresenta algum mérito moral e por quê. Se anteriormente o adjetivo “interna”, da expressão “moralidade interna do direito”, foi examinado,⁶² é hora de analisar em que

⁶² Ver seção 2.2.1, item (vii), acima.

medida essa “moralidade interna” é mesmo uma “moralidade”. O problema é colocado adequadamente nesses termos porque o autor da expressão, Lon Fuller, parece por vezes usá-la não para se referir à virtude específica dos sistemas jurídicos, mas para dizer algo diferente: que “algum mínimo de aderência à moralidade jurídica [isto é, à moralidade interna do direito, aos desideratos do Estado de Direito] é essencial para a *eficácia prática* do direito” (FULLER, 1969, p. 156, grifo nosso). Tratar-se-ia, nesse sentido da expressão, da “moralidade que torna o direito possível”, título do capítulo 2 de seu livro (FULLER, 1969, p. 197-198). O problema é: *se a conformidade aos princípios do Estado de Direito é condição necessária para a própria existência e eficácia do sistema jurídico, em que sentido pode a obediência a tais princípios ter (por essa mesma razão) um valor moral?*

Para H. L. A. Hart, a conformidade aos princípios da legalidade não pode ser considerada uma virtude *somente* por serem tais princípios constitutivos de (“internos” a) sistemas jurídicos. Em uma resposta a Fuller, ele enuncia bem o problema:

A insistência [de Fuller] em classificar esses princípios da legalidade como uma “moralidade” é uma fonte de confusão tanto para ele quanto para o leitor. [...]. [A] objeção crucial à designação desses princípios de adequado artesanato legal [*good legal craftsmanship*] como sendo moralidade, a despeito da qualificação “interna”, é a de que ela acarreta uma confusão entre duas noções que é vital que sejam separadas: as noções de atividade com propósito [*purposive activity*] e de moralidade. O envenenamento é sem dúvidas uma atividade com propósito, e reflexões sobre seu propósito podem mostrar que ele tem os seus princípios internos. (“Evite venenos, por mais letais que sejam, se eles fazem a vítima vomitar” ou “evite venenos, por mais letais que sejam, se sua forma, cor ou tamanho provavelmente chamam atenção”). Mas chamar esses princípios da arte do envenenador “a moralidade do envenenamento” simplesmente borraria a distinção entre a noção de eficiência para um propósito e aqueles juízos finais sobre atividades e propósitos com os quais a moralidade em suas várias formas está preocupada (HART, 1983b, p. 349-350).

Jeremy Waldron (1994b, p. 259) procura detalhar a distinção de Hart entre um “adequado artesanato legal” e a conformidade a princípios que promovem fins morais. Ele aponta que argumentos sobre a “moralidade interna do direito”, entendida como “a moralidade que torna o direito possível”, são condicionais. Eles dizem: “*Se é o direito (D) que se deseja praticar, então deve-se cumprir os princípios P_1, P_2, \dots, P_n (que constituem a ‘moralidade interna’ de D).*” Waldron, porém, pergunta: e se não for *D* que se deseja praticar? Um argumento sobre a “moralidade interna” não fornece, nesse caso, uma *razão* para obedecer a P_1, \dots, P_n . Para tanto, seria necessário, por exemplo, acrescentar um objetivo *O* que seja realizado pela prática de *D*, que, por sua vez, exija obediência aos princípios P_1, \dots, P_n . Mas nesse caso, a pergunta se coloca novamente: por que se deve promover *O*? *O* deve ser um objetivo que se tenha razão em praticar.

Para clarificar esse ponto, uma ilustração é bem-vinda. Tome-se, por exemplo, *O* como sendo o valor da liberdade. Assuma-se (1) que a conformidade, em algum grau, a P_1, \dots, P_n é necessária para que a prática *D* exista. Suponha-se, em seguida, (2) que se conformar a P_1, \dots, P_n apresenta méritos morais porque conformidade a tais princípios promove (é suficiente para promover em algum grau) a liberdade humana. A partir desses postulados, conclui-se que *D* apresenta um mérito moral porque (ao cumprir P_1, \dots, P_n) ele promove (é suficiente para promover em algum grau) o valor da liberdade. Logo, conformidade com as exigências contidas em P_1, \dots, P_n é, ao mesmo tempo, *um modo específico* ao direito de fazer o que ele faz (em virtude de (1)) e *um modo suficiente* de promover (em algum grau) a liberdade (em virtude de (2)). Com isso, é possível estabelecer que P_1, \dots, P_n é a “moralidade interna” do direito, contanto que (1) e (2) não sejam meras suposições, mas premissas verdadeiras. Demonstrar que elas são de fato verdadeiras é um desafio com o qual qualquer argumento moral em favor do Estado de Direito (pautado no valor da liberdade, no exemplo fornecido) deve-se preocupar.

(xi) Princípios suficientes e necessários para a realização de um fim moral?

Caso um argumento seja bem-sucedido em estabelecer o que foi exigido pelo problema anterior, pode-se dizer que cumprir os princípios da legalidade é suficiente para promover, em algum grau, fins morais. No entanto, talvez se queira algo mais forte do que isso. Nesse sentido, pode-se perguntar: *em relação a dado fim moral, a conformidade aos princípios do Estado de Direito é necessária?*

Para ilustrar, suponha-se que já se encontrou um objetivo *O* efetivamente dotado de valor, e que cumprir P_1, \dots, P_n é, de um lado, um modo de promover *O* e, de outro, o modo distintivo de *D* funcionar (algo “interno” a ele, isto é, que só o direito pode realizar). Essas suposições, como se viu, já bastam para atestar que a obediência a P_1, \dots, P_n apresenta um mérito moral “interno” ao direito. Alguém preocupado, entretanto, com as implicações práticas da moralidade de P_1, \dots, P_n pode muito bem contrapor que não basta que P_1, \dots, P_n promovam (sejam suficientes para promover), em algum grau, certo objetivo moral *O* para concluir que *se deve* obedecer a P_1, \dots, P_n e, portanto, que *se deve* engajar-se na prática *D*. As razões? Pode haver alternativas melhores, mas desrespeitosas ao Estado de Direito, por exemplo. Pode ser o caso que outra prática *B* (de “barganha”, por exemplo) promova em maior medida o objetivo *O*; ou,

então, que *D*, apesar de ser suficiente para promover *O* (que é um fim moral), promova simultaneamente *O'* (um objetivo imoral),⁶³ ao passo que *B* promova *O* e não promova *O'*.

Nesse caso, é tentador procurar uma justificação de P_1, \dots, P_n que os indique não apenas como *suficientes*, mas *necessários* para promover, em algum grau, *O*. Com isso, eliminar-se-ia alternativas concorrentes, pois o Estado de Direito, e não outra coisa, seria exigido por *O*. Para fins de clarificação, substitua-se, mais uma vez, *O* pelo valor da liberdade. O problema passa a ser: em que sentido o Estado de Direito é *necessário* (isto é, uma condição *sine qua non*) para promover a liberdade humana? O problema em responder tal pergunta é que “é raro na vida social que uma dada prática seja *indispensável* na busca por algum objetivo”, como ensina Waldron (1994b, p. 259). Esse é um desafio com o qual o argumento neorrepblicano em favor do Estado de Direito, em específico, deve-se preocupar.

(xii) Moralidade “interna” *versus* “externa”: compatível com grandes iniquidades?

Se o Estado de Direito é uma “moralidade interna” do direito, então é porque existe uma moralidade “externa” à qual os sistemas jurídicos devem-se conformar. Essa é composta pelos vários ideais que não se aplicam especificamente ao modo como o direito faz o que faz. O ideal do bem-estar social, por exemplo, não se aplica especificamente à maneira de proceder do direito enquanto direito, mas aos *fins* que um determinado sistema jurídico deve perseguir. Há, assim, sistemas jurídicos que estabelecem e organizam um sistema de previdência social que atende a esse fim; outros, não. Igualmente, há sistemas jurídicos que estabelecem e organizam programas de assistência social; outros, não. Diversos outros ideais poderiam ser citados como exemplos (segurança, igualdade, fraternidade, honestidade, justiça etc.). Nesse sentido, outra pergunta relevante para a justificação do Estado de Direito é a seguinte: *há alguma relação entre, de um lado, a conformidade aos princípios da “moralidade interna” do direito e, de outro, a promoção dos vários ideais que compõem sua “moralidade externa”?*

Mais uma vez é H. L. A. Hart (2012, p. 207, grifo nosso) quem dá o tom dessa questão:

Para que o controle social desse tipo [consistindo primariamente de padrões gerais de conduta comunicados a classes de pessoas, as quais se espera que entendam e se conformem às regras sem uma direção ulterior dada por oficiais] funcione, as regras devem satisfazer certas condições: elas devem ser inteligíveis e devem estar ao alcance da capacidade de obediência da maior parte das pessoas e, em geral, não devem ser retroativas, embora excepcionalmente possam ser. Isto significa que, na maior parte dos casos, aqueles que vierem a ser eventualmente punidos pela violação das regras terão tido a capacidade e a oportunidade de obedecer. Claramente esses aspectos do controle por meio de regras estão estreitamente relacionados com as exigências de

⁶³ A essa possibilidade Leslie Green (2008, p. 1052) deu o nome de “imoralidade interna do direito”.

justiça que os juristas designam como princípios da legalidade. De fato, um crítico do positivismo [Lon L. Fuller] viu nesses aspectos de controle por regras algo que constitui uma conexão necessária entre o direito e a moralidade e sugeriu que eles fossem chamados “a moralidade interna do direito”. De novo, se é isso que a conexão entre direito e moralidade significa, podemos aceitá-la. *Isso é infelizmente compatível com muito grandes iniquidades.*

Eis, na frase grifada, um ponto de desacordo genuíno entre Hart e Fuller (GARDNER, 2012a, p. 218-219). Este se revela “perplexo” pela afirmação daquele, perguntando-se:

Hart meramente quer dizer que é possível, esticando a imaginação, conceber o caso de um monarca perverso que persegue os fins mais iníquos, mas que em todos os momentos preserva um genuíno respeito pelos princípios da legalidade? Se sim, a observação parece deslocada em um livro [a alusão é ao *The Concept of Law* (HART, 2012)] que procura trazer o “conceito de direito” para mais perto da vida. Hart quer afirmar que a história, na verdade, oferece exemplos significativos de regimes que combinaram uma aderência fiel à moralidade interna do direito com uma indiferença bruta à justiça e ao bem-estar humano? Se sim, agradecer-se-ia por exemplos para os quais uma discussão útil pudesse se voltar (FULLER, 1969, p. 154).

Fuller, nessa passagem, deixa subentendido que Hart não consegue fornecer exemplos adequados de um regime moralmente perverso que, no entanto, se conforme (em uma medida considerável) aos princípios da legalidade.⁶⁴ De fato, Fuller (1969, p. 159) nega que as exigências do Estado de Direito sejam “eticamente neutras naquilo que se refere aos objetivos externos do direito”. Haveria uma afinidade entre o respeito aos princípios da legalidade e o respeito a outros ideais morais.

A resposta à questão da relação entre a realização do ideal do Estado de Direito e a promoção de outros valores morais depende, portanto, da adoção de uma entre duas teses: a tese da “sinergia” (mais Estado de Direito tende a realizar mais valores morais “externos” ao sistema jurídico e vice-versa) ou a tese da “compatibilidade” (mais Estado de Direito não tende a realizar nem mais, nem menos valores morais “externos” ao sistema jurídico; ele é compatível com ambas as possibilidades). Uma concepção completa do ideal do Estado de Direito deve escolher um desses caminhos.

(xiii) Império “pelas” leis e não “das” leis?

Caso se admita que o respeito à “moralidade interna” e um grau elevado de “imoralidade externa” podem, de fato, conviver lado a lado em um sistema jurídico, outra questão deve ser levantada. Essa está relacionada à possibilidade de que o respeito ao Estado de Direito não

⁶⁴ O caso da Alemanha nazista e do *apartheid* sul-africano são discutidos por Fuller (1969, p. 157-162), para quem tais regimes só puderam perseguir seus fins perversos às custas de violações sistemáticas dos princípios da legalidade. Cf. HART, 1983b, p. 351-353.

apenas seja compatível com iniquidades, mas sirva como *instrumento* para perpetrá-las. Frente a isso, pergunta-se: *em que difere o respeito aos princípios da legalidade do uso da legalidade como um mero instrumento para a promoção dos objetivos (morais ou imorais) de um regime político?* Uma concepção que queira demonstrar o valor do Estado de Direito deve distingui-lo de seu “irmão mau” (WALDRON, 2019, p. 5).

Quem é esse “irmão mau”? Muitas vezes, a objeção ao uso da legalidade como um mero instrumento para o poder aparece na forma de uma distinção entre um “império *de* leis” e um “império *pelas* leis” (em inglês, o contraste é entre as expressões “*rule of law*” e “*rule by law*”) (ver ACEMOGLU; ROBINSON, 2012, p. 306).⁶⁵ Nas últimas décadas, esse tema tem rondado a discussão sobre o funcionamento de sistemas jurídicos em países como a República Popular da China (ver ORTS, 2001, p. 93-101, 106) e a Federação Russa (ver HENDLEY, 2009, p. 258 et seq.).⁶⁶ Considere-se a seguinte fala do presidente da Rússia, Vladimir Putin (KOLESNIKOV, 2010 apud POPOVA, 2017, p. 64):

Escute, todos os nossos adversários clamam pelo Estado de Direito. O que é o Estado de Direito? É conformidade à legislação existente. O que a legislação existente diz sobre passeatas? Você precisa obter a autorização de autoridades locais. Você tem uma? Vá em frente e proteste. Se você não tem — você não tem o direito de protestar. Se você fizer isso mesmo assim — você tomará um cacete na cabeça. Ponto final.⁶⁷

Pode-se enxergar, nessa citação, algo de profundamente errado do ponto de vista moral — mas o quê, exatamente? Alguém poderia apontar para a utilização da legalidade como mero pretexto (uma acusação de insinceridade) ou para a facilidade com que Putin justifica restrições à liberdade de expressão com base no Estado de Direito (o peso moral que se dá a uma ou a outra reivindicação). O que dizer, porém, de sua definição do ideal do Estado de Direito? Uma via de objeção encontra-se aí. Poder-se-ia dizer que um Estado de Direito que

⁶⁵ Discutindo as reformas baseadas no ideal da legalidade promovidas por países asiáticos, Thomas Carothers (1998, p. 97, 101, grifo do autor) escreve: “Alguns políticos asiáticos focam na aplicação regular, eficiente do direito, mas não enfatizam a necessidade da subordinação do governo a ele. Em sua visão, o direito existe não para limitar o Estado, mas para servir a seu poder. Mais precisamente caracterizado como um governo *pelas* leis em vez de um governo das leis [*rule by law rather than rule of law*], essa concepção estreita está embutida no que veio a se tornar conhecido como o estilo asiático de democracia. [...]. Essas reformas passam longe de subordinar o poder do governo ao direito e são mais bem entendidas como esforços para alcançar um governo *pelas* leis do que um governo das leis.” Observação: traduzirei a expressão “*rule by law*” de maneira intercambiável como “governo pelo direito” ou “império pelo direito” (para ressoar a intuição fundamental do Estado de Direito explorada na seção 1.1 acima).

⁶⁶ Outra expressão bastante curiosa, relacionada à ideia de um “império pelas leis”, é o chamado “direito pelo telefone”, definido por Kathryn Hendley (2009, p. 241) como a “prática pela qual os resultados dos casos [judiciais] alegadamente vêm de ordens emitidas pelo telefone da parte daqueles que possuem poder político, em vez de virem por meio da aplicação do direito”.

⁶⁷ Trecho traduzido do inglês. A entrevista original foi publicada em russo.

não implique um verdadeiro *controle* do poder político não é um Estado de Direito.⁶⁸ Uma concepção do ideal da legalidade, portanto, não poderia exigir simplesmente um “império pelas leis” — o uso do direito como uma ferramenta do regime político em vigor (WALDRON, 2019, p. 7).⁶⁹ Uma concepção do ideal do Estado de Direito que se pretenda completa deve reagir de maneira coerente a tais considerações: se fizer tal distinção, deve explicar o fundamento para tanto; se não fizer, deve dar conta da intuição de que o uso meramente instrumental do direito pelo poder político não é correto do ponto de vista moral.

(xiv) Legalismo?

Diz-se que “[o] Estado de Direito não é algo que você tem ou você não tem”, que “[e]le vem em graus e não em apenas uma escala” (KRYGIER, 2011, p. 99). A consequência disso, para Joseph Raz (1979, p. 228), é que, “mantidas inalteradas todas as outras coisas, quanto mais conformidade, melhor”; apesar disso, ele acrescenta, “outras coisas são raramente mantidas inalteradas”. Ou seja, outros valores podem estar em jogo, e a possibilidade de conflito entre eles e a promoção do ideal do Estado de Direito (verificadas algumas premissas)⁷⁰ é real. Deve-se, por isso, perguntar: *qual peso devem ter as reivindicações morais feitas pelo ideal do Estado de Direito?*

Apresentada essa questão, o primeiro ponto relevante para a discussão é a suposta “absolutização” do ideal da legalidade. Esse “maior peso” atribuído ao “império de leis” seria um dos elementos do “legalismo”, como é às vezes chamado. “Legalismo” é definido por Judith

⁶⁸ Uma crítica nessas linhas pressupõe a rejeição do problema do “paradoxo” do Estado de Direito (ver seção 2.2.1, item (v), acima). Ou seja, deve ser *possível* controlar o poder político por meio do direito.

⁶⁹ Mencionada por toda a parte, a expressão “império pelas leis” pode significar, na verdade, coisas muito diferentes na literatura. A falha do direito em efetivamente controlar o Estado ou o governo é o sentido que utilizamos no texto. Waldron (2019, p. 6-7, 10-13), entretanto, singulariza outros significados possíveis da expressão “império pelas leis”: ela pode significar o descumprimento de princípios procedimentais do Estado de Direito, a falha em construir certas instituições exigidas pelo Estado de Direito, a realização de apenas uma concepção formal (e não substantiva) do Estado de Direito ou o uso do direito legislado e regulações diversas (“de cima para baixo”) como forma de controle social. Esses sentidos já foram abrangidos por outros problemas expostos no capítulo, de forma que o sentido da expressão “império pelas leis” será usado apenas no sentido da falha da legalidade em controlar o poder político.

⁷⁰ Nessas premissas, deve constar a aceitação do “pluralismo de valores”. Jeremy Waldron (2012a, p. 12) repetidamente escreve que “[o] Estado de Direito é [apenas] uma estrela em uma constelação de ideais que dominam a nossa moralidade política; outras incluem a democracia, os direitos humanos e a liberdade econômica”. Nesse sentido, deseja-se realizar todos esses valores, mas deve-se atentar para falsas assimilações: assim como as estrelas, cuja “justaposição [...] não indica [...] a verdadeira proximidade de uma em relação às outras” (WALDRON, 2012a, p. 12), “há muitos valores que não se ‘reduzem’ a um ‘supervalor’” (CHANG, 2015, p. 21), justamente a lição conhecida sob o nome de “pluralismo de valores”. A imagem waldroniana nos fornece, assim, um alerta similar ao de Isaiah Berlin (2002b, p. 214): “Se [...] os fins dos homens são múltiplos, e se, em princípio, eles não são todos compatíveis uns com os outros, então a possibilidade de conflito — e de tragédia — não pode jamais ser completamente eliminada da vida humana, tanto pessoal quanto social.”

Shklar (1986, p. 1) como “a atitude ética que sustenta que a conduta moral é uma questão de seguir regras e que relações morais consistem em deveres e direitos determinados por regras”. Embora essa atitude possua diversos outros aspectos — por exemplo, o fato de que ela é um sistema de crenças interno ao *ethos* de um grupo social específico, o dos juristas (ver SHKLAR, 1986, p. xviii, 9) —, aqueles que a ela aderem estão determinados a “proteger o direito da política” e, por isso, “falha[m] em reconhecer que eles também fizeram uma *escolha entre valores políticos*” (SHKLAR, 1986, p. 8, grifo nosso). A postura legalista parece, portanto, exigir que um peso muito maior seja dado à legalidade em detrimento de outras demandas morais. Se isso fosse inerente a qualquer defesa do Estado de Direito, seu valor seria questionável.⁷¹

Perante tal objeção, uma concepção do Estado do Direito deve-se posicionar quanto ao “legalismo” tal como definido. Primeiro, ela deve mapear de que maneiras os princípios da legalidade se relacionam com outros valores (se há conflitos e, se sim, quais são). Uma vez detectados esses conflitos, ela deve fornecer pelo menos algumas orientações de como agir “todas as coisas consideradas”. Nesse sentido, a acusação de legalismo força uma teoria do Estado do Direito a não se restringir à condição *ceteris paribus* (“mantidas inalteradas todas as coisas”). No entanto, a único modo de fazer isso é procedendo de maneira individualizada, comparando a força das exigências do Estado de Direito com aquelas de outros ideais específicos. É por isso que, para encerrar esse levantamento de questões sobre a justificação do Estado de Direito, apresento brevemente dois ideais que frequentemente são apontados como estando em tensão com a legalidade: o ideal da democracia e o ideal da justiça social.

(xv) Contra a democracia?

É o Estado de Direito um ideal antidemocrático? Esse é o sexto problema de justificação mapeado por este capítulo.⁷² Uma de suas expressões pode ser encontrada no que Stephen Holmes (1995a) chama de “paradoxo da democracia”: a tensão entre o constitucionalismo (a obrigação de respeitar certas regras fundamentais postas de antemão, um elemento que estaria

⁷¹ Um problema relacionado ao “legalismo” enquanto supervalorização do Estado de Direito, mas o qual não será tratado aqui, é o da “eliminação” da política supostamente operada por esse ideal. Essa ideia às vezes se revela em discursos em favor do Estado de Direito. Quando juízes europeus e poloneses saíram às ruas em Varsóvia, no início de 2020, para protestar contra reformas no sistema jurídico levadas a cabo pelo governo polonês — as quais foram duramente criticadas por atentarem contra a separação de poderes —, um dos juízes da Suprema Corte da Irlanda, John MacMenamin, ali presente, teria dito: “Viemos aqui para demonstrar nosso apoio aos juízes poloneses, mas não somos políticos [...]. Estamos aqui em apoio ao [E]stado de [D]ireito, e não para fazer política” (RFI, 2020). Para a oposição de um “conceito político do direito” ao “conceito *Rechtsstaat* de direito”, ver SCHMITT, 2008, p. 187.

⁷² Ver formulação do princípio da legalidade P_{24} na p. 52 acima.

presente no ideal do Estado de Direito) e a democracia (que implica o poder de um povo de fazer as suas próprias regras). Parece haver aí uma contradição entre, por um lado, o ideal do Estado de Direito e, por outro lado, o valor de uma legitimidade sem restrições para produzir regras jurídicas. Em outras palavras, parece haver um conflito entre duas intuições morais: a de um “império de leis” e a de um “governo do povo, pelo povo e para o povo”.⁷³

Há diversas maneiras de sustentar que essa tensão realmente existe. A crítica de Miguel Abensour (1997, p. 111) ao Estado de Direito fornece uma ilustração desse tipo de argumento:⁷⁴

Em vez de ser encarado e praticado como um ideal regulador, o Estado de Direito se transforma em um sistema fechado que mobiliza a verticalidade das normas jurídicas, sua organização piramidal, para dar à luz uma nova concentração do poder, um poder unitário e hierárquico, em detrimento de todas as formas de autonomia. [...] Fórmula de compromisso entre o absolutismo e a democracia nascente, o Estado de Direito se transformou, por sua vez, em um novo absolutismo contra a democracia. [...] Frente a essa degeneração “despótica” que a ameaça constantemente, sob o pretexto de proteger os indivíduos, o que resta à democracia fazer é somente denunciar as contradições desse Estado e implementar em seu lugar uma redução destinada a colocar o Estado de Direito “em seu lugar”, transformá-lo a uma justa medida. Sujeito à questão da redução–resolução, o Estado de Direito confessa a sua imperfeição original e revela-se como ele é, um dispositivo que visa a subtrair o indivíduo ao arbítrio do poder, que, então, no início, se coloca do ponto de vista da salvaguarda jurídica do indivíduo, e não da invenção de um *vivere civile*, de um agir político orientado à criação de um espaço público e à constituição de um povo de cidadãos.⁷⁵

A dificuldade em conciliar democracia e Estado de Direito, no entanto, é apenas uma instância do problema mais geral de saber se o ideal da legalidade implica uma preferência por certo tipo de regime político ou se, ao contrário, ele é indiferente em relação ao tipo de autoridade (democrática, aristocrática, monárquica etc.) que produz, modifica e aplica normas jurídicas. A pergunta mais geral é, portanto, a seguinte: *o ideal do Estado de Direito é mais bem realizado na presença de um regime político específico?*⁷⁶ Uma concepção do Estado de Direito, para ser completa, deve lidar com esse problema mais geral e, caso sua resposta seja afirmativa, deve indicar qual é o regime preferido e por quê.⁷⁷

⁷³ Expressão difundida por Abraham Lincoln (ver *Address at Gettysburg, Pennsylvania, November 19, 1863*, em LINCOLN, 1989).

⁷⁴ Foi Martin Loughlin (2017, p. 103) quem me chamou a atenção para o argumento de Abensour.

⁷⁵ Logo em seguida, Abensour (1997, p. 111-112) conclui: “O Estado de Direito confessa, assim, que ele pertence mais ao paradigma jurídico-liberal do que ao paradigma cívico ou republicano.” Para os propósitos deste trabalho, é uma afirmação curiosa.

⁷⁶ Ver seção 2.3, item (xix), abaixo.

⁷⁷ Um problema conexo ao da relação entre democracia e Estado de Direito diz respeito ao papel que o ideal da legalidade deve ter em momentos de transição de regimes autoritários para regimes democráticos. Ignacio Sánchez-Cuenca (2003, p. 62) conta que “o general Pinochet, em outubro de 1989, poucas semanas antes das primeiras eleições democráticas do Chile [...], alertou que ‘se alguém tocar em um dos meus homens, o Estado de Direito acabou’.”

(xvi) Contra a justiça social?

O sétimo e último problema quanto à justificação do Estado de Direito trata do suposto conflito entre os ideais da legalidade e da justiça social. Princípios referentes a esse último ideal “especificam os direitos e deveres básicos a serem atribuídos pelas principais instituições políticas e sociais, bem como regulam a divisão de benefícios advindos da cooperação social e alocam os fardos necessários para sustentá-la” (RAWLS, 2001, p. 7). Para muitos autores, essa distribuição de ônus e de benefícios deve procurar reduzir disparidades econômicas. No entanto, Jeremy Waldron (2012a, p. 18) aponta que algumas concepções do ideal da legalidade, como a de Friedrich Hayek, têm como centro de suas atenções a “ameaça especial que [...] apelos à justiça social representam para o Estado de Direito”. Nesse sentido, deve-se perguntar: *é o ideal do Estado de Direito um obstáculo à realização da justiça social?*

Geralmente, essa tensão é descrita como fazendo parte do uso contemporâneo do ideal do Estado de Direito em âmbito global. Em particular, são visados os diversos índices que procuram medir qual é o “nível” de Estado de Direito existente nos diferentes países do mundo. Acontece que, como bem observa Waldron (2019, p. 10), “[a]lguns desses índices [como, por exemplo, o do *Centre for Financial Stability*] usam como um de seus critérios o custo de fazer negócios em um país”.⁷⁸ Martin Loughlin (2018, p. 6-7), no mesmo sentido, aponta para o papel especial dos organismos internacionais na difusão de uma retórica que associa o Estado de Direito ao fortalecimento de uma agenda econômica avessa à regulação dos mercados:

O objetivo [das instituições financeiras internacionais] tem sido auxiliar no estabelecimento de um sistema jurídico funcional para sustentar um conjunto de programas de reforma neoliberais projetados para fortalecer economias de mercado. Ao lado da privatização da prestação de serviços públicos e da desregulamentação da atividade econômica, programas de promoção do Estado de Direito buscam proteger direitos contratuais e de propriedade, e então fortalecer essa ordem construindo tribunais e prisões, treinando juízes e juristas, empregando novas tecnologias que promovem a eficiência e a efetividade do sistema jurídico.

Assim, ao tratar a tensão entre justiça social e Estado de Direito nesses termos, acredita-se que quanto mais obstáculos houver à liberdade econômica (abrangidos, aí, a aplicação efetiva de regulações estatais e legislações de cunho social), menos Estado de Direito haverá numa dada sociedade. Waldron chamou essa concepção de a “abordagem do Banco Mundial ao

⁷⁸ Os “negócios”, no sentido relevante, refere-se, no mais das vezes, ao mercado internacional (WALDRON, 2019, p. 10, nota de rodapé 54). Nos anos finais do século XX, Carothers (1998, p. 98) já detectava essa tendência: “A globalização econômica está alimentando o imperativo do Estado de Direito ao pressionar governos para estabelecer a estabilidade, transparência e responsabilização [*accountability*] que investidores internacionais exigem.”

Estado de Direito”.⁷⁹ “O Estado de Direito, nos é dito, não é o mesmo que o direito estatal” (WALDRON, 2019, p. 11; ver também COOTER, 1997). Uma concepção completa do Estado de Direito deve-se posicionar quanto a esse suposto conflito entre a promoção da justiça social e a efetivação do ideal da legalidade.

Com isso, fecha-se a bateria de questões normativas. Passo às questões institucionais que afetam nossa compreensão do que vem a ser um “império de leis”.

2.3 Questões institucionais

Instituições são práticas sociais constituídas pela união de regras primárias e regras secundárias.⁸⁰ As instituições que nos interessam aqui são instituições jurídicas de três tipos: (i) *agências* institucionais (*institution-agencies*), constituídas por regras jurídicas sobre a formulação, administração e aplicação de regras jurídicas primárias (resultando em legislaturas, tribunais, forças policiais, por exemplo); (ii) *arranjos* institucionais (*institution-arrangements*), que são o resultado de atos de pessoas ou de agências capazes de produzir certas consequências jurídicas (propriedade, contratos, casamentos, por exemplo); e (iii) *coisas* institucionais (*institution-things*), “objetos intangíveis, invisíveis, que existem em virtude de dispositivos jurídicos” (patentes, ações, direitos, por exemplo) (MACCORMICK, 2009, p. 35-36). Esta seção, que fecha o capítulo 2, visa a elencar questões concernentes a “agências”, “arranjos” e “coisas” institucionais disputadas pelas diversas concepções do ideal do Estado de Direito. Visto que elas são, no mais das vezes, aplicações de respostas possíveis às questões normativas já apresentadas, seu tratamento será mais breve.

A pergunta central aqui é: quais precisamente são as instituições que realizam, e quais falham em realizar, o ideal do Estado de Direito? Ao responder tal questão, estabelecem-se as relações de afinidade entre o ideal da legalidade e cinco elementos presentes em sistemas

⁷⁹ Segundo essa abordagem, “a pontuação de uma sociedade em um índice de Estado de Direito pode diminuir em razão da aplicação efetiva da legislação caso a tendência dessa legislação seja interferir em processos de mercado, ou limitar direitos de propriedade, ou tornar investimentos nessa sociedade mais precários ou, de outras maneiras, menos remuneratórios a estrangeiros. O Estado de Direito, segundo essa visão, exige de um governo que ele ofereça garantias de que não legislará de tal maneira ou de que reduzirá tal legislação a um nível mínimo; ele pode exigir garantias jurídicas e constitucionais em favor dos direitos de propriedade (e talvez em favor de outros direitos também) contra intromissões legislativas; e ele pode exigir a possibilidade de controle judicial, isto é, de tribunais derrubarem legislações ofensivas” (WALDRON, 2012a, p. 90-91).

⁸⁰ O vocabulário de regras “primárias” e “secundárias” aplicado a esse contexto vem de H. L. A. Hart. No caso do direito, elas podem ser explicadas da seguinte maneira: “As regras primárias são aquelas que estabelecem obrigações e deveres e proíbem as formas de ilícitos que chamamos de *crimes*, *infrações*, *ilícitos civis* ou *delitos*. Regras do outro tipo são ‘secundárias’ na medida em que elas próprias não constituem padrões vinculantes de conduta obrigatória. Em vez disso, essas outras regras se relacionam de várias maneiras às primárias, e nesse tipo especial de relação jaz a qualidade *sistêmica* do direito” (MACCORMICK, 2008, p. 31, grifo do autor).

jurídicos: diferentes tipos de direito, ramos distintos do direito, diferentes organizações do Estado, institutos jurídicos específicos e variados modos de interpretar o direito. Após explorar rapidamente essas relações, problematizo, a título de fechamento do capítulo, a centralidade de um aparato institucional em vez de um *ethos* nas concepções do Estado de Direito.

(xvii) Afinidade com algum tipo específico de direito?

Como assinala John Gardner (2012b, p. 54), normas jurídicas podem ser classificadas de diversas maneiras, e uma maneira possível é de acordo com o modo como elas são feitas — se são “legisladas”, “costumeiras”, “jurisprudenciais” etc. A pergunta que se segue é: *o ideal do Estado de Direito possui alguma preferência entre esses diferentes tipos de direito?* Para Jeremy Waldron (2019, p. 11), “toda concepção do Estado de Direito enfatiza algumas formas de direito em vez de outras”. F. A. Hayek, por exemplo, ressalta o valor do “direito autônomo” (a expressão é de Waldron (2019, p. 12)), ou seja, de regras “que emergem do processo judicial [...], derivadas das condições de uma ordem espontânea que o homem não produziu” (HAYEK, 2013, p. 116), em detrimento de mera “legislação”, isto é, de normas jurídicas impostas pela vontade de uma pessoa ou de um grupo de pessoas (uma maioria em um parlamento, por exemplo).⁸¹ Outras ênfases são em princípio possíveis.

(xviii) Afinidade com algum ramo específico do direito?

Normas jurídicas podem, entretanto, ser classificadas de outras maneiras. Elas podem ser agrupadas de acordo com o sistema jurídico a que pertencem (direito “brasileiro”, direito “francês”, direito “italiano”, direito “internacional” etc.) ou segundo a sua matéria (direito “civil”, direito “penal”, direito “das coisas” etc.), para citar mais duas classificações (GARDNER, 2012b, p. 54).

Quanto à primeira, pode-se perguntar: *o ideal do Estado de Direito possui afinidade especial em relação a certos sistemas jurídicos?* O principal tema abordado pela literatura com respeito a essa questão é a oposição entre o direito “pátrio” (de um Estado específico) e o direito “internacional” (vigente entre diferentes Estados), e a maneira pela qual é possível aplicar o ideal do Estado de Direito no campo internacional (ver, por exemplo, CHESTERMAN, 2008; PALOMBELLA, 2016; WALDRON, 2011a).⁸²

⁸¹ Ver o princípio *P*₂₀ da compilação dos desideratos do Estado de Direito na p. 51 acima.

⁸² Ver o princípio *P*₂₅ da compilação dos desideratos do Estado de Direito na p. 52 acima.

Em relação à classificação por matéria, o problema em jogo é o seguinte: *o ideal do Estado de Direito apoia ou se opõe a algum ramo particular do direito?* Não se pode esquecer que A. V. Dicey, que cunhou a expressão “*rule of law*”, era um ávido adversário do *droit administratif* francês (ver especialmente DICEY, 1915, cap. 12), por ser este um regime especial, não um direito “ordinário” (administrado por tribunais “ordinários”, estabelecido de maneira “ordinária” etc.); e, portanto, por ser este um ramo de direito atentatório contra o Estado de Direito (ver WALTERS, 2016 para uma análise de seus argumentos). A depender da concepção do Estado de Direito adotada, afeições ou aversões distintas em relação a outros ramos do direito são possíveis.

(xix) Afinidade com certa organização do Estado?

Assim como é possível que haja afinidades entre certos tipos ou ramos do direito e dada teoria da legalidade, também pode haver relações de afinidade ou aversão entre esta e um ou outro tipo de organização do Estado. Uso o termo “organização do Estado” de maneira ampla. São muitos os princípios que podem ser invocados a esse respeito. Waldron (2016b, p. 49) fornece alguns exemplos: (a) o princípio da separação de poderes (ou funções) do governo: que as funções legislativa, judiciária e executiva sejam institucionalmente distintas, íntegras e articuladas (cf. princípio *P11*, p. 49 acima); (b) o princípio da dispersão de poder: que não haja uma concentração de poder em apenas uma pessoa, grupo ou agência; (c) o princípio dos freios e contrapesos: que haja concorrência entre as entidades que compõem o Estado; (d) o princípio do bicameralismo: que a função legislativa seja exercida por duas assembleias coordenadas; e (e) o princípio do federalismo: que haja distribuição e coordenação de poderes entre uma entidade central (o governo federal) e entidades periféricas (os governos estaduais). Nesse sentido, pergunta-se: *o ideal do Estado de Direito é mais bem realizado quando o Estado respeita certos princípios específicos de organização institucional?*

De fato, uma teoria da legalidade plenamente elaborada deve estabelecer relações entre os princípios mencionados acima e seus próprios princípios (formais, procedimentais, substantivos). Para citar um exemplo, muitos esforços são mobilizados para resolver o que seria um conflito entre as exigências do Estado de Direito e o exercício adequado da função legislativa. Essa tensão normalmente envolve interpretações concorrentes do modo como interagem o ideal da legalidade, por um lado, e os princípios de separação dos poderes, de dispersão do poder e de freios e contrapesos, por outro (no Reino Unido, fala-se também em uma “doutrina da soberania do Parlamento” (ver BINGHAM, 2010, cap. 12)). Nesse âmbito se insere, ainda, o longo

debate sobre controle de constitucionalidade (isto é, a possibilidade de revisão, por parte do poder judiciário, de legislações promulgadas em conflito com a norma máxima de um sistema jurídico e que, por isso, violariam o “império de leis”). Respeitados alguns pressupostos, essa tensão pode também tomar a forma de uma oposição entre o ideal do Estado de Direito e o ideal da democracia (que foi explorada na seção 2.2.2, item (xv), acima). Um Estado em que o poder judiciário interfere nas funções executivas, por exemplo, a depender da concepção do Estado de Direito que se adota (e do tipo de interferência que é feita), pode ser avaliado de diferentes maneiras: uns podem dizer que se trata do apogeu da legalidade; outros, que é a própria encarnação do “império de indivíduos” (no caso, o “império de juízes”).⁸³

(xx) Afinidade com institutos jurídicos específicos?

Prestes a encerrar o mapeamento dos problemas da legalidade, é inevitável que se chegue ao nível microscópico dos debates. Numerosas questões a respeito de normas e institutos específicos podem ser levantadas no âmbito de uma análise do ideal do Estado de Direito. Elas são tantas, que não há como formular um problema guarda-chuva que abrigue todas. Há debates sobre o ideal do Estado de Direito frente a legislações antiterroristas (BINGHAM, 2010, cap. 11), poderes de emergência (DYZENHAUS, 2006; SCHEUERMAN, 2006), responsabilidade objetiva (sem culpa ou dolo) por certos ilícitos (GARDNER, 2014), técnicas alternativas de resolução de conflito (acordos extrajudiciais, por exemplo) (FISS, 1984), corrupção (COUNCIL OF EUROPE, 2013) e assim por diante. Porquanto relacionado ao problema da justiça social (ver seção 2.2.2, item (xvi), acima), destaca-se o instituto da propriedade privada, que alguns autores alçam ao estatuto de princípio “substantivo” da legalidade (ver *P*₂₁, p. 51 acima): quanto maior a proteção a direitos de propriedade em dado sistema jurídico, maior será a promoção do Estado de Direito nessa sociedade (ver WALDRON, 2012a, p. 17-21, para um resumo dessa posição). Uma concepção do Estado de Direito não precisa, é claro, conter um exame de cada instituto tido como “polêmico” sob a ótica da legalidade. No entanto, ela deve,

⁸³ Waldron (2016b, p. 324) chama, nesse sentido, a atenção para uma advertência de Lon Fuller (1969, p. 176): “Enquanto juristas, nós temos uma inclinação natural a ‘judicializar’ toda função de governo. Adjudicação é um processo com o qual somos familiarizados e que nos torna aptos a mostrar, com vantagem, nossos talentos especiais. Porém, devemos encarar a verdade simples de que a adjudicação é um instrumento inefetivo para a administração econômica [*economic management*] e para a participação governamental na alocação de recursos econômicos.” Esse trecho mostra bem a maneira pela qual o valor que se atribui à realização de um dado princípio (no caso, o valor da eficiência atrelado ao princípio da separação de poderes) interage com o campo de aplicação de outros princípios (por exemplo, os princípios procedimentais da legalidade *P*₁₀ a *P*₁₉, p. 49-51 acima, cuja aplicação às funções executivas pode eventualmente ser obstáculo à realização do valor da eficiência econômica e da alocação de recursos).

de alguma maneira, fornecer chaves para a compreensão desse nível microscópico de análise. Do contrário, pouca diferença prática ela fará.

(xxi) Afinidade com modos específicos de interpretar o direito?

Passo ao penúltimo problema digno de menção. Listas de princípios do Estado de Direito normalmente possuem certa aversão a grandes margens de discricionariedade nas decisões dos oficiais. Na compilação feita na seção 1.2 acima, uma combinação entre P_8 (o princípio da “congruência” entre o direito e a ação dos oficiais), P_{12} (a exigência de “imparcialidade judicial”), P_{17} (a necessidade de “fundamentação das decisões”) e P_{18} (a demanda por “recorribilidade”) atestam isso.⁸⁴ É verdade que, para alguns teóricos do direito (HART, 2012, p. 124-136), algum poder discricionário na administração e aplicação do direito é inevitável.⁸⁵ Mesmo assim, a seguinte questão se coloca nesse contexto: *o ideal do Estado de Direito exige a adoção de uma teoria específica da interpretação jurídica?* Esse é um debate incomensuravelmente grande, sobre o qual esta dissertação nada dirá. Deve-se ter em mente, entretanto, que uma concepção completa sobre o ideal do Estado de Direito deverá, de fato, pronunciar-se acerca das exigências interpretativas às quais os juízes devem se conformar para que o ideal da legalidade não seja colocado sob ameaça.⁸⁶

(xxii) Instituições sem *ethos*?

Chego, enfim, ao último ponto importante do mapa de questões sobre o Estado de Direito. Suponha-se que todo o resto foi resolvido: ambiguidades na intuição fundamental, vagezas na lista de princípios da legalidade, problemas metodológicos variados, questões normativas diversas, problemas institucionais múltiplos e tudo o mais discutido até o momento. Ainda um ponto de insatisfação pode persistir: *o ideal do Estado de Direito não exige, mais do que instituições, um ethos específico? Se sim, em que consiste esse ethos?*

Uma resposta positiva corroboraria a insistência de G. A. Cohen (2011b, p. 254) em dizer que “tudo o que é ótimo na prática exige um *ethos* para que [seu] princípio seja devidamente

⁸⁴ Outros princípios, como P_1 (generalidade) e P_4 (clareza), poderiam também ser citados.

⁸⁵ Aqui se coloca, mais uma vez, a questão metodológica sobre a relação entre um conceito de direito e o ideal do Estado de Direito. A inescapabilidade de alguma medida de poder discricionário aos oficiais poderia sugerir que a plena realização do ideal do Estado de Direito (que valoriza a certeza, a previsibilidade, a congruência etc.) é impossível. Para uma discussão sobre esse ponto, ver ENDICOTT, 1999.

⁸⁶ Um tópico importante nessa discussão é a suposta tensão entre decisões por equidade e o respeito ao Estado de Direito. Para uma discussão sobre tal tema, ver SOLUM, 1994.

atendido”. Um *ethos* é construído por regras sociais que orientam a conduta de indivíduos, inclusive em suas escolhas pessoais, quando elas não estão submetidas a regras “institucionalizadas”, ou seja, reconhecidas, modificáveis e administradas por oficiais. Não bastariam, nesse sentido, agências e arranjos institucionais que cumpram com os princípios da legalidade. Não bastariam poderes separados, freios e contrapesos, regras jurídicas gerais, não retroativas, claras etc. Nem mesmo juízes que se conformem ao direito promulgado seriam o suficiente. Mais do que isso, seriam necessárias certas práticas sociais informais, principalmente quando a lei é silente, para sustentar o respeito a um “império de leis” (como, por exemplo, o tratamento igualitário que juízes dispensam aos cidadãos nos corredores, as motivações cívicas pelas quais funcionários públicos assumem seus cargos, o comportamento discreto de autoridades frente à mídia e, é claro, a internalização sincera da ideia de que o Estado de Direito é um ideal moral importante que deve ser realizado).

Essa é uma questão pouco abordada por teorias do Estado de Direito; mas, à primeira vista, de grande relevância para a sua realização. Tal é a sua relevância, que Thomas Carothers (1998, p. 100, 104) salienta que “a mera promulgação de leis pouco faz sem um investimento considerável na mudança das condições de sua implementação e de aplicação” e que reformas efetivas dependem “menos de medidas técnicas e institucionais do que de lideranças esclarecidas e mudanças arrebatadoras nos valores e atitudes daqueles que estão no poder”.⁸⁷

Com essas considerações, finalmente encerro a longa lista de problemas persistentes relativos ao ideal do Estado de Direito. Assim fazendo, encerro também a Parte I deste trabalho. Nela, procurou-se lançar as bases de uma compreensão mínima do que concepções do Estado de Direito fazem e exigem. Muito embora pouco se tenha aprofundado na descrição da intuição fundamental, dos princípios e dos problemas persistentes quanto ao Estado de Direito, não se poderia prosseguir à Parte II sem essa varredura ampla, mesmo que superficial, dos desafios teóricos e práticos que se apresentam a concepções desse ideal. São esses desafios, afinal, que serão atacados pelo argumento neorrepblicano em favor do Estado de Direito esboçado nos próximos capítulos.

⁸⁷ A menção a “aqueles que estão no poder” traz à tona o problema da simetria *versus* assimetria da conformidade ao Estado de Direito apresentada na seção 2.2.1, item (ix), acima. É plausível a ideia de que, com a incorporação de um *ethos* do Estado de Direito, a postura dos não oficiais se torne mais relevante para a sua realização. Carothers (1998, p. 100) antecipa isso, defendendo que “embora muito desse ímpeto [de um *ethos* do Estado de Direito] deva vir de cima, atividades não estatais, tais como campanhas anticorrupção e em favor dos direitos humanos impulsionadas pelos cidadãos, podem ajudar em muito”.

PARTE II
O IDEAL NEORREPUBLICANO DO ESTADO DE DIREITO

3 A LIBERDADE COMO NÃO DOMINAÇÃO E O DIREITO

O objetivo deste trabalho é fornecer as linhas gerais de uma justificação do Estado de Direito segundo o prisma neorrepublicano. Um dos lados da equação, referente às bases e às incógnitas do ideal da legalidade, já foi suficientemente explorado na primeira parte desta dissertação. Falta agora estabelecer o outro lado da conta, isto é, aquilo que se entende por “prisma neorrepublicano”. Essa é a preocupação central deste capítulo, o qual precede uma tentativa, no capítulo 4, de estabelecer uma relação entre o valor da legalidade e o neorrepublicanismo, conjugando, enfim, as duas partes deste trabalho.

O elemento central do chamado pensamento neorrepublicano é certa compreensão do que significa ser uma pessoa livre. Detalhá-la, com base nos escritos de Philip Pettit e Quentin Skinner (dois dos principais autores neorrepublicanos da atualidade), é o principal propósito das seções que se seguem. A ideia neorrepublicana de liberdade deve ser situada em um duplo contexto: não apenas no âmbito do argumento que se pretende construir, mas também nas circunstâncias históricas em que ela surgiu. Nesse sentido, deve-se estabelecer, em primeiro lugar, o encaixe de um ideal de liberdade (e, em particular, a liberdade neorrepublicana) em um argumento em favor do Estado de Direito. É esse o objeto da seção 3.1 abaixo. Em segundo lugar, deve-se apresentar a teoria neorrepublicana da liberdade como uma terceira alternativa, inspirada no republicanismo clássico, à oposição formulada notoriamente por Isaiah Berlin entre dois conceitos de liberdade: por um lado, liberdade “positiva” (como “autorrealização”); por outro, liberdade “negativa” (como “não interferência”). Faço isso na seção 3.2. Vencidos esses pontos, pode-se finalmente formular as principais teses, detalhar os principais argumentos e rastrear as principais implicações da noção neorrepublicana de liberdade (como “não dominação”) para o direito. Isso é feito na seção 3.3, que fecha o capítulo.⁸⁸

⁸⁸ O tratamento dessas diferentes concepções de liberdade será limitado em dois sentidos. Primeiro, quanto às fontes, já que se baseará sobretudo nos trabalhos de Philip Pettit e Quentin Skinner, autores que protagonizaram a redescoberta republicana nas últimas décadas. Segundo, quanto ao conteúdo, pois tal análise se manterá nos limites estritamente necessários para que possam ser traçadas implicações do neorrepublicanismo para o Estado de Direito. Para explorações mais abrangentes do ideal de liberdade como não dominação, consultar a bibliografia contida em LABORDE; MAYNOR, 2008, p. 22-28 e também os trabalhos de LOVETT, 2018; LOVETT; PETTIT, 2009 e ROSLER, 2016, cap. 1. Artigos publicados no Brasil fazendo um avaliação mais ou menos geral do neorrepublicanismo compreendem principalmente BIGNOTTO, 2004, esp. p. 22-30 e SILVA, 2007, 2008, 2015. Teses e dissertações brasileiras sobre a corrente neorrepublicana de pensamento incluem CHIARETTI, 2017; ELIAS, 2008, 2014; FABRO, 2017; LAUREANO, 2017; OLIVEIRA, 2012, 2018; RODRIGUES, 2017 e SCARPI, 2006.

3.1 O lugar da liberdade no argumento em favor do Estado de Direito

No capítulo 1, verificou-se que os chamados “princípios da legalidade” (generalidade, publicidade, prospectividade etc.) são adequadamente interpretados como tentativas de especificar o que se apresentou como sendo a “intuição moral fundamental” do Estado de Direito, isto é, a ideia de que se deve promover “um império de leis e não de indivíduos”. Na ocasião, porém, também se mostrou que essa conjunção, por si só, não seria suficiente para produzir uma concepção completa do Estado de Direito. Ao menos outros dois elementos subjacentes à intuição moral fundamental e aos princípios da legalidade devem ser explicitados: primeiro, seu “aparato conceitual”; segundo, suas “preocupações morais”. O capítulo 2 então interveio a fim de detalhar os muitos problemas envolvendo o conteúdo desses elementos e a articulação entre eles. As questões por ele levantadas trouxeram, assim, desafios mais precisos para o teórico do Estado de Direito (por exemplo, a necessidade de delimitar o campo de aplicação dos princípios da legalidade, os tipos de instituições que eles requerem, a sua relação com um conceito de direito etc.).

É hora de juntar as exigências colocadas por essas perguntas e organizá-las em uma estrutura coerente daquilo que se espera de uma justificação da legalidade. Com isso, pretende-se fornecer “a estrutura fundamental” do argumento moral em favor do Estado de Direito: um esqueleto que se mostre funcional para a construção de uma justificação do ideal da legalidade, sejam quais forem as razões ou os valores que figurem em seu conteúdo (justiça, dignidade, liberdade etc.). Esse é um passo necessário antes de desenvolver uma justificação *específica* (no caso, neorrepublicana) da legalidade.⁸⁹

3.1.1 A estrutura fundamental da justificação moral do Estado de Direito

Sem rodeios, uma justificação moral do Estado de Direito pode ser vista como uma especificação do seguinte argumento:

Dadas certas práticas sociais e seus traços constitutivos (ou seja, certo “aparato conceitual subjacente”), deve-se cumprir os princípios $P_1, P_2, P_3, \dots, P_n$ (os “princípios da legalidade”) nas circunstâncias relevantes de tipo $c_1, c_2, c_3, \dots, c_n$ (seu “campo de aplicação”), pelas razões α, β, γ etc. (suas “preocupações morais subjacentes”).

⁸⁹ Para formular essa “estrutura fundamental”, inspiro-me no esquema proposto por Jeremy Waldron (ver p. 67 acima) para compreender a tese da “moralidade interna do direito” proposta por Fuller, bem como nas considerações que Frank Lovett (2016, p. 14) tece a respeito do que uma concepção do ideal da legalidade deve conter.

Os princípios $P_1, P_2, P_3, \dots, P_n$ especificam a ideia de que se deve promover “um império de leis e não de indivíduos” (a “intuição moral fundamental”), e as razões α, β, γ etc. afirmam que (e especificam por que) é moralmente bom ou certo conformar-se a $P_1, P_2, P_3, \dots, P_n$.

Alguns detalhes merecem atenção. Primeiramente, o “aparato conceitual” relevante normalmente inclui pelo menos alguns traços constitutivos $D_1, D_2, D_3, \dots, D_n$ do que é o direito, mas ele pode também abranger outras noções (de Estado, de governo etc.). Frequentemente, esse aparato serve para especificar $c_1, c_2, c_3, \dots, c_n$, mas pode servir para especificar o conteúdo dos princípios $P_1, P_2, P_3, \dots, P_n$ (o que são “oficiais” e “não oficiais” em P_8 e P_9 , por exemplo) ou das razões α, β, γ etc. (o que é “dominação”, segundo a razão neorrepblicana para promover o Estado de Direito, por exemplo).

Em segundo lugar, as razões α, β, γ etc. restringem-se, nessa estrutura, a razões *morais* (no sentido de moralidade crítica, não social). Outros argumentos em favor da legalidade (argumentos prudenciais ou jurídicos, por exemplo), embora possíveis, não são compatíveis com a estrutura do argumento. Isso reflete meramente uma escolha teórica (entre outras possíveis), o que cumpre uma das exigências colocadas pela questão (i) formulada no início do capítulo 2 (ver p. 56 acima), a saber, que a opção por abordar o Estado de Direito a partir do ponto de vista moral fosse explicitada desde o início.

Isso traz à tona um terceiro aspecto a ser clarificado. Para a estrutura fundamental da justificação moral do Estado de Direito, as razões α, β, γ etc. que sustentam $P_1, P_2, P_3, \dots, P_n$ devem afirmar que se conformar a esses princípios é moralmente *bom* ou *certo*. Há alguma diferença relevante entre dizer que é “bom” e defender que é “certo” respeitar os princípios da legalidade? Para os propósitos desta dissertação, sim. Esses usos articulam a diferença entre argumentos “consequencialistas”, “télcos” ou “teleológicos” e argumentos “não consequencialistas”, “deônticos” ou “deontológicos” em favor do Estado de Direito. No restante desta seção, explico a diferença entre essas abordagens e explico, finalmente, o lugar do neorrepblicanismo na estrutura fundamental do argumento em favor do Estado de Direito, esclarecendo de que lado da oposição “teleológico” *versus* “deontológico” ele situa-se.

3.1.2 Duas justificações teleológicas do Estado de Direito: neorrepblicana e liberal

Segundo John Rawls (1999, p. 21), os “dois principais conceitos da ética são os do certo [*the right*] e do bem [*the good*]”, sendo “[a] estrutura de uma teoria ética [...] largamente

determinada por como ela define e conecta essas duas noções básicas”. Assim, teses morais teleológicas são aquelas que: (a₁) definem independentemente o que se entende pelo “bem”, o que fornece um critério para avaliar (e ordenar) estados de coisas como “bons” (*good*) ou “ruins” (*bad*); e (a₂) exige, como o “certo”, em oposição ao “errado” (*wrong*), que se maximize o bem tal como definido, promovendo estados de coisas bons e impedindo estados de coisas ruins (RAWLS, 1999, p. 21-22). Nesse sentido, os princípios da legalidade, em sua versão teleológica, estabeleceriam critérios para julgar estados de coisas em que os princípios da legalidade são respeitados como “bons”, razão pela qual seria “certo” maximizar o respeito a $P_1, P_2, P_3, \dots, P_n$.

Teses morais deontológicas, por sua vez, são definidas por Rawls (1999, p. 26) como teses “não teleológicas”. Isto significa que elas (b₁) não definem o “bem” de maneira independente do “certo” ou (b₂) não especificam o “certo” como a maximização do “bem”. Assim, uma versão deontológica dos princípios da legalidade julgaria o ato de honrá-los como “certo” não porque um estado de coisas em que tais princípios são respeitados seria “bom” ou porque dever-se-ia maximizar o “bem” tal como definido pelos critérios contidos em P_1, P_2, \dots, P_n , mas *por razões independentes* do bem ou do mal promovido por um estado de coisas que os cumpre ou que os descumpre. Uma objeção ao seu não cumprimento nesses termos poder-se-ia basear, por exemplo, em questões de direito subjetivo. Uma formulação possível seria: “Deve-se respeitar os princípios da legalidade porque todos têm igual direito inviolável ao tratamento conforme esses princípios.”⁹⁰

Philip Pettit mobiliza um vocabulário ligeiramente distinto para explicar a distinção entre teses morais teleológicas e deontológicas. Pode-se encarar um argumento moral em favor do Estado de Direito como pretendendo demonstrar que a legalidade é de fato um “valor” (ou um “ideal” ou um “bem”, este último sem o significado específico dado por Rawls). A questão é saber de que maneira exatamente esse valor deve guiar a conduta humana. Segundo Pettit (1997, p. 97, grifo nosso), há duas “possibilidades salientes, se não estritamente exclusivas”: “A primeira é que o valor ou bem ou ideal deva servir como um *objetivo* [*a goal*] [...] a ser promovido, a segunda é que ele deva servir como uma *restrição* [*a constraint*] à maneira como [...] [perseguir-se-ão] outros objetivos.” Esse contraste entre “objetivos” e “restrições”, continua Pettit (1997, p. 97-98 grifo nosso, referências suprimidas), pode ser explicado da seguinte maneira:

Um bem será um *objetivo* para um agente ou agência se e somente se a tarefa for promover o bem: maximizar a sua realização. Tome o bem da paz. Esse será um

⁹⁰ Uma discussão interessante sobre “visões télicas” e “visões deônticas” (aplicada, porém, ao valor da igualdade), na qual também me inspiro, pode ser encontrada em PARFIT, 1995, p. 3-4, 13-14.

objetivo para um agente ou uma agência se e somente se a tarefa for fazer o que quer que seja exigido para maximizar a paz esperada: o que quer que seja exigido, note, mesmo se isso inclui quebrar a paz, como lutar a guerra para acabar com todas as guerras. Um bem será uma *restrição* para um agente ou uma agência, por outro lado, se e somente se a tarefa não for necessariamente promovê-lo, mas testemunhar em favor de sua importância ou honrá-lo. Honrar o bem, podemos supor, significará agir da maneira que maximizaria o valor esperado se todos os outros fizessem o mesmo que você: isso significará fazer a sua parte na promoção do valor partindo do princípio de que os outros cuidam de suas partes. A paz será uma restrição para um agente ou agência, assim, se a tarefa for *sempre* agir de modo pacífico, ao invés de fazer o que quer que seja que maximize a paz.

Tome-se agora uma dada razão α entre as razões α, β, γ etc. que constituem o conjunto de “preocupações morais subjacentes” ao ideal da legalidade. Considerando que essas razões afirmam que (e especificam por que) é moralmente bom ou certo conformar-se a P_1, P_2, \dots, P_n , pode-se obter uma justificação teleológica ou deontológica a depender de seu conteúdo:

- (a) Obtém-se uma justificação *teleológica* do Estado de Direito, se α afirmar que os princípios da legalidade devem ser cumpridos *porque* conformar-se aos princípios $P_1, P_2, P_3, \dots, P_n$ promove um objetivo O ; e, além disso:
 - (a₁) O é um “bem” e estados de coisas em que ele se verifica são “bons”;
 - (a₂) o “certo” a fazer é maximizar estados de coisas em que O se verifica.
- (b) Ou então se obtém uma justificação *deontológica* do Estado de Direito, se α afirmar que os princípios da legalidade devem ser cumpridos *porque* a conformidade a $P_1, P_2, P_3, \dots, P_n$ satisfaz pelo menos uma das duas condições:
 - (b₁) *ou* ela promove um dado objetivo O que é um “bem” definido de maneira *dependente* do “certo”, sendo o “certo” honrar certas restrições de tipo R ;
 - (b₂) *ou* ela diretamente honra restrições de tipo R , em que o “certo” é justamente honrar essas restrições, e não maximizar estados de coisas em que certo objetivo O , que é um “bem”, verifica-se.

Uma vez definidas essas variáveis, pode-se então delinear com maior exatidão em que consiste uma justificação neorrepública da legalidade. Considerando-se a ideia de não dominação, essa justificação segue uma forma teleológica:

A justificação neorrepública da legalidade:

- (1) A liberdade (“objetivo O ”) é um bem, e o certo a se fazer é maximizar estados de coisas em que a liberdade se verifica.
- (2) A liberdade deve ser entendida como “não dominação”.
- (3) Uma concepção adequada do Estado de Direito deve conter ao menos uma razão entre α, β, γ etc. que afirme o seguinte: “É moralmente bom conformar-se a P_1 ,

P_2, P_3, \dots, P_n , porque respeitar tais princípios da legalidade promove o objetivo *O* da liberdade como não dominação.”

A escolha de adotar esse argumento teleológico em favor do Estado de Direito não tem outra razão senão o fato de que o neorrepblicanismo apresenta-se, ele próprio, como uma teoria cuja tese central é teleológica. Philip Pettit (1997, p. 100, referências suprimidas), seu principal articulador, fundamenta essa escolha de duas maneiras. Ele afirma, primeiramente, que há várias maneiras pelas quais “pode ser bastante natural tolerar uma falha política em honrar a [liberdade como] não dominação, se essa falha representa o meio mais efetivo de aumentar a [liberdade como] não dominação global” (PETTIT, 1997, p. 102).⁹¹ Em segundo lugar, uma perspectiva teleológica, para Pettit (1997, p. 100), “trata a questão de quais instituições são as melhores em termos de liberdade como uma questão aberta, empírica, e não como uma questão capaz de resolução *a priori*”.⁹² Essa não seria a abordagem de uma tese deontológica:

A questão de quais instituições são melhores em termos de liberdade não seria aberta, ou pelo menos não seria muito aberta, segundo uma abordagem deontológica. Se certas instituições instanciam e honram a não dominação em um contexto, então elas tenderão a fazê-lo em cada um de uma gama de contextos plausíveis. Honrar a não dominação em qualquer um desses contextos significará tomar a forma que seria exigida para a promoção da não dominação caso todo outro agente e agência fizessem a sua parte também; e isso significaria tomar a mesma forma, independentemente de contexto. Assim, a suposição de que a questão é aberta provavelmente manifesta uma visão de não dominação enquanto um objetivo que o Estado deve promover por aqueles meios, quaisquer sejam eles, que se comprovam mais efetivos empiricamente (PETTIT, 1997, p. 100).

Pode-se pensar que reside aí um ponto fraco da justificação neorrepblicana da legalidade. De fato, caso as implicações de seu caráter teleológico se mostrem incompatíveis com os nossos juízos ponderados no processo de buscar o equilíbrio reflexivo, será necessário repensar sua premissa (1). Deve-se ter em mente, entretanto, que o argumento neorrepblicano pretende ser apenas uma das razões do conjunto de “preocupações morais subjacentes” ao Estado de Direito. Consequentemente, ele é compatível com a eventual existência de argumentos deontológicos em favor da legalidade. Do mesmo modo, argumentos pautados em valores que não o

⁹¹ O exemplo que ele fornece é o da tolerância para com certas áreas de discricionariedade conferidas à tomada de decisão de oficiais, que se pode provar um meio efetivo para a diminuição da dominação considerando a soma total. Esse, entretanto, é um ponto que só ficará claro quando a ideia de liberdade como “não dominação” for mais precisamente explorada (ver seção 3.3.1).

⁹² Pettit (1997, p. 101) chama a atenção para o fato de que, do ponto de vista histórico, alguns autores repúblicanos de fato possuíam um “hábito de pensamento jurídico, de direitos naturais” (seus exemplos são John Locke — pelo menos em certas passagens —, William Blackstone e os autores do *The Federalist*, a saber, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay). Suas teses, por isso, apresentavam um aspecto deontológico, apesar de poderem ser interpretadas, segundo Pettit (1997, p. 101), como simplesmente afirmando que “certos direitos legais [são] meios essenciais de alcançar a liberdade como não dominação”.

da liberdade (dignidade e justiça, por exemplo) podem conviver pacificamente com a justificação do Estado de Direito fundada na liberdade como não-dominação.

Há espaço, todavia, para desacordo sobre a proposição (2), em que reside uma reivindicação forte acerca do que vem a ser o valor da liberdade. *Outras* concepções de liberdade existem e podem levar a diferentes justificações do Estado de Direito. Esse é o caso do argumento liberal em favor do ideal da legalidade, alicerçado na noção de “não interferência”:

A justificação liberal da legalidade:

- (1) A liberdade (“objetivo *O*”) é um bem, e o certo a se fazer é maximizar estados de coisas em que a liberdade se verifica.
- (2) A liberdade deve ser entendida como “não interferência”.
- (3) Uma concepção adequada do Estado de Direito deve conter ao menos uma razão entre α , β , γ etc. que afirme o seguinte: “É moralmente bom conformar-se a P_1 , P_2 , P_3 , ..., P_n , porque respeitar tais princípios da legalidade promove o objetivo *O* da liberdade como não interferência.”

No capítulo 4, uma tentativa de comparar os méritos relativos das justificações liberal e neorrepública da legalidade será feita. Antes, é necessário explorar em detalhe os diferentes sentidos de liberdade que cada um desses argumentos carrega em si.

3.2 A liberdade liberal: não interferência

Refletir sobre o que é a liberdade não é privilégio de autores neorrepúblicanos tais como Philip Pettit e Quentin Skinner. Trata-se, a bem dizer, de um *leitmotiv* na filosofia política em geral: não há nem uma, nem duas, mas muitas concepções de liberdade. Porém, fala-se às vezes que “[a] liberdade é a preocupação distintiva da moralidade *liberal*” (GARDNER, 2012a, p. 217, grifo nosso). Os neorrepúblicanos discordam desse tipo de afirmação: eles também fazem da liberdade a preocupação central de sua teoria, a qual se distingue da “moralidade liberal” pela compreensão *específica* de liberdade que adota. O fato, porém, de ser frequente essa associação entre “liberdade” e “liberalismo” revela muito da história por trás do surgimento das teorias neorrepúblicas a partir do final da década de 1980. Um dos motivos para tanto foi justamente certa insatisfação com a predominância da noção de liberdade “negativa” à época, pautada na “não interferência” e associada ao pensamento liberal. Passo agora a explorar o contexto que precede o nascimento das teorias neorrepúblicas.

3.2.1 *A liberdade antes do neorrepblicanismo: Isaiah Berlin e as noções “negativa” e “positiva” de liberdade*

Do ponto de vista histórico, a oposição entre liberdade liberal e liberdade neorrepblicana é extremamente recente. Antes dela, o contraste conceitual dominante na literatura sobre o ideal político da liberdade era outro, baseado na famosa Aula Inaugural proferida em 1958 por Isaiah Berlin na Cátedra Chichele de teoria social e política da Universidade de Oxford. Intitulada “Two Concepts of Liberty” (2002b), ela consagrou uma dupla de definições que permaneceu em voga até o ressurgimento das teorias neorrepblicanas a partir do final da década de 1980. Essa dupla abrangia, por um lado, justamente a liberdade liberal, à qual Berlin deu o nome “liberdade negativa”, fundada na noção de “não interferência”. Essa seria a ideia de liberdade presente, em alguma medida, em autores como Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, John Stuart Mill, Benjamin Constant e Alexis de Tocqueville — “em resumo, o panteão do liberalismo” (PETTIT, 1997, p. 18).⁹³ Por outro lado, Berlin contrapõe a chamada “liberdade positiva”, pautada na noção de “autorrealização”. Essa concepção de liberdade estaria presente, segundo ele, no pensamento de J. G. Herder, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant, J. G. Fichte, G. W. F. Hegel, Karl Marx, bem como em ideias estoicas, tradições religiosas (budistas, cristãs etc.), correntes jacobinas e linhagens comunistas.⁹⁴ Está fora do escopo deste trabalho analisar a atribuição específica de uma ou de outra ideia de liberdade a cada um desses autores e tradições. Um olhar mais atento a esse contraste entre as noções “negativa” e “positiva”, contudo, será útil para a compreensão do que posteriormente veio ser, em tal debate, um “terceiro” conceito: a liberdade neorrepblicana como “não dominação”.

Começo pela liberdade positiva — das duas noções, a mais difícil de definir.⁹⁵ Isaiah Berlin (2002b, p. 178) a caracteriza da seguinte forma:

O sentido “positivo” da palavra “liberdade” deriva do desejo, por parte do indivíduo, de ser o seu próprio mestre. Eu desejo que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo, não de forças externas de qualquer tipo. Eu desejo ser o instrumento dos meus próprios atos de vontade, e não dos de outrem. Eu desejo ser um sujeito, não um objeto; ser movido por razões, por propósitos conscientes, que são os meus próprios, não por causas que me afetam de fora, por assim dizer. Eu desejo ser alguém, não ninguém; um fazedor — que decide, não deixando decidirem para si, autodirigido,

⁹³ Para menções a Hobbes, ver BERLIN, 2002b, p. 170, 173, 210; a Bentham, ver p. 170, 194-195; a Mill, ver p. 171, 173-176, 186, 196, 201, 205-209, 215; a Constant, ver p. 171, 173, 207, 209-211; a Tocqueville, ver p. 171, 211.

⁹⁴ Para menções a Herder, ver BERLIN, 2002b, p. 189; a Rousseau, ver p. 183, 185, 191, 194, 198, 209; a Kant, ver p. 183-185; a Fichte, ver p. 195-198; a Hegel, ver p. 179, 188-189, 196; a Marx, ver p. 189-190, 192; a variadas tradições religiosas, ver p. 176, 182; a movimentos jacobinos, ver p. 194, 208; e a regimes e ideias comunistas, ver p. 191, 194, 198.

⁹⁵ Para um resumo das diversas interpretações da “liberdade positiva”, ver PETTIT, 2012, p. 48.

e não manipulado pela natureza externa ou por outros homens como se eu fosse uma coisa, ou um animal, ou um escravo incapaz de desempenhar um papel humano, isto é, o de conceber objetivos e estratégias por conta própria e executá-los.

Tal trecho aponta para algo radicalmente diferente de uma noção de liberdade como ausência de interferências deliberadamente colocadas por outros (o sentido negativo, o qual será analisado detalhadamente em seguida). Infelizmente, como Quentin Skinner (2002, p. 238) escreve, “[a] tentativa de Berlin de delimitar esse conceito distinto [o de liberdade positiva] é admitidamente prejudicada por queimar a largada diversas vezes”. Skinner detecta três más interpretações, provocadas por passagens específicas do artigo de Berlin.

A primeira vem à tona quando este escreve, pouco antes do trecho citado acima, que “a concepção ‘positiva’ de liberdade” não é “liberdade *perante* [um dado obstáculo] [*freedom from*], mas liberdade *para* [fazer algo] [*freedom to*]” (BERLIN, 2002b, p. 178). Isso, porém, não a diferencia do conceito de liberdade negativa, pois a fórmula “liberdade *para*” é perfeitamente compatível com o conceito negativo de liberdade: estar livre *perante* interferências é também, pela mesma razão, estar livre *para* agir de determinada maneira (como no exemplo de alguém que está livre *perante* a interferência exercida pelo guarda e que, portanto, é livre *para* sair da prisão) (SKINNER, 2002, p. 239).

Um segundo passo em falso, pautado na ideia de “ser mestre de si mesmo”, ocorre quando Berlin menciona, na passagem citada, o desejo de que “minha vida [...] depend[am] de mim mesmo, não de forças externas”. Ora, se a liberdade é assim contrastada com “forças externas”, ainda se está no paradigma da liberdade negativa, que se opõe a certa imposição de obstáculos externos (SKINNER, 2002, p. 239).

Ao cabo, mais uma vez se interpreta erroneamente o conceito positivo de liberdade ao compreendê-la como “autodomínio” ou “autonomia”. Essa leitura é provavelmente oriunda de trechos em que Berlin associa a noção positiva de liberdade à ideia de uma luta contra a “escravidão pelas paixões”⁹⁶ (BERLIN, 2002b, p. 185). Segundo Skinner (2002, p. 239), pode-se novamente reduzir tal interpretação ao conceito de liberdade negativa, pois tudo o que essa concepção de “autodomínio” traz é a inclusão, na categoria de “interferência”, de impedimentos “internos” (impostos por si mesmo), para além de meros obstáculos “externos” (impostos por outrem), às ações de alguém.

⁹⁶ Ver, por exemplo, BERLIN, 2002b, p. 179: “‘Eu sou o meu próprio mestre’; ‘eu não sou escravo de ninguém’; mas não posso eu ser (como platônicos ou hegelianos tendem a dizer) escravo da natureza? Ou de minhas próprias paixões ‘desenfreadas’? Não são essas várias das espécies do *genus* idêntico ‘escravo’ — alguns, políticos; outros, morais ou espirituais? Não tiveram os homens as experiências de se liberarem da escravidão espiritual, ou da escravidão da natureza, e não se tornaram eles, ao longo disso, conscientes, por um lado, de um eu [*self*] que domina; e, por outro lado, de algo neles que é colocado de joelhos?”

Para Skinner (2002, p. 239-240), o que é verdadeiramente irreduzível na descrição feita por Berlin é a exigência de um aperfeiçoamento de si, isto é, a ideia de que alguém, para ser livre, deve realizar sua própria natureza.⁹⁷ A liberdade positiva deve, assim, ser tomada como o ideal da liberdade como “autorrealização”, isto é, como a visão segundo a qual “o que quer que seja o objetivo verdadeiro do homem (felicidade, execução do dever, sabedoria, uma sociedade justa, autossuficiência) deve ser idêntico à sua liberdade — à escolha livre de seu eu ‘verdadeiro’, embora frequentemente submerso e inarticulado” (BERLIN, 2002b, p. 180).⁹⁸

É patente a antipatia de Isaiah Berlin para com o conceito positivo de liberdade: “Uma vez que eu adote essa visão”, ele escreve, “eu estou em posição de ignorar os desejos verdadeiros de homens ou de sociedades, de intimidá-los, de oprimi-los, de torturá-los em nome e em prol de seus eus ‘reais’”, o que “torna fácil eu conceber a mim mesmo como coagindo outros para o seu próprio bem, e em seu, não meu, interesse” (BERLIN, 2002b, p. 180, 179). Segundo Skinner (2002, p. 240-241), ao direcionar seu olhar para esse conceito de liberdade, Berlin almejava acima de tudo criticar a concepção de liberdade dos chamados “Idealistas britânicos” — em especial Bernard Bosanquet (2012, esp. cap. 6) —, o que “representa uma contribuição tardia, mas reconhecível, ao duradouro debate sobre os méritos do Idealismo filosófico que havia continuado a ressoar na Oxford de sua juventude” (SKINNER, 2002, p. 263). Seu ensaio pode ser visto, ademais, como uma tomada de posição frente às divisões ideológicas e geopolíticas da década de 1950 (SKINNER, 2002, p. 264).

Passo agora a detalhar o segundo conceito, negativo, de liberdade, mais importante para os propósitos deste trabalho. Na introdução (ver p. 25 acima), mencionei a metáfora das “portas” que Berlin utiliza para transmitir a ideia básica da liberdade negativa. Ser livre, segundo essa concepção, dependeria de “quantas portas estão abertas, de quão abertas elas estão, de sua importância relativa em minha vida”; não ser livre, em contraste, implicaria “[o] fechamento de tais portas ou [a] falha em abri-las como um resultado, intencional ou não intencional, de

⁹⁷ Como consequência, trata-se de uma liberdade focalizada em certas atividades e realizações específicas, o que, conforme Philip Pettit (2007, p. 718), foge ao conceito triádico desenvolvido por Gerald MacCallum (ver citação longa na p. 95 abaixo).

⁹⁸ Philip Pettit (2007, p. 713) descreve “liberdade positiva” diferentemente, misturando tanto a interpretação preferida quanto as interpretações descartadas por Skinner. Para ele, a liberdade “contará como positiva se [os obstáculos que devem estar ausentes] são obstáculos psicológicos ou obstáculos institucionais à participação democrática”. Em outra passagem, ele diz: “Ela exige que o agentes assumam um papel ativo para ganhar controle ou domínio sobre si mesmos: o eu [*self*] com o qual eles se identificam deve se encarregar dos eus [*selves*] menores ou mais parciais que se escondem dentro de todo indivíduo” (PETTIT, 1997, p. 17). Além disso, Pettit (1997, p. 19) aproxima a liberdade positiva de uma visão política que ele chama de “populista”, que “aclama a participação democrática do povo como uma das formas mais elevadas do bem e que frequentemente fala entusiasticamente, em estilo comunitarista, sobre as vantagens de uma sociedade próxima, homogênea, que se considera que a participação popular frequentemente pressupõe” (PETTIT, 1997, p. 8).

práticas humanas alteráveis, da operação de agências humanas” (BERLIN, 2002a, p. 32). Pode-se agora explicar o conceito de liberdade negativa de maneira mais técnica.

A formulação mais geral que Berlin dá a essa noção é a seguinte:

Diz-se normalmente que eu sou livre à medida que nenhum homem ou grupo de homens interfere em minha atividade. A liberdade política, nesse sentido, é simplesmente a área dentro da qual um homem pode agir sem ser obstruído por outros. Se eu sou impedido por outros de fazer o que eu poderia, de outro modo, fazer, deixo de ser livre nessa medida; [...]. (BERLIN, 2002b, p. 169).

Passo a discutir tal formulação. O primeiro ponto importante a ressaltar é que a ideia negativa de liberdade de Berlin necessariamente envolve uma relação triádica entre agentes, impedimentos e fins, enfatizada de maneira célebre por Gerald MacCallum (1967, p. 314):

Toda vez que a liberdade de algum agente ou agentes estiver em questão, é sempre liberdade perante algum constrangimento ou restrição sobre, interferência em, ou barreira a fazer ou não fazer, tornar-se ou não se tornar algo. Tal liberdade é, assim, sempre de algo [*of something*] (um agente ou agentes), *perante* algo [*from something*], *para* fazer [*to do something*], não fazer, tornar-se ou não se tornar algo; é uma relação triádica. Tomando o formato “X (não) é livre perante Y para fazer (não fazer, tornar-se, não se tornar) Z”, X varia entre agentes, Y varia entre “condições de impedimento” tais como constrangimentos, restrições, interferências e barreiras, e Z varia entre ações ou condições de caráter ou circunstância.

Trata-se, ademais, de um conceito de liberdade centrado no que são *escolhas livres* de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, e não no que são *pessoas* ou *grupos de pessoas livres*. A questão de fundo, como Philip Pettit (2007, p. 711) coloca, é a seguinte: “Escolhas são livres porque elas são as escolhas de uma pessoa livre? Ou a pessoa é livre porque as suas escolhas são livres?” A liberdade negativa adota a segunda sugestão. Ela “vê a liberdade como uma propriedade de escolhas em primeiro lugar, de pessoas em segundo [de maneira derivada] e passa a apoiar a visão de que a liberdade é comprometida por qualquer exercício de um poder de interferência” sobre essas escolhas (PETTIT, 2007, p. 717).⁹⁹ Essa é a segunda característica da noção negativa de liberdade.

Em terceiro lugar, e de modo mais importante, está o fato de que, no centro desse conceito, encontra-se certa ideia do que conta como “condições de impedimento” relevantes (de acordo com o vocabulário de MacCallum). Essas, segundo a definição negativa de liberdade,

⁹⁹ Philip Pettit identifica essa centralidade de escolhas, e não de pessoas, no tratamento sobre a liberdade como uma premissa implícita nas principais discussões filosóficas sobre liberdade. São elas: “[1.] Se a liberdade é melhor entendida como algo ‘negativo’ ou ‘positivo’. [2.] Se ela deveria ser tomada como exigindo a satisfação de uma condição ‘formal’ ou ‘efetiva’. [3.] Se ela é reduzida apenas quando a obstrução torna a escolha impossível ou também quando ela torna a escolha difícil. [4.] Se a obstrução tem de ser intencional ou culpável [*blameworthy*] para que a liberdade seja propriamente afetada. [5.] Se a liberdade exige uma forma distintiva de exercício e de realização [*achievement*] para além da ausência da obstrução relevante. [...]. A questão, em cada caso, parece repousar apenas em como a liberdade de escolha deve ser entendida” (PETTIT, 2007, p. 713, referências suprimidas).

são circunstâncias em que há “interferência”. Philip Pettit, interpretando os autores ditos liberais (em especial, Jeremy Bentham), procura detalhar o que se entende por esse termo. Nessa interpretação, um agente *A* interfere em uma dada escolha entre as opções *x*, *y* e *z* de outro agente *B*, se *A* afeta (negativamente) *B* quanto ao uso “de recursos cognitivos ou objetivos que, de outra maneira, estariam-lhe acessíveis, e em virtude dos quais [*B*] tem a capacidade não viciada de fazer *x*, *y* ou *z*” (PETTIT, 2012, p. 50). Nesse sentido, são formas de interferência os itens seguintes¹⁰⁰ (a lista é de PETTIT, 2009, p. 41):

Formas de interferência:

- Remoção de uma das opções: *A* exerce interferência sobre *B*, se *A* remove uma das opções entre *x*, *y* e *z* do domínio de deliberação de *B*, colocando um obstáculo à sua escolha com ou sem a ciência de *B*.
 - Exemplo: obstrução corpórea.
- Substituição de uma das opções: *A* exerce interferência sobre *B*, se *A* substitui uma das opções entre *x*, *y* e *z* do conjunto de escolha deliberativa de *B* por outra opção (*x**, por exemplo) mais onerosa, com ou sem a ciência de *B*.
 - Exemplo: atribuir uma punição a uma das opções, substituindo *x* por *x** (PETTIT, 2012, p. 51-52).
- Enganação (*deception*): *A* exerce interferência sobre *B*, se *A* engana *B* para fazê-lo crer falsamente que (a) ele não possui capacidade deliberativa ou que (b) uma opção entre *x*, *y* e *z* foi removida ou substituída.
 - Exemplos: déficit em fornecer informação quanto às opções disponíveis, blefes atribuindo uma punição a alguma opção ou ofertas insinceras de recompensas (PETTIT, 2012, p. 54).
- Manipulação: *A* exerce interferência sobre *B*, se *A* exerce pressões sobre *B* que afetam seu exercício da capacidade de pensar corretamente sobre as considerações em favor e contra cada opção.
 - Exemplos: hipnose, sobrecarga de informações, exposição a poder retórico (PETTIT, 2012, p. 55).

Frente a essa lista, um quarto ponto saliente da ideia negativa de liberdade tal como descrita por Berlin emerge. Apesar do enfoque em “escolhas” que sofrem ou não sofrem “interferência”, a liberdade negativa não depende somente da mera possibilidade de escolher entre

¹⁰⁰ As duas primeiras formas de interferência dizem respeito a recursos objetivos; as duas últimas, a recursos cognitivos. Para um quadro sinóptico, ver PETTIT, 2012, p. 56, Tabela 1.2.

cursos alternativos de ação, tampouco de simplesmente poder agir como se deseja sem constrangimentos. Há muitas variáveis:

A extensão da minha liberdade parece depender de (a) quantas possibilidades estão abertas para mim [...]; (b) quão fácil ou difícil é realizar cada uma dessas possibilidades; (c) quão importantes em meu plano de vida são essas possibilidades, dados o meu caráter e as circunstâncias, quando comparadas umas às outras; (d) quão fechadas e abertas elas estão por atos humanos deliberados; (e) que valor não somente o agente, mas o sentimento geral da sociedade em que ele vive, coloca sobre as várias possibilidades. Todas essas magnitudes devem ser “integradas”, e uma conclusão, necessariamente jamais precisa ou indisputável, tirada desse processo. [...] [O] método pelo qual fazemos a comparação, e a verdade das conclusões, são difíceis ou impossíveis de demonstrar. Mas a vagueza dos conceitos e a multiplicidade dos critérios envolvidos são atributos do objeto em si, não de nossos métodos imperfeitos de medida nem da incapacidade para o pensamento preciso (BERLIN, 2002b, p. 177, nota de rodapé 1).¹⁰¹

Sendo assim, as formas de interferência estão intimamente ligadas aos fatores considerados relevantes para a escolha de um agente. O ato de interferir deve ser uma “piora” e não uma “melhora” nesses fatores: recompensas reais, por exemplo, não removem nem substituem, mas adicionam uma opção ao agente em questão (e, portanto, não reduzem a sua liberdade) (PETTIT, 1997, p. 52; cf. PETTIT, 2012, p. 55, para o problema das ofertas insinceras de recompensa). Além disso, a valoração que um agente faz das opções disponíveis — de maneira sensível ao contexto e ao modo como outros agentes valoram tais opções (ver PETTIT, 1997, p. 53-54) — também é relevante para a aferição da liberdade de escolha de alguém. Há, ainda, outras características que a interferência, no sentido relevante para a liberdade, deve cumprir. Tal interferência deve, por exemplo, ser infligida de forma “intencional” ou “quase intencional”. Entretanto, essas minúcias podem ser deixadas de lado.

¹⁰¹ São essas variáveis que permitem distinguir o conceito de liberdade negativa formulado por Berlin e o conceito de liberdade mobilizado por Thomas Hobbes. Para este, “[u]m homem livre é aquele que, naquelas coisas que graças à sua força e engenho [*wit*] é capaz de fazer, não é impedido de fazer, *o que tem vontade de fazer*” (HOBBS, 2012a, p. 324, cap. 21, par. 2, grifo nosso). Na interpretação de Philip Pettit (2012, p. 29), trata-se de liberdade como *não frustração*: “A linha que Hobbes adota [...] é a de que a sua liberdade em uma escolha é reduzida apenas quando há um impedimento que o frustra na tentativa de satisfazer a sua preferência final entre as opções. Não há frustração se um impedimento o bloqueia de escolher uma opção que, por acaso, você não quer escolher de qualquer maneira; e, assim, nesse caso, também não há perda de liberdade.” Philip Pettit (2011, p. 696) chama a atenção para o exemplo da quadra de tênis fechada discutido por Hobbes quando de seu debate com John Bramhall. Imagine-se que alguém está considerando ir jogar tênis ou não, sem que tenha havido um “último apetite na deliberação”, o que Hobbes (2012a, p. 92) chama de vontade (*will*). Suponha-se, agora, que essa pessoa encontra o portão da quadra de tênis fechada. Para Hobbes, “não é nenhum impedimento a ele que a porta esteja fechada até que ele tenha vontade de jogar [tênis], o que ele não tem até que termine de deliberar sobre se vai jogar ou não” (HOBBS; BRAMHALL, 1999, p. 81). Pode-se, aqui também, utilizar a metáfora das portas mencionada anteriormente (ver p. 25). Para Hobbes, a escolha de alguém pode ser considerada livre na medida em que a porta que se efetivamente empurra (isto é, aquela porta específica que se escolhe abrir) está aberta (PETTIT, 2011, p. 698). Essa não é a perspectiva de Berlin, que requer que estejam abertas *outras* portas, não apenas aquela efetivamente escolhida pelo agente — isto é, portas que *poderiam* ser escolhidas pelo agente. Nesse sentido, a noção de liberdade defendida por Berlin é mais robusta do que a defendida por Hobbes. Ver BERLIN, 2002b, p. 177, nota de rodapé 1. Para uma comparação entre Hobbes e Berlin, ver PETTIT, 2011.

Há, porém, um último aspecto ao qual se deve atentar. A interferência relevante para a noção negativa de liberdade é dependente das circunstâncias de fato que se verificam no mundo real. Promover a liberdade como não interferência é, nesse sentido, minimizar a soma da probabilidade de interferência em cada uma das opções disponíveis a um agente, dado um cenário específico (PETTIT, 2012, p. 33-34). Portanto, considerando certo agente *B* e um domínio de escolha envolvendo as opções *x*, *y* e *z*, promover a liberdade como não interferência equivale a minimizar o resultado da seguinte soma (PETTIT, 2012, p. 34):

$$\begin{aligned} & \{[\textit{probabilidade} \times (\textit{interferência, se } B \textit{ escolhe } x)] \\ & + [\textit{probabilidade} \times (\textit{interferência, se } B \textit{ escolhe } y)] \\ & + [\textit{probabilidade} \times (\textit{interferência, se } B \textit{ escolhe } z)]\}. \end{aligned}$$

3.2.2 Algumas implicações da liberdade como não interferência para o direito

Ao estabelecer uma relação de equivalência entre liberdade e não interferência, o conceito negativo mobilizado pelos autores liberais pode ser desmembrado em duas teses. Elas são identificadas e formuladas por Philip Pettit (2009, p. 42), que, à primeira, dá o nome de “tese da interferência–apenas”; e, à segunda, “tese da interferência–sempre”:

Tese da interferência–sempre: Se há interferência, então a liberdade é reduzida.

Tese da interferência–apenas: Se a liberdade é reduzida, então há interferência.

A primeira tese é de fácil compreensão. Ela significa, primeiro, que toda forma de interferência leva necessariamente a uma diminuição da liberdade; segundo, que, se não há redução de liberdade, então não há interferência. Ora, a liberdade é frequentemente mobilizada como uma razão moral para criticar ou justificar práticas sociais, ações de indivíduos, atos de coletividades etc. Nesse sentido, segue-se da tese da “interferência–sempre” que, se é o caso que certo agente *A* remove opções, substitui alternativas, engana ou manipula outro agente *B*, então necessariamente uma razão para a crítica de *A* fundada no valor da liberdade também se verifica. Para ilustrar, pode-se dizer que, segundo a tese da “interferência–sempre”, “toda intervenção que o Estado eventualmente realize reduz a liberdade das pessoas” (LOVETT; PETTIT, 2009, p. 19), e que, portanto, sempre há uma razão para criticar a atividade estatal em nome da liberdade. Apesar disso, é compatível com essa primeira tese que a interferência perpetrada por um agente se justifique por outros valores, de modo a derrotar tal objeção. Nada impede que as perdas em liberdade causadas pelas interferências estatais se justifiquem, por exemplo, pela diminuição da pobreza que elas eventualmente promovam.

A segunda tese, por sua vez, traz duas implicações suplementares: primeiro, que a redução de liberdade necessariamente exige a ocorrência de alguma forma de interferência; segundo, que, se não há interferência, então não há redução de liberdade. Nesse sentido, a tese da “interferência–apenas” acarreta duas consequências adicionais no âmbito da justificação moral. Ela implica, por um lado, que algo poderá ser criticado em nome da liberdade *apenas* se houver remoção de opções, substituição de alternativas, enganação ou manipulação. Por outro lado, ela quer dizer que as interferências perpetradas por um agente (o Estado, por exemplo) “somente se justificam com base na liberdade quando elas compensam *interferências de outras fontes* — em particular, quando as intervenções do Estado previnem mais interferência do que a que elas próprias perpetram” (LOVETT; PETTIT, 2009, p. 18, grifo nosso).

Agora, caso se admita que certas formas de governo necessariamente acarretam certo grau de interferência no domínio de escolhas dos indivíduos (o que é plausível), todas as considerações acima se seguem. A existência de um sistema jurídico é um exemplo pertinente: ele necessariamente contém em si normas que impõem deveres (que, em si, podem ser onerosos), além de atribuir consequências jurídicas (invariavelmente onerosas, como punições, por exemplo), em caso de descumprimento daquelas normas. Assim fazendo, o direito remove ou substitui opções que, de outra maneira, estariam abertas às pessoas a ele subordinadas.¹⁰² Essa ideia é uma constante no pensamento de Jeremy Bentham, um dos campeões da liberdade negativa: “Uma lei pela qual ninguém é vinculado [*bound*], [...] pela qual ninguém é coagido, [...] pela qual a liberdade de ninguém é cerceada, todas essas frases [...] seriam [...] contradições nos termos” (BENTHAM, 1970, p. 54).

Assumindo essa descrição do direito como verdadeira e aplicando a ele a tese da “interferência–sempre”, tem-se que um sistema jurídico necessariamente reduz em algum grau a liberdade dos indivíduos (podendo, portanto, ser criticado nessa medida). Ademais, aplicando a um sistema jurídico a tese da “interferência–apenas”, tem-se que se poderá justificar sua existência com base na liberdade *somente se* a interferência exercida pelo sistema jurídico servir para impedir formas mais graves de interferência oriundas de outras fontes (que, caso não fossem impedidas, superariam os níveis de interferência produzida pelo direito que as impede de ocorrer). Por isso, a única “maximização” da liberdade que um sistema jurídico pode promover é, na verdade, a menor redução da liberdade, o que vem a ser (conforme a liberdade liberal, negativa) o menor grau de interferência possível nas circunstâncias do caso, todas as coisas

¹⁰² Afirmações como essa são o tipo de elemento que pode vir a constar no que chamei de “aparato conceitual subjacente” à justificação do Estado de Direito (ver p. 86 acima).

consideradas. Henry Sidgwick (1897, p. 46), outro campeão do liberalismo, expõe de forma bastante clara essa conclusão:

Se for garantido [...] que a minha liberdade é prejudicada pelo impedimento sobre a volição causada pelo medo de atos de seres humanos em geral, a afirmação às vezes feita de que “toda lei é contrária à liberdade” é enganadora, embora seja, em um sentido, verdadeira, uma vez que a diminuição da liberdade causada pelo medo de penalidades legais pode ser mais do que equilibrada pela diminuição simultânea de coerção privada. Pode-se dizer de maneira justa que o fim do governo é promover a liberdade tanto quanto a coerção governamental impedir pior coerção por parte de indivíduos privados.¹⁰³

Não é possível dizer, contudo, a despeito das circunstâncias específicas do caso, que essa interferência exercida pelas leis será necessariamente menor do que a interferência que elas eliminarão, pois isso depende de diversos fatores contingentes.¹⁰⁴ Esse balanço positivo depende não apenas do nível exato de interferência que um dado sistema jurídico produz e reduz, mas também do nível de interferência produzido por outras fontes de interferência (a interferência que os indivíduos exercem uns sobre os outros na ausência de um sistema jurídico, por exemplo). Em dadas circunstâncias c_1 , por exemplo, em que pouca interferência exercida pelos indivíduos entre si se verifica, é possível que, na métrica da liberdade negativa, seja melhor sequer ter um sistema jurídico em vigor — na soma total, ele simplesmente introduziria uma interferência desnecessária. Já em outras circunstâncias c_2 , em que a coerção privada predomina, um sistema jurídico pode, sim, ser desejável nesses termos. Conclui-se, disso, que um sistema jurídico é apenas contingentemente requerido pela liberdade como não interferência.

Caso se generalize essa conclusão para outras formas de “governo” além do direito, pode-se dizer que, segundo a perspectiva negativa de liberdade, há certa independência entre a liberdade como não interferência e formas políticas específicas. Quentin Skinner (1998, p. 81, referências suprimidas) chama a atenção para essa constante em muitos autores liberais:

[Segundo a noção liberal de liberdade, a] medida de sua liberdade enquanto cidadão depende da medida em que o aparato coercitivo do direito o deixa sem restrições para exercer seus poderes conforme a sua vontade. Mas isso significa que o que importa para a liberdade cívica não é quem faz as leis, mas simplesmente quantas leis são feitas, e, assim, quantas de suas ações são de fato restringidas. Isso, por sua vez, mostra que não há nenhuma conexão necessária entre a preservação da liberdade individual e a manutenção de qualquer forma particular de governo. Como [William] Paley

¹⁰³ Cf. BERLIN, 2002a, p. 41, nota de rodapé 1: “Toda lei parece, para mim, reduzir alguma liberdade, embora possa ser um meio para aumentar outra. Se ela aumenta a soma total de liberdade atingível, isso dependerá, é claro, da situação particular. Mesmo uma lei que decreta que ninguém deve coagir ninguém em uma dada esfera, enquanto obviamente aumenta a liberdade da maioria, é uma infração da liberdade de agressores potenciais e policiais. Essa infração pode, como nesse caso, ser altamente desejável, mas ela continua sendo uma infração. Não há razão para pensar que Bentham, que era favorável a leis, quis dizer mais do que isso.”

¹⁰⁴ A “interferência” que deve ser diminuída é, por definição, a soma das probabilidades de interferência para cada escolha dos indivíduos nas circunstâncias que se verificam *de fato* em um dado caso. Ver p. 98 acima.

conclui, não há em princípio nenhuma razão por que “uma forma absoluta de governo” não possa deixar você “não menos livre do que a mais pura democracia”.

O próprio Isaiah Berlin admite o ponto em diversas passagens:

[A] liberdade nesse sentido [negativo] não é incompatível com alguns tipos de autocracia, ou pelo menos com a ausência de autogoverno. A liberdade nesse sentido se preocupa principalmente com a área de controle, não com a sua fonte. Assim como uma democracia pode, de fato, privar o cidadão individual de um grande número de liberdades que ele poderia ter em alguma outra forma de sociedade, também é perfeitamente concebível que um déspota de orientação liberal conceda a seus súditos uma grande medida de liberdade pessoal (BERLIN, 2002b, p. 176).

E, mais adiante em seu famoso artigo, citando Benjamin Constant:

Constant não conseguia ver por que, embora o soberano fosse “todo mundo”, ele não pudesse oprimir um dos “membros” de seu eu [*self*] indivisível, se ele assim decidisse. Eu posso, é claro, preferir ser privado de minhas liberdades por uma assembleia, ou por uma família, ou por uma classe na qual eu sou minoria. Isso pode me dar uma oportunidade de, um dia, persuadir os outros a fazerem para mim aquilo a que eu sinto ter direito. Mas ser privado de minha liberdade pelas mãos de minha família, ou amigos, ou concidadãos, é ser privado dela tão efetivamente quanto. Hobbes ao menos era mais cândido: ele não fingia que um soberano não escraviza; ele justificava essa escravidão, mas pelo menos ele não tinha a audácia de chamá-la de liberdade (BERLIN, 2002b, p. 210).¹⁰⁵

Em tais trechos, menciona-se principalmente a relação entre formas democráticas de governo e a promoção da liberdade como não interferência. Entretanto, a tese de acordo com a qual a liberdade negativa não exige formas específicas de “governo” também tem consequências importantes para o modo como se pensa o Estado de Direito, caso consideremos que um “Estado de Direito” é também uma forma específica de “governo”. Essas consequências serão exploradas no capítulo 4. Passo, agora, à análise da liberdade neorrepublicana.

¹⁰⁵ Pensar de outra maneira, subentende-se em tal passagem, seria embrenhar-se em confusões conceituais. No mesmo espírito, Henry Sidgwick (1897, p. 375-376, grifo do autor, notas suprimidas) já tinha apresentado o mesmo ponto meio século antes: “A consideração das vantagens *morais* de um governo ‘livre’ exige de nós que notemos a confusão que o uso comum da palavra ‘Liberdade’ é apta a causar. Quando um autor fala de instituições ‘Livres’, ele às vezes quer insinuar que o governo deixa o indivíduo em paz para cuidar de seus próprios negócios; às vezes, que os membros privados da comunidade exercem coletivamente um controle efetivo sobre o governo: às vezes ele parece insinuar ambos juntos, aparentemente assumindo uma conexão necessária entre os dois fatos, que podemos convenientemente distinguir como liberdade ‘civil’ e ‘constitucional’, respectivamente. [...] [A] liberdade constitucional fornece uma segurança para a liberdade civil; mas raciocínio *a priori* e experiência combinam para mostrar que não há nenhuma conexão ulterior entre os dois. Por exemplo, eu entendo que o Governo não faz nada para impedir um homem de ficar tão bêbado quanto ele quiser na Rússia: enquanto a democracia vigorosa da América do Norte estabeleceu em muitos estados leis severamente restritivas contra o álcool.” (Tudo indica que a expressão “segurança para liberdade civil” utilizada por Sidgwick pode ser adequadamente interpretada como “probabilidade de não interferência”. Para a diferenciação feita pelos autores liberais entre “liberdade em si” e “garantias da liberdade”, ver SKINNER, 1998, p. 80.)

3.3 A liberdade neorrepública: não dominação

A dupla de conceitos “liberdade positiva” e “liberdade negativa” não pode ser encarada como uma simples dupla: trata-se verdadeiramente de uma *oposição* entre duas noções de liberdade, cujas reivindicações “não podem ambas ser completamente satisfeitas” (BERLIN, 2002b, p. 212).¹⁰⁶ Delimitar essa oposição, como afirma Quentin Skinner (2002, p. 238), é o principal mérito do tão influente artigo de Berlin, “bem-sucedido em mostrar [...] que qualquer tentativa de reunir os nossos juízos particulares sobre a liberdade sob uma única teoria ou fórmula abrangente estará fadada ao fracasso” (SKINNER, 2002, p. 238). No entanto, a Aula Inaugural de Berlin sofre “de uma séria limitação de abrangência” (SKINNER, 2002, p. 246), pois ela omite uma terceira noção de liberdade, a liberdade como “não dominação”. É justamente esse terceiro conceito — que não pode ser reduzido nem à “não interferência”, tampouco à “autorrealização” — que constitui o cerne do neorrepública. Nas próximas seções, forneço uma análise das origens dessa noção, do seu significado preciso e de suas implicações para o direito.

3.3.1 A liberdade após o neorrepública e as suas inspirações: o resgate de um terceiro conceito de liberdade

É verdade que o que hoje é chamado de “neorrepública” caracteriza-se, em primeiro lugar, pela reação avessa à pretensa exaustividade da oposição de Berlin. Há, porém, outro aspecto sem o qual não se pode compreender o neorrepública. Ora, essa corrente de pensamento é contemporânea, sendo encabeçada por autores ainda vivos, como Philip Pettit e Quentin Skinner. Fato é que, se há, hoje em dia, uma vertente *neorrepública*, é porque houve algo anterior no qual ela se inspirou para tomar a forma que hoje tem. Por isso, o neorrepública deve ser encarado, em segundo lugar, como o resgate de uma noção antiga e esquecida do que é ser um *liber homo* — uma noção que, segundo esses autores, foi eclipsada pelos defensores da liberdade liberal. Em outras palavras, os escritos neorrepúblicanos oferecem uma peculiar combinação entre “arqueologia” (isto é, o estudo histórico de certas ideias em seu contexto original) e “profanação de tumbas” (isto é, a adaptação e o uso de ideias de inspiração histórica no contexto do debate contemporâneo) (ROSLER, 2016, p. 13-19). Deve-se, portanto, explorar ambos aspectos. Começo por um sumário da parte arqueológica do projeto

¹⁰⁶ Berlin (2002b, p. 212) fala até mesmo em “duas atitudes profundamente divergentes e irreconciliáveis quanto aos fins da vida”.

neorrepublicano, antes de detalhar a formulação específica da liberdade como não dominação na literatura contemporânea.

Não é por acaso que Quentin Skinner dá à sua obra seminal o título de *Liberty before Liberalism* (1998) e que Philip Pettit abre seu principal livro com um capítulo intitulado “Before Negative and Positive Liberty” (1997, cap. 1). O foco de suas atenções é o que pode ser chamado de “republicanismo clássico”, “teoria neorromana” ou “republicanismo mediterrâneo-atlântico”.¹⁰⁷ Todas essas etiquetas fazem referência a certa concepção da liberdade civil que encontra suas raízes na Roma Antiga — em especial, em Políbio, Cícero e Tito Lívio, mas também na cultura jurídica romana (PETTIT, 2016, p. 6-7).¹⁰⁸ Essa concepção foi ressuscitada nas cidades-estados republicanas do norte da Itália durante o Renascimento, manifestando-se sobretudo nos escritos de Nicolau Maquiavel, que “encontrou em Tito Lívio [essa noção antiga de liberdade] e [a] legou para o mundo moderno” (SKINNER, 1998, p. 46). No século XVII, ela se tornou proeminente durante a Revolução Inglesa em escritos de numerosos partidários da causa parlamentar contra a Coroa — entre os quais John Milton e James Harrington, que se engajaram diretamente no embate político de sua época. Em seguida, essa tradição de pensamento influenciou as Revoluções Americana e Francesa (PETTIT, 1997, p. 19, 34, 2016, p. 10-11; SKINNER, 1998, p. 12-13); porém, com a ascensão do utilitarismo clássico e de seu campo de influência, ela gradualmente perdeu popularidade durante o século XIX em favor do conceito negativo de liberdade (PETTIT, 1997, p. 42-44; SKINNER, 1998, p. 96-99). John Lind, Jeremy Bentham, William Paley, John Austin, Henry Sidgwick, entre outros foram a tal ponto bem-sucedidos em suas objeções à ideia de liberdade republicana, que, no século XX, quando Isaiah Berlin escreveu seu “Two Concepts of Liberty” (2002b), a teoria neorromana da liberdade não foi sequer lembrada.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Quentin Skinner (1998, p. 54-55, notas de rodapé 174 e 176) prefere a expressão “teoria neorromana” para evitar o sentido estrito de “republicanismo” como a oposição a regimes monárquicos (elemento que não necessariamente está presente nos autores neorromanos). “Republicanismo mediterrâneo-atlântico”, por sua vez, quer contrastar a tradição dos “autores romanos clássicos, [d]os pensadores italianos medievais e [d]os escritores de língua inglesa do século XVII e XVIII” com a “forma Franco-Prussiana que o republicanismo assumiu no trabalho de Rousseau e Kant, e em pensadores posteriores que escreveram sob sua influência ou em reação a eles” (PETTIT, 2010, p. 32). “Republicanismo clássico”, por fim, é o termo mais geral, mas muitas vezes disputado, pois, ao lado da interpretação dessa tradição feita pelos neorrepublicanos (como Pettit e Skinner, que representam uma “segunda onda republicana” em décadas recentes), há a leitura histórica distinta feita pelo “humanismo cívico” (de autores como Hannah Arendt, por exemplo, marcando a “primeira onda republicana”) (ver LOVETT, 2018, p. 15; SILVA, 2015, p. 181-182).

¹⁰⁸ Ver SKINNER, 1998, p. 38-43 para a tese de que o *Digesto* foi a fonte primária sobre a qual os pensadores romanos se apoiaram para construir o quadro republicano de liberdade que seria legado a gerações posteriores.

¹⁰⁹ Deve-se atentar: (i) que essa é apenas uma interpretação (a interpretação neorrepublicana) da história do pensamento neorromano (LOVETT, 2018, p. 15); (ii) que muitos detalhes necessários para uma compreensão adequada desse processo histórico foram omitidos, sobretudo as razões que Pettit e Skinner fornecem para a ascensão e declínio da concepção neorromana da liberdade; e (iii) que seria necessário, para uma visão mais

É nesse contexto que intervieram os neorrepublicanos com a tese de que a liberdade como não interferência — a liberdade que havia silenciado os autores neorromanos — era insuficiente do ponto de vista normativo. Resgatando a história que resumi acima, Philip Pettit (1997) foi quem primeiro articulou de maneira explícita a tese de que, em oposição à liberdade como não interferência e sem precisar adotar o sentido de liberdade como autorrealização, dever-se-ia entender a liberdade a partir da não dominação. Na introdução (ver p. 25-26 acima), mencionei a metáfora do porteiro para ilustrar seu significado: a liberdade não exige somente “que as portas estejam abertas, mas que não haja nenhum porteiro que possa fechar a porta [...]; que não haja nenhum porteiro de cuja boa vontade você dependa para que uma ou outra dessas portas continue aberta”. Pode-se agora detalhar de maneira mais técnica o que o neorrepublicanismo entende por esse conceito e de que forma ele argumenta em seu favor.

A noção neorrepublicana de liberdade, para Pettit, deve começar com alguma premissa que possa ser aceita por ambos os lados do debate. Essa é a tese de que “A reduzirá a liberdade de *B* de escolher entre *x*, *y* e *z* na medida em que *A* exercer *controle alheio* sobre aquela escolha” (PETTIT, 2009, p. 43, grifo nosso). Verificar-se-á “controle” quando *A* fizer algo que aumente a probabilidade de que *B* escolha conforme o gosto ou juízo de *A*. Ele só será “alheio”, porém, se as ações de *A* sobre *B* tornarem falsos os pressupostos da escolha de *B* (PETTIT, 2009, p. 42-43). Esses pressupostos, centrados no agente e não em um ponto de vista de terceira pessoa, meramente preditivo, dizem respeito à “realidade da escolha pessoal” típica de seres humanos (PETTIT, 2008, p. 105):

[E]m todos os casos [de escolha pessoal] há um aspecto sob o qual cada opção se apresenta a nós de uma maneira em que podemos pensar: eu posso simplesmente fazer isso, ou eu posso simplesmente recusar fazer isso; o que eu faço nessa escolha depende de mim. [...]. [Essas escolhas] devem cada uma ser algo em que, no contexto, eu possa pensar, e pensar de maneira correta: isso está dentro de meu poder de escolha; isso é algo que eu posso fazer (PETTIT, 2008, p. 104-105).

Adotar o conceito de liberdade negativa implicaria interpretar a noção de “controle alheio” como envolvendo tão somente a ideia de interferência. A perspectiva neorrepublicana contradiz essa interpretação. Ela parte do seguinte juízo moral fundamental: se há alguma instância paradigmática de controle alheio (e, portanto, de restrição de liberdade), essa será encontrada na oposição caracteristicamente republicana entre liberdade e escravidão (PETTIT, 1997, p. 31; SKINNER, 1998, p. 36). A classificação que se encontra no *Digesto* é sugestiva nesse

global desse processo histórico, compará-lo com a história do surgimento e da popularização da noção liberal de liberdade tal como ela é narrada pelos autores neorrepublicanos (a começar pelo papel de Thomas Hobbes como quem primeiro articulou o conceito negativo de liberdade “em oposição consciente à [...] noção republicana” (SKINNER, 2015, p. xiv; cf. SKINNER, 1998, p. 4-10, 2002, p. 247, 2012, p. 129).

sentido: ser escravo é justamente uma forma de ser *alieni iuris*, ou seja, “sujeito à jurisdição de outros”; enquanto ser livre é ser *sui iuris*, ou seja, “sujeito à sua própria jurisdição” (SKINNER, 1998, p. 40). Isso revela uma primeira característica da liberdade neorrepública: a de que ela, diferentemente da liberdade como não interferência, centra-se em *peçoas* (e o status que se atribui a elas), e não em escolhas.¹¹⁰ Tal ideia está presente em um dos slogans republicanos identificados por Skinner (2010, p. 98), qual seja, o de que “é possível agir livremente se e somente se você é um homem livre”.

Consequentemente, a ideia neorrepública de liberdade foge da estrutura triádica mobilizada pela liberdade negativa (ver p. 95 acima), o que pode ser considerado sua segunda característica. É necessário dar lugar à noção de um “status”:

O quadro completo exigido para a liberdade deveria especificar quatro variáveis, e não três. O agente *X* é livre perante o obstáculo *Y* para perseguir a atividade *Z* [...] em virtude do fator *W*. A maior parte das teorias contemporâneas não atribuem qualquer valor particular a *W*, mas aquelas de marca republicana estipulariam que “*W*” faz referência a uma capacidade ou a um estatuto sociais [*social capacity or standing*] (PETTIT, 2007, p. 718, grifo nosso).

Liber e servus são, desse modo, dois estatutos sociais diferentes que importam para aferir se a escolha de um agente é livre perante algum obstáculo para executar ou não uma ação. O primeiro é associado com a liberdade; o segundo, com a não liberdade.

A terceira característica da liberdade neorrepública reside no fato de que ela se baseia na ideia de “não dominação”. Esse aspecto torna-se aparente pela análise do que significa, na prática, possuir o status de escravo, estando sujeito a um mestre. Trata-se, segundo os neorrepúblicos, de uma relação “essencialmente caracterizada pela dominação, e não pela interferência efetiva”, pois “mesmo se o mestre do escravo se demonstra inteiramente benigno e permissivo, ele ou ela continua a dominar o escravo” (PETTIT, 1997, p. 32):

Dominação, como eu a entendo [...], é exemplificada pela relação do mestre com o escravo ou do mestre com o servo. Tal relação significa, no limite, que a parte dominante pode interferir de forma arbitrária nas escolhas do dominado [...]. Eu posso ser dominado por outro — por exemplo, para ir ao caso extremo, eu posso ser o escravo de outro — sem de fato sofrer interferência em qualquer uma de minhas escolhas. Pode simplesmente acontecer de meu mestre ter uma disposição amável e avessa à interferência. Ou pode simplesmente acontecer de eu ser astuto e bajulador o suficiente para poder me safar e fazer tudo o que eu quiser. [Apesar disso,] [e]u sofro dominação na medida em que eu tenho um mestre; eu gozo de não interferência na medida em que meu mestre não interfere (PETTIT, 1997, p. 22-23).

¹¹⁰ Além disso, ela se preocupa, segundo Pettit (1997, p. 66), com a liberdade de pessoas na companhia de outras pessoas. Ela é, assim, uma visão sobre a “liberdade civil” e não sobre a “liberdade natural”, igualmente concebível para seres humanos em isolamento (a perspectiva adotada pela liberdade como não interferência).

Para Pettit (1997, p. 52), um agente *A* domina um agente *B* se e somente se *A* tem (i) a capacidade de interferir (ii) de forma arbitrária (iii) em certas escolhas que *B* está em posição de fazer. É conveniente, nesse ponto da discussão, detalhar cada um desses elementos.

A ideia de “interferir” em (i) é a mesma analisada anteriormente ao se explorar a liberdade negativa (ver p. 96 acima). No entanto, qualifica-se tal interferência pelo elemento da “capacidade”, o que significa que não é necessário que *A* interfira *de fato* em *B*: basta que ele possua a capacidade para tanto (PETTIT, 1997, p. 79). Além disso, essa capacidade deve ser “arbitrária”, segundo o item (ii), o que significa que o exercício ou não da interferência em questão está sujeito somente ao *arbitrium* de *A*, isto é, à sua decisão ou juízo, sem que haja qualquer tipo de controle por parte de *B* ou algum mecanismo exigindo que seus interesses relevantes¹¹¹ sejam levados em conta (PETTIT, 1997, p. 55). Esse caráter “arbitrário” pode ser maior ou menor, de acordo com as dificuldades, os custos e a efetividade dos meios que *A* possui para exercer a sua capacidade de interferir nas escolhas de *B* (PETTIT, 1997, p. 57), fatores que tornam a dominação mais ou menos “intensa”. Mas ela também pode ser mais ou menos “extensa”, o que conduz o raciocínio ao item (iii): para que haja dominação, exige-se apenas que algumas, e não todas as escolhas de *B* estejam subordinadas ao poder arbitrário de interferir de *A*. Uma dominação mais ou menos extensa dependerá do número de domínios de escolha em questão, do período de tempo ao longo do qual tal subordinação se verifica e da centralidade na vida de *B* das escolhas afetadas (PETTIT, 1997, p. 58).

Uma das consequências desse modo de enxergar a liberdade é a sua patente contradição com a chamada “tese da interferência–apenas”, parte constituinte do conceito de liberdade como não interferência. Segundo essa tese, a redução de liberdade somente se verificaria quando há o exercício efetivo de alguma forma de interferência. No entanto, se a existência de dominação necessariamente compromete a liberdade; e se dominação não implica necessariamente interferência, mas a mera *capacidade* de interferência arbitrária; então haverá pelo menos alguns casos de redução da liberdade sem o exercício efetivo de interferência. Pettit (2009, p. 44) aponta dois casos em que isso acontece:

Formas de dominação sem interferência:

- **Vigilância:** *A* domina *B* quanto a uma escolha entre *x*, *y* e *z* sem interferir se (i) *A* tem o poder arbitrário de interferir na escolha de *B*; se (ii) *A* intencionalmente monitora o que *B* faz ou dá sinais de fazer; e se (iii) *A* se mostra disposto a

¹¹¹ Os interesses relevantes são aqueles “que são compartilhados em comum com outros, não aqueles que me tratam como excepcional” (PETTIT, 1997, p. 55). Em outras palavras, trata-se da distinção entre o “interesse comum” e os “interesses faccionais”, temas frequentemente presentes na tradição republicana.

interferir na escolha de *B* se e somente se *B* decide agir de maneira contrária ao seu arbítrio.

- Exemplo: *A* deseja que *B* escolha *x*; *B* delibera e escolhe *y*; *A* não interfere em *B*; apesar disso, *B* só pôde escolher *y* em razão da boa vontade de *A*; logo, *A* domina *B* e sua liberdade é reduzida, embora não tenha ocorrido interferência (PETTIT, 2012, p. 61).
- Intimidação: *A* domina *B* quanto a uma escolha entre *x*, *y* e *z* sem interferir se (i) *A* vigia *B* (respeitando as condições do item acima); se (ii) *B* tem ciência de que *A* o vigia; e se (iii) *B* responde com “autocensura” ou “autoinsinuação”.
 - Exemplo 1 (“autocensura”): *A* deseja que *B* não escolha *x*; supondo que *B* não deseja sofrer a interferência de *A*, *B* decide evitar *x* (PETTIT, 2009, p. 45).
 - Exemplo 2 (“autoinsinuação”): *A* deseja que *B* escolha *x*; supondo que *B* não deseja sofrer a interferência de *A*, *B* bajula *A* com o objetivo de mudar o seu gosto ou o seu juízo (PETTIT, 2009, p. 45).

Essa lista e os comentários que a precedem deixam claro um quarto e último ponto importante do conceito neorrepublicano de liberdade em comparação à liberdade negativa: sua *robustez*. Seu enfoque em “pessoas” (primeira característica), sua estrutura quaternária envolvendo o “status” dos indivíduos (segunda característica) e a ideia de não dominação como a ausência de “capacidade” de interferir de forma arbitrária (terceira característica) têm como plano de fundo a ideia de que um agente deve ser livre em “uma gama de mundos juridicamente permissíveis e socialmente possíveis” (LIST, 2006, p. 202). Em outras palavras:

Você poderia gozar de não interferência no mundo de fato [*actual world*] em razão de uma contingência bastante precária: digamos, porque acontece de certos indivíduos poderosos terem certa simpatia por você, ou acontece de você ser capaz de se manter fora do caminho de tais indivíduos ou de se insinuar a eles. Nesse sentido, você poderia gozar de não interferência no mundo de fato, mas não gozar dela com qualquer grau de segurança contra os poderosos: não gozar dela robustamente ou resilientemente. Veja essa ou aquela condição variar — veja você se tornar menos simpático, menos sortudo ou menos astuto — e imediatamente interferência, em particular interferência de forma arbitrária, se segue: os poderosos começam a coagir você de qualquer uma dentre as variadas maneiras. Você goza de não interferência dos poderosos no mundo de fato [*actual world*], como poderíamos dizer, mas você não goza dela em uma gama de mundos prontamente acessíveis — uma gama de mundos possíveis vizinhos —, onde essa ou aquela condição contingente varia; você não goza dela resilientemente. ¶ Enquanto o ideal da não interferência envolve essa contingência embutida nele, o ideal da não dominação a evita (PETTIT, 1997, p. 24).

Considerando dois agentes *A* e *B*, bem como um domínio de escolha de *B* envolvendo as opções *x*, *y* e *z*, promover a liberdade como não dominação equivale a minimizar o resultado da

mesma soma de probabilidades utilizadas no caso da liberdade negativa (ver p. 98 acima), mas adicionando agora a importante variável do “arbítrio” de *A*. Em outras palavras, “[n]ão é suficiente gozar de não interferência em uma gama de mundos em que [somente] a *sua* preferência ou vontade muda, você também tem de gozar de não interferência em uma gama de mundos em que há mudanças também nas preferências ou vontades de *outros agentes* sobre o que você deveria fazer” (PETTIT, 2012, p. 67, grifo nosso). Sendo assim, assumindo um cenário extremamente simplificado em que há (i) uma relação entre apenas duas pessoas *A* e *B* e (ii) apenas dois perfis possíveis para o “arbítrio” de *A* (ou bem *A* é benevolente em relação a *B*, ou bem *A* é hostil em relação a *B*), o nível de liberdade como não dominação de que goza *B* pode ser representado da seguinte maneira (PETTIT, 2012, p. 67-68):

$$\begin{aligned} & \{[probabilidade \times (interferência, se B escolhe x e A é benevolente)] \\ & + [probabilidade \times (interferência, se B escolhe x e A é hostil)] \\ & + [probabilidade \times (interferência, se B escolhe y e A é benevolente)] \\ & + [probabilidade \times (interferência, se B escolhe y e A é hostil)] \\ & + [probabilidade \times (interferência, se B escolhe z e A é benevolente)] \\ & + [probabilidade \times (interferência, se B escolhe z e A é hostil)]\}.^{112} \end{aligned}$$

Nesta representação, cada linha faz referência a um “mundo possível”. Considerando todos esses cenários (que abrangem não somente as escolhas possíveis de *B*, mas também a variável do arbítrio de *A*), quanto menor a soma das probabilidades de interferência de *A* nas escolhas de *B*, mais *robusta* é a liberdade como não dominação de que goza *B*. Em contraste, a representação da liberdade como não interferência (ver p. 98 acima) abrange menos cenários, na medida em que desconsidera a variável do arbítrio de *A* (se ele é hostil ou benevolente em relação a *B*). Assim fazendo, os partidários da liberdade como não interferência admitem considerar *moralmente irrelevante* a “capacidade de poder arbitrário” de *A* para averiguar quão livre é *B*. Para eles, basta que as probabilidades de interferência sejam minimizadas em alguns poucos cenários que dependem tão somente de fatores relacionados aos desejos e às opções de

¹¹² Evidentemente, um agente *A* pode assumir diversas posturas em relação a outro agente *B*. Para além de “hostil” ou “benevolente”, *A* pode ser, por exemplo, “leal” ou “desleal”, “tolerante” ou “intolerante”, “cruel” ou “misericordioso”, “amigo” ou “inimigo” e assim por diante. Do mesmo modo, um agente *B* pode ser menos simpático, menos astuto, menos rico etc. — características, estas, que afetam sua capacidade de ter sucesso ao bajular *A* a fim de mudar seus gostos e desejos. O que importa para a liberdade neorrepública é que *B* goze de não interferência *em todos esses cenários*. O agente *B*, nesse sentido, deve gozar de uma liberdade *robusta*, ou seja, protegida em todos os “mundos prontamente possíveis” no que toca ao arbítrio de *A*. Sua liberdade não pode depender de alguns poucos cenários específicos (cenários, por exemplo, em que *A* é benevolente). Portanto, a soma de probabilidades apresentada deveria também incluir, para ser completa, vários outros cenários para além de “*A* é hostil” e “*A* é benevolente”. Essa é uma simplificação útil, no entanto, para os propósitos de comparação entre a liberdade como não dominação e a liberdade como não interferência.

B, mesmo que isso venha às custas de se sujeitar a um poder arbitrário, isto é, de se sujeitar a alguém que tem a capacidade de interferir em *B* conforme lhe aprouver. Conseqüentemente, a concepção de liberdade negativa é necessariamente menos robusta do que a noção de liberdade como não dominação.

Para os neorrepublicanos, minimizar a conta da dominação que certo agente sofre exige reduzir a capacidade arbitrária de interferência detida pelos agentes em geral, forçando que formas de interferência rastreiem as ideias e interesses relevantes das pessoas. Segundo Pettit, há duas classes gerais de restrições de que se pode lançar mão para tanto. Primeiro, pode-se impor *precondições à ação*, de modo a tornar a interferência arbitrária mais difícil: essas servem como “filtros” (PETTIT, 1997, p. 58), como no caso de regras jurídicas que impõem certas condições de validade a contratos celebrados entre as pessoas. Segundo, pode-se impor *consequências à ação* a fim de expor e desencorajar atos arbitrários de interferência: essas servem como “penalidades” (PETTIT, 1997, p. 58), como no caso de regras jurídicas que estabelecem sanções para danos corporais, trabalhos forçados e assédio moral e sexual (para pegar exemplos extremos de interferência).

Ambas as estratégias citadas, entretanto, representam a remoção ou a substituição de opções, ou seja, formas de interferência (ver p. 96 acima). Tal fato não é algo a ser lamentado por neorrepublicanos, uma vez que a mera interferência não é um problema para o seu conceito de liberdade. A imposição de “filtros” e de “penalidades”, no entanto, deve ser feita de tal modo que eles próprios não acabem por constituir uma relação de dominação. Um mau filtro seria, por exemplo, concentrar todos os recursos de interferência em uma só pessoa ou grupo de pessoas, a quem caberia então estabelecer os filtros e as punições conforme a sua vontade.¹¹³ Volto a esse assunto no capítulo 4.

3.3.2 *Algumas implicações da liberdade como não dominação para o direito*

Como visto na última seção, a liberdade neorrepublicana é comprometida se e somente se há dominação, entendida como a capacidade de um agente de interferir de forma arbitrária em certas escolhas de outro agente. Disso, derivou-se a seguinte tese, que serve ao neorrepublicanismo para refutar a “tese da interferência–apenas” (ver p. 98 acima):

¹¹³ Pode-se pensar que isso implica em um regresso ao infinito, o que, adicionadas outras premissas, é justamente o argumento de Thomas Hobbes (ver p. 61 acima).

Tese da dominação sem interferência:

Não é verdade que se há dominação, então há interferência.

No entanto, nada se disse a respeito de outra tese, também derivada no conceito de liberdade como não dominação. Dado que a noção de interferência não exige a existência de um poder arbitrário para interferir, pode-se avançar a seguinte proposição:

Tese da interferência sem dominação:

Não é verdade que se há interferência, então há dominação.

Esse é um poderoso instrumento que o neorrepblicanismo tem em mãos para refutar o que se chamou de “tese da interferência–sempre”, subproduto do conceito de liberdade como não interferência (ver p. 98 acima). Como se pôde verificar, tal tese — segundo a qual todo ato de interferência conta como uma violação de liberdade — ao fim e ao cabo tinha como consequência que todo sistema jurídico é criticável nos termos da liberdade como não interferência (pressupondo que todo sistema jurídico conta como um agente interferente). Além disso, uma vez adicionada a “tese da interferência–apenas”, verificou-se que só se poderia justificar a existência de um sistema jurídico a partir do valor da liberdade por meio de uma lógica de “compensação”, admitindo interferência do direito apenas na medida em que ela reduz outras formas mais graves de interferência. Como resultado, o valor (pautado na liberdade) de um sistema jurídico seria contingente às circunstâncias de cada caso.

As implicações para o direito são muito diferentes no caso do neorrepblicanismo. Dado que ele traz em si uma objeção tão somente à dominação, e não à interferência, ele não precisa afirmar que um sistema jurídico necessariamente reduz a liberdade, pois o direito, em virtude de seus traços constitutivos, não é necessariamente dominador,¹¹⁴ ainda que possa ser necessariamente interferente. Em outras palavras, se há um sistema jurídico em vigor, então há interferência; mas não há necessariamente dominação; logo, não é verdade que, se há um sistema jurídico, então a liberdade é em algum grau comprometida. A existência de um sistema jurídico não necessariamente reduz a liberdade republicana.

Isso abre espaço lógico para que se justifique a existência do direito tão somente com base na maximização da liberdade neorrepblicana — e de maneira mais direta, isto é, como um agente que verdadeiramente promove a não dominação (não em função de uma compensação). A mera existência desse espaço lógico, todavia, não significa que tal tese é verdadeira. É

¹¹⁴ Autores como Thomas Hobbes discordam dessa afirmação. Daí, surge o problema do “paradoxo do Estado de Direito” e suas implicações moralmente indesejáveis para os defensores da liberdade como não dominação. Ver seção 2.2.1, item (v), acima.

preciso verificar se há algo na liberdade como não dominação que requeira a vigência de um sistema jurídico.

O paralelo com o caso da democracia é ilustrativo nesse contexto. Na seção 3.2.2, verificou-se que, entre os autores que adotam a liberdade liberal, é comum a afirmação de que não há conexão necessária entre liberdade e democracia, pois um déspota esclarecido poderia, em princípio, exercer comparativamente menos interferência sobre os indivíduos. Segundo uma visão neorrepblicana, entretanto, uma conexão bastante estreita se verifica entre liberdade e democracia. *Grosso modo*, a “liberdade” sob um déspota esclarecido é dependente de seu arbítrio: os indivíduos agem como desejam não em função de seu status enquanto cidadãos, mas em função da boa vontade de seu governante, que, para o alívio de seus súditos, calha ser “esclarecido”, muito embora tenha permanentemente a capacidade de interferir na vida deles a seu bel-prazer. Já em um regime democrático, tal poder arbitrário não existe, uma vez que os cidadãos que sofrem a interferência do governo controlam, em último grau, o próprio governo.

O argumento neorrepblicano em favor do direito é parecido. Um indivíduo, segundo essa perspectiva, só goza de liberdade se essa liberdade é garantida de modo robusto, isto é, não apenas nas circunstâncias que de fato se verificam, mas em uma gama de mundos possíveis. Desse modo, um indivíduo só será livre se suas ações gozarem de proteção em função de seu status e não de fatores contingentes. Esse status é justamente o de cidadão. Outra maneira de apresentar esse ponto é por meio do slogan republicano segundo o qual “é possível viver e agir como um homem livre se e somente se você viver em um Estado livre” (SKINNER, 2010, p. 99), ou então reafirmando a tese amplamente compartilhada pelos autores republicanos de que “qualquer compreensão do que significa para um cidadão individual possuir ou perder a sua liberdade deve ser incorporada a uma noção do que significa para uma *associação civil* ser livre” (SKINNER, 1998, p. 23, grifo nosso). Por isso, para que haja liberdade, certas instituições específicas são necessárias: “Eu não posso escapar da dominação sem a presença de instituições protetivas”, escreve Pettit (1997, p. 72).

Sistemas jurídicos podem participar desse aparato institucional exigido pelo neorrepblicanismo de várias maneiras. Em primeiro lugar, deve-se verificar a plausibilidade de que, ao impor condições e consequências (por mais fracas que sejam) a certas ações de certos agentes que, de outra maneira, teriam poder arbitrário pleno para interferir, um sistema jurídico por si só já seria um meio *suficiente* para promover, em algum grau (mesmo que infinitesimal), a

liberdade como não dominação.¹¹⁵ Tal argumento, que pode ser chamado de argumento do “germe da não dominação”,¹¹⁶ pode ser estruturado da seguinte maneira:

O argumento do germe da não dominação:

- (1) O direito necessariamente torna certos padrões de conduta vinculantes.
- (2) Esses padrões vinculantes de conduta necessariamente respeitam, em algum grau, $P_1, P_2, P_3, \dots, P_n$.¹¹⁷
- (3) Esses padrões de conduta obrigatórios (por respeitarem, em algum grau, $P_1, P_2, P_3, \dots, P_n$) impõem certas condições à interferência arbitrária de pelo menos alguns agentes em algumas circunstâncias.¹¹⁸
- (4) Em tais circunstâncias, tais agentes terão a sua capacidade de interferência em algum grau reduzida.
- (5) Logo, a mera existência de um sistema jurídico é suficiente para reduzir, em algum grau, a dominação.

Há, entretanto, uma forte objeção a essa conclusão. Em termos gerais, trata-se da ideia de que a mera existência de um sistema jurídico é compatível com grandes imoralidades. Essa é a objeção da “lei injusta” ou, no caso do neorrepblicanismo, do “direito dominador”: “[O] fato de que [certos agentes] estão sob uma obrigação jurídica de interferir de modo arbitrário é consistente com eles terem a capacidade de interferir desse modo [arbitrário]” (PETTIT, 1997, p. 65). Pense no caso da escravidão juridicamente institucionalizada. Que tipo de não dominação pode advir do mero fato de a escravidão ser instituída por um sistema jurídico? A objeção do direito dominador, nesse sentido, pode tomar duas formas. Por um lado, ela pode simplesmente querer dizer que é possível que dado sistema jurídico introduza *mais* dominação do que o nível (o “germe”) de dominação que ele necessariamente reduz. Essa afirmação é verdadeira, mas ela não ataca diretamente o argumento em questão. Ao contrário, ela assume que um

¹¹⁵ Ressalte-se que essa afirmação (de que o direito é um meio suficiente para promover, *em algum grau*, a liberdade) difere da tese segundo a qual a mera existência de um sistema jurídico é suficiente para *maximizar* a liberdade como não dominação. Esta segunda proposição é certamente falsa, pois a mera existência de um sistema jurídico pode não somente permitir, como introduzir largas doses de dominação (basta imaginar um sistema em que há poucos freios constitucionais à ação dos oficiais, ou um sistema que protege relações de escravidão).

¹¹⁶ Inspiro-me aqui no polêmico argumento mobilizado por H. L. A. Hart (1983c, p. 81, 2012, p. 206). Em tais passagens, Hart afirma que há, em qualquer sistema jurídico, um “germe de justiça”, pois normas jurídicas necessariamente apresentam um grau mínimo de generalidade. Tive a oportunidade de discutir esse tema em MACHADO, 2017.

¹¹⁷ Neste ponto intervém a tese (fundamentalmente inspirada em Lon Fuller) segundo a qual um mínimo de respeito às exigências do Estado de Direito é necessário para a própria existência e eficácia de um sistema jurídico. Ver seção 2.2.2, item (x), acima.

¹¹⁸ Pressupõe-se, aqui, que o argumento neorrepblicano em favor do Estado de Direito é verdadeiro, isto é, que cumprir com as exigências do ideal da legalidade resulta de fato em uma redução de dominação.

mínimo de não dominação é, sim, um ganho necessário trazido pelo direito, mas que esse ganho seria derrotado pelo grande nível de dominação que ele introduz. Por outro lado, a objeção pode-se apresentar de maneira mais forte. O fato de ser um *sistema jurídico* a introduzir relações de dominação não traria, nessa segunda versão, qualquer ganho em termos de não dominação; mas, sim, uma dominação *extra*, pois agora as relações de *dominium* (a escravidão, por exemplo) seriam ainda mais eficientes.¹¹⁹

Seja qual for a resposta a essa objeção,¹²⁰ essa “promoção mínima”, esse “germe de não dominação” não é a única relação, muito menos a mais importante, que pode haver entre a liberdade neorrepblicana e o direito. Há, em segundo lugar, a interessante tese de que o direito é, por si só, um meio *necessário* para que haja, em qualquer grau, liberdade como não dominação. A razão para tanto repousa no fato de a cidadania ser um status concebível somente quando há um sistema jurídico em vigor. É esse o caminho tomado por Pettit (1997, p. 36):

A liberdade é um status que existe, por necessidade, somente sob um regime adequado de direito: tal como um comentador da tradição republicana diz, “a principal característica da *civitas* é o Estado de Direito” (VIROLI, 1991, p. 149). Mas cidadania e liberdade são representadas como equivalentes uma em relação à outra por todos os republicanos [...]. E, assim, a liberdade é vista na tradição republicana como um status que existe apenas sob um regime jurídico adequado. Assim como as leis criam a autoridade de que os governantes gozam, elas também criam a liberdade que os cidadãos compartilham.

Ora, se só é possível ser um cidadão — e, portanto, ser livre no sentido neorrepblicano — sob a égide de um sistema jurídico, um caminho promissor se abre para um argumento em favor do Estado de Direito fundado na liberdade como não dominação. Esse será o assunto do quarto e último capítulo desta dissertação.

¹¹⁹ Essa objeção pressupõe a tese segundo a qual o direito, em virtude de suas características constitutivas $D_1, D_2, D_3, \dots, D_n$, é um meio mais eficiente do que outros meios comparáveis para a promoção de qualquer objetivo O a que ele sirva (mesmo se O for imoral).

¹²⁰ Ela é discutida, em seguida, no capítulo 4.

4 A DEFESA NEORREPUBLICANA DO ESTADO DE DIREITO

A hipótese de que há algo peculiar ao neorrepblicanismo com implicações distintas para o modo como se compreende o Estado de Direito foi o que permeou, de forma mais ou menos explícita, toda a discussão feita até aqui. Como escreve Philip Pettit (1997, p. 172, grifo nosso), os “princípios republicanos [...] endossam ideais institucionais estabelecidos, como o Estado de Direito, a separação de poderes e a *accountability* democrática, mas eles apoiam tais ideais sobre um fundamento *distintivo* e, às vezes, oferecem algumas reformulações bastante heterodoxas de seu conteúdo”. Enfim é momento de verificar quais reformulações o neorrepblicanismo opera na justificação do ideal de um “império de leis e não de indivíduos”.

Na primeira seção do capítulo anterior (ver p. 86 acima), foi delineada uma “estrutura fundamental” da justificação moral do Estado de Direito, constituída pelo seguintes elementos:

- Um “aparato conceitual subjacente” ao Estado de Direito (contendo, sobretudo, um conceito de direito e seus traços constitutivos D_1, \dots, D_n), que fornece o significado dos termos mobilizados pelas outras variáveis;
- Os “princípios da legalidade” ($P_1, P_2, P_3, \dots, P_n$), que especificam a “intuição moral fundamental” do Estado de Direito (a ideia de um “império de leis e não de indivíduos”);¹²¹
- O “campo de aplicação” de tais princípios (as circunstâncias $c_1, c_2, c_3, \dots, c_n$ às quais P_1, \dots, P_n aplicam-se); e
- As “preocupações morais subjacentes” ao Estado de Direito (as razões α, β, γ etc.), que afirmam que, e especificam por que, é moralmente bom ou certo conformar-se aos “princípios da legalidade”.

Após elaborar esse “esqueleto” para o argumento, a justificação neorrepblicana do Estado de Direito recebeu uma primeira formulação geral (ver p. 89 acima). Assumindo que a liberdade é um bem a ser promovido e que ela deve ser entendida como não dominação (conceito que foi discutido nas últimas duas seções do capítulo 3), a justificação neorrepblicana sustenta que uma das “preocupações morais subjacentes” ao Estado de Direito é a de que *é moralmente bom conformar-se a $P_1, P_2, P_3, \dots, P_n$, porque respeitar tais princípios da legalidade promove a liberdade como não dominação*. Com isso, começa-se a preencher de conteúdo a “estrutura fundamental” delineada.

¹²¹ A “intuição moral fundamental” do Estado de Direito já foi analisada na seção 1.1. Na seção 4.1 abaixo teço alguns comentários adicionais.

A fim de encaixá-la na estrutura do argumento exposta acima, tome a promoção da liberdade neorrepublicana como sendo a “razão α ”. Que efeitos essa razão α , fundada no neorrepublicanismo, traz para as outras variáveis da estrutura? Na medida em que este capítulo tenta especificar, a partir da promoção da liberdade neorrepublicana, outros elementos em aberto da justificação da legalidade, ele procura também responder às questões levantadas no capítulo 2. Sendo assim, ele está dividido em duas partes. Abro a discussão, na seção 4.1, com um resumo das principais comparações e argumentos presentes em uma concepção neorrepublicana da legalidade. Em um segundo momento, na seção 4.2, passo ao modo como esses argumentos fornecem elementos importantes para responder às questões normativas e institucionais acerca da legalidade.

Espero obter, com isso, o esboço de uma concepção neorrepublicana do Estado de Direito. Terá sucesso essa empreitada¹²² se (a) ao menos alguns dos princípios mais centrais do Estado de Direito forem explicados com fundamento na liberdade como não dominação; se (b) ao menos alguns dos problemas persistentes explorados no capítulo 2 forem resolvidos; e se (c) as respostas dadas a (a) e (b) pela justificação neorrepublicana do Estado de Direito forem superiores (adequando-se melhor aos nossos juízos ponderados após a reflexão) àquelas dadas pela justificação liberal. Segundo esta última, é moralmente bom conformar-se a $P_1, P_2, P_3, \dots, P_n$, porque respeitar tais princípios da legalidade promove a liberdade como não interferência.¹²³

Muitas limitações circunscrevem esse empreendimento. Em primeiro lugar, optei por não abordar diretamente as questões metodológicas,¹²⁴ porquanto extremamente intrincadas. Em segundo lugar, algumas questões, entre as que serão abordadas (as normativas e as institucionais), receberão como resposta somente algumas pistas para investigações futuras. O terceiro obstáculo, enfim, é a ausência de um tratamento explícito dessas questões na literatura neorrepublicana, razão pela qual minha análise envolverá necessariamente um esforço exegético — o qual será baseado, neste capítulo, sobre os trabalhos de Philip Pettit (1997, esp. cap. 6), Frank Lovett (2016, esp. cap. 4) e Christian List (2006).

¹²² Esses critérios são apresentados na [Introdução](#), p. 31 acima.

¹²³ Esse argumento é formulado na p. 91 acima

¹²⁴ As questões metodológicas sobre o Estado de Direito são exploradas na seção 2.1 acima.

4.1 Em direção a uma concepção neorrepública do Estado de Direito

4.1.1 O lugar do ideal do Estado de Direito na filosofia neorrepública

Uma concepção do Estado de Direito fracassa se não fizer qualquer diferença prática.¹²⁵ Uma das maneiras pelas quais se pode desobedecer a tal critério é encarar o ideal do Estado de Direito como sendo equivalente ao bem enquanto tal. Afinal, como sustenta Joseph Raz (1979, p. 211), “[n]ós não precisamos ser convertidos ao Estado de Direito apenas para descobrir que acreditar nele é acreditar que o bem deve triunfar”. Isso é o que chamei de problema do “ideal total”.¹²⁶ O neorrepública, no entanto, não cai nessa armadilha. O Estado de Direito não faz todo o trabalho que há de ser feito para realizar a liberdade como não dominação. Nesse sentido, Pettit (1997, p. 176) afirma que “[p]odemos conceder, é claro, que a exigência de que o governo aja de acordo com o direito pode não ser suficiente para proteger-se de poder arbitrário; [...]. A questão é saber se a exigência é útil em alguma medida, não se ela é completamente efetiva [...]”

Às vezes, dá-se a entender que o problema do “ideal total” é uma forma de objeção à assimilação não entre o Estado de Direito e o bem enquanto tal, mas entre o Estado de Direito e o ideal do “bom direito”. Raz (1979, p. 211), nesse sentido, argumenta que “[s]e o Estado de Direito é o governo do bom direito, então explicar a sua natureza é propor uma filosofia social completa”. O neorrepública, porém, nega tanto o antecedente quanto o conseqüente dessa proposição. Quanto ao conseqüente, ele mantém que uma filosofia social completa deve ir além da mera articulação dos ideais que se aplicam ao direito: ela também deve se preocupar, por exemplo, com as virtudes que indivíduos devem possuir em uma república (PETTIT, 1997, esp. cap. 8; ROSLER, 2016, esp. cap. 2). Quanto ao antecedente, o neorrepública não faz tal assimilação. Para ele, “[o] bom direito é o direito que promove a não dominação no total [*overall non-domination*]” (PETTIT, 1997, p. 182), ao passo que o Estado de Direito é apenas *um* dos instrumentos pelos quais se controla *um* dos tipos possíveis de dominação.

Em uma sociedade política, pode haver duas espécies de dominação: uma exercida pelo poder privado, outra pelo poder público (PETTIT, 2010, p. 52). No jargão neorrepública utilizado por Pettit, a primeira é comumente chamada de *dominium*, isto é, a capacidade que indivíduos possuem de interferir de forma arbitrária uns na vida dos outros. A segunda é caracterizada como *imperium*, isto é, a capacidade que o poder público (o Estado, o governo, o

¹²⁵ Para o critério da diferença prática, ver p. 33 acima.

¹²⁶ Para a formulação do problema do “ideal total”, ver p. 65 acima.

direito, as autoridades etc.) tem de interferir arbitrariamente na vida dos cidadãos (PETTIT, 1997, p. 12-13; ver SILVA, 2008, p. 184).

As duas formas de dominação estão relacionadas. A fim de eliminar o *dominium* presente em uma sociedade, deve-se constituir um poder público¹²⁷ para perseguir certos *objetivos* que servem ao ideal da liberdade como não dominação. Para Pettit (1997, esp. cap. 5), isso exige instituições que promovam políticas de proteção interna e externa, de independência socioeconômica para todos os cidadãos, de prosperidade econômica etc., além do patrocínio de causas de caráter ambientalista, feminista, socialista e multiculturalista. Pode ser deixada de lado a maneira exata pela qual o neorrepblicanismo secunda todas essas políticas e causas. Mais importante para esta dissertação é o fato de que, para que esse poder público não seja ele próprio uma fonte de dominação, ele deve, na persecução de seus fins republicanos, assumir certa *forma* republicana:

O Estado republicano não deve meramente procurar combater os efeitos do *dominium* originando [ele próprio] dominação; ele deve também proteger contra a dominação que pode estar associada com o *imperium* do governo; ele deve estar preocupado com aquilo que o Estado é, bem como com aquilo que ele faz: com as formas, bem como com os objetivos do Estado (PETTIT, 1997, p. 276).¹²⁸

Agora, com respeito a essas modalidades de dominação, qual é a relação entre o ideal do “bom direito” e o ideal do Estado de Direito? O “bom direito” é bom em ambos os sentidos citados acima: “Boas leis podem aliviar as pessoas da dominação — podem protegê-las [...] do *dominium* daqueles que, de outra maneira, teriam poder arbitrário sobre elas — sem elas próprias introduzirem qualquer força dominante nova: sem introduzirem a dominação que pode acompanhar o *imperium* do governo” (PETTIT, 1997, p. 36). O ideal do Estado de Direito, por sua vez, é tão apenas um dos elementos que constituem o ideal do “bom direito”, visto que ele ataca somente um desses males, o *imperium*. Ele é, portanto, mais limitado, sendo parte necessária, mas insuficiente daquilo que faz leis plenamente boas.

Como, exatamente, a realização do ideal do Estado de Direito pode reduzir o *imperium* em uma sociedade? Discutirei esse ponto na seção 4.1.2. Pode-se adiantar, entretanto, que o cumprimento com o ideal da legalidade reduz *imperium* na medida em que o respeito aos princípios do Estado de Direito “organiz[a] a sociedade de tal maneira que apenas mundos

¹²⁷ Pode-se compreender de que maneira esse poder é “público” a partir da definição de Pettit (1997, p. 165) de “vida pública”: “Quando falo de vida pública, quero dizer a vida da comunidade tal como ela é baseada em assuntos de conhecimento ou crença comum. Algo ocorre na vida pública apenas quando algo de fato ocorre, acredita-se de modo geral que esse algo ocorre, acredita-se de modo geral que se acredita de modo geral que esse algo ocorre — e assim por diante.”

¹²⁸ Philip Pettit (1997, p. 171) ressalva que “[a] distinção entre objetivos e formas não é canônica ou inequívoca, é claro, mas ela dá uma noção justa da mudança de foco envolvida”.

permissíveis [de acordo com as normas jurídicas] sejam socialmente possíveis; e que mundos não permissíveis não o sejam” (LIST, 2006, p. 208).

A forma republicana, todavia, exige elementos que vão além do Estado de Direito. Ao tomar-se a teoria de Philip Pettit como modelo de articulação do ideal neorrepublicano de Estado (ver Figura 1 abaixo), nota-se que o Estado de Direito — o “império do direito” — está subsumido em uma categoria mais abrangente: o “constitucionalismo”. Segundo Pettit (1997, p. 173), trata-se de um conjunto de exigências cujo objetivo é fazer com que o Estado use, tanto quanto possível, instrumentos *não manipuláveis* para perseguir os fins republicanos, de modo que sejam imunes à capacidade arbitrária de interferência detida por quem quer que seja (sobretudo aqueles que elaboram, administram, executam e aplicam as leis). Para além do “império do direito”, outras duas condições devem ser satisfeitas para que o ideal do constitucionalismo seja realizado na prática: primeiro, a condição da “dispersão do poder”, que exige que os poderes detidos pelos oficiais em virtude de um sistema jurídico não se concentrem apenas nas mãos de alguns indivíduos, grupos de indivíduos ou agências (PETTIT, 1997, p. 177); segundo, a condição “contramajoritária”, que visa a assegurar que as leis “não estejam sujeitas a modificações majoritárias excessivamente fáceis” (PETTIT, 1997, p. 180).¹²⁹

Ademais, constata-se que nem mesmo o ideal mais abrangente do constitucionalismo é, segundo Pettit, suficiente para eliminar o poder arbitrário dos agentes públicos. Afinal, mesmo se dado Estado conforma-se perfeitamente às suas exigências, “haverá [ainda assim] locais em que autoridades públicas tomam decisões e exercitam poder” (PETTIT, 1997, p. 200). Esse poder será arbitrário se não rastrear os interesses relevantes dos cidadãos. Por essa razão, outro grupo de condições vem à tona na teoria de Pettit, fundadas na ideia de que os instrumentos utilizados pelo Estado para realizar os objetivos republicanos devem ser *contestáveis*. Em conjunto, elas constituem o ideal de uma “democracia contestatória”, segundo o qual “um governo [*government*] será democrático, um governo [*government*] representará uma forma de governo [*rule*] que é controlada pelo povo, na medida em que as pessoas individual e coletivamente gozam de uma possibilidade permanente de contestar o que o governo [*government*] decide” (PETTIT, 1997, p. 185). Para que esse seja o caso, a tomada de decisões deve ser fundada na deliberação (e não na barganha), operar por meios inclusivos (de modo que todos os cidadãos

¹²⁹ Institucionalmente, a condição da dispersão exige coisas como separação de poderes, bicameralismo, federalismo e assinatura de convenções internacionais, enquanto a condição contramajoritária pede por mecanismos como restrições constitucionais sobre o direito ordinário e uma declaração de direitos entrincheirada na constituição (PETTIT, 1997, p. 177-179, 181).

possam contestar as decisões resultantes) e acontecer em um fórum que seja responsivo (isto é, que dê respostas apropriadas às contestações levantadas).¹³⁰

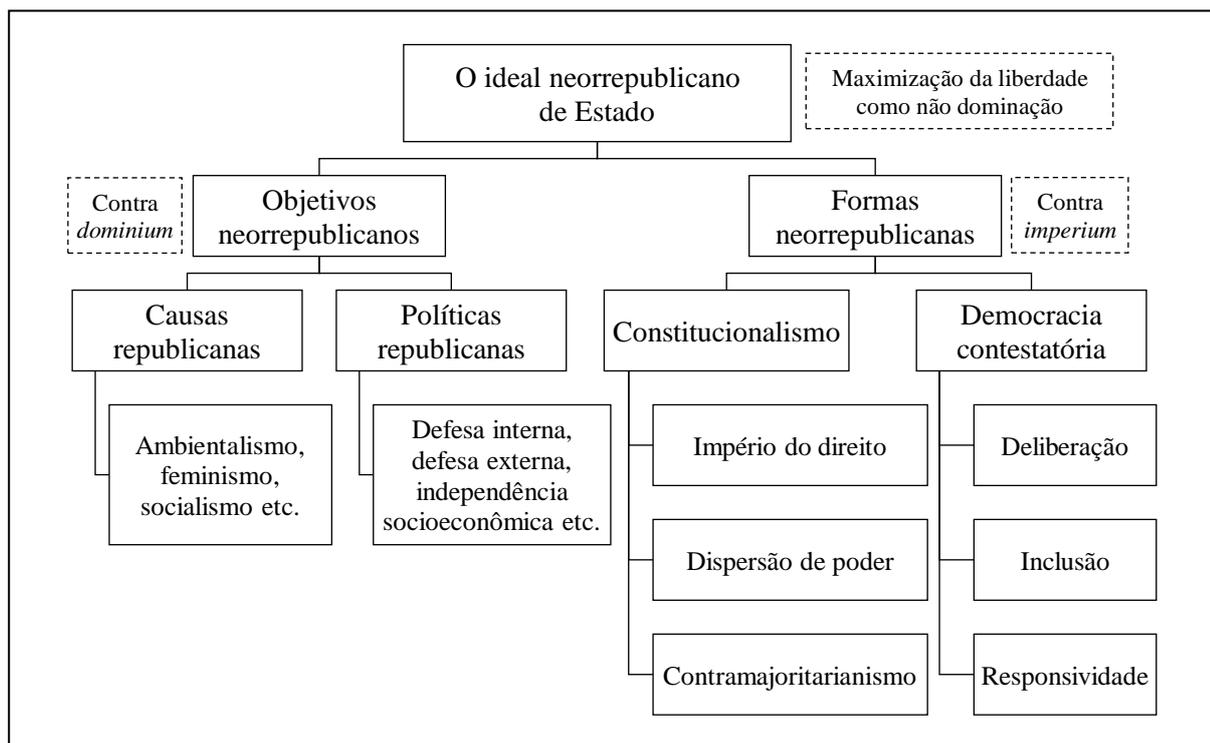


Figura 1 – Componentes do ideal neorrepblicano de Estado segundo Philip Pettit (1997).

Essas considerações, que estabelecem uma espécie de “divisão do trabalho” no interior do ideal da liberdade como não dominação, fornecem importantes elementos para o aparato conceitual subjacente a uma concepção neorrepblicana da legalidade. A partir desse quadro, sabe-se agora: (a) que o Estado de Direito é parte do *modo* republicano pelo qual o direito de um Estado republicano deve perseguir seus objetivos republicanos; e (b) que o ideal da legalidade visa a reduzir o *imperium* (e não o *dominium*) possivelmente presente em um Estado. Essas conclusões têm repercussões significativas para a delimitação do campo de aplicação dos princípios da legalidade. Elas só podem ser justificadas, todavia, com base em uma elaboração mais detalhada das preocupações morais subjacentes ao Estado de Direito neorrepblicano que mostre o que há de tão valioso no modo pelo qual um regime jurídico fundado nos princípios da legalidade faz o que faz.

¹³⁰ Institucionalmente, a democracia contestatória engendra uma série de consequências que não serão exploradas aqui. Para mais, ver PETTIT, 1997, p. 186-200.

4.1.2 Os fundamentos neorrepublicanos do ideal do Estado de Direito: comparações e teses

Frente às observações feitas na seção anterior, é forçoso encarar a intuição moral fundamental de “um império de leis e não de indivíduos” como uma resposta ao problema de como reduzir o poder arbitrário de interferência dos oficiais — o *imperium*. Essa é apenas uma instância mais específica da pergunta: como reduzir a dominação em uma sociedade? Compreender em que consiste exatamente a resposta do Estado de Direito a esses problemas envolve explorar a oposição e a preferência moral contida no lema “império de leis e não de indivíduos” (ver p. 43, 53 acima). Deve-se, primeiro, procurar conhecer e comparar os diferentes cenários que essa intuição abrange; e, segundo, justificar, a partir da liberdade como não dominação, a ordenação de preferências que ele faz desses cenários.

A distinção feita acima entre *dominium* e *imperium* e a correspondente divisão de trabalho entre diferentes exigências que compõem o ideal neorrepublicano de Estado pressupõem a existência de dois movimentos. Em um primeiro momento, constitui-se um poder público capaz de implementar os objetivos republicanos que eliminam o *dominium* entre os cidadãos; em um segundo momento, modifica-se o modo de exercício desse poder público a fim de introduzir formas republicanas que eliminam seu *imperium*. Nesse contexto, o ideal da liberdade como não dominação exige tanto a implementação de um sistema jurídico, na primeira etapa, quanto a conformidade ao ideal do Estado de Direito, na segunda.¹³¹

Decompondo os cenários envolvidos nesses dois movimentos, obtém-se a Tabela 1 abaixo. O primeiro movimento, de implementação de um sistema jurídico, é vertical, partindo da linha inferior (cenário (III)) para chegar à linha superior (cenário (I) ou cenário (II)). Já o segundo movimento, de realização do ideal do Estado de Direito, é horizontal, partindo da coluna à direita (cenário (II)) para chegar à coluna à esquerda (cenário (I)).

	<i>Conformidade ao ideal do Estado de Direito</i>	<i>Descumprimento do ideal do Estado de Direito</i>
<i>Existência de um sistema jurídico</i>	Cenário (I)	Cenário (II)
<i>Inexistência de um sistema jurídico</i>	Cenário impossível	Cenário (III)

Tabela 1 – Comparações relevantes para o ideal do Estado de Direito.

¹³¹ Ressalta-se que a ideia de um processo histórico não está por trás da utilização dos termos “momento”, “etapa” etc. O uso desse vocabulário busca apenas ilustrar a articulação dos conceitos de *dominium*, *imperium*, sistema jurídico e Estado de Direito.

Tal esquema permite analisar mais detidamente os traços constitutivos de cada cenário e as razões para preferir um ou outro estado de coisas. É o que passo a fazer a seguir.

(A) Comparação 1: cenário (III) *versus* cenários (I) ou (II)

O primeiro movimento do argumento neorrepblicano em favor do Estado de Direito pressupõe a pergunta: por que deve haver um sistema jurídico para início de conversa? A resposta neorrepblicana, esboçada no fim da seção 3.3.2, foi a seguinte:

Tese 1. O direito enquanto tal é meio necessário para que haja, em qualquer grau, liberdade como não dominação.

Para justificá-la, o seguinte argumento intervém:

Argumento em favor da Tese 1:

- (1) O ideal da liberdade como não dominação exige que a não interferência de que gozam as pessoas seja robusta.¹³²
- (2) A robustez da liberdade como não dominação exige que se garanta aos indivíduos o status de pessoa livre (o status de cidadão).
- (3) Um sistema jurídico é meio necessário para que se garanta aos indivíduos o status de cidadão.

Conclui-se, a partir disso, que o direito (presente nos cenários (I) e (II)) é um instrumento necessário para que a liberdade como não dominação seja *possível*. Isso implica que, em sua ausência (o que ocorre no cenário (III)), a não dominação é impossível — e, portanto, algum grau de dominação necessariamente se verifica na vida das pessoas. Essas são afirmações fortes. Elas exigem que sejam explicitadas as diferenças relevantes entre cenários em que há direito e cenários em que não há direito e sua relação com a liberdade no sentido neorrepblicano.

O que significa um sistema jurídico estar “ausente”? Os cenários relevantes envolvem a presença de outras “formas” ou “meios de controle social”¹³³ que não o direito. Frank Lovett (2016, p. 103-104) elenca os seguintes exemplos:

(1) *Método da autoridade.* Designe um indivíduo como chefe ou instale uma ordem hierárquica abrangente entre os membros de um grupo. Sempre que houver desacordo quanto ao que deve ser feito, a vontade da pessoa dotada de maior autoridade governa. Se duas partes, em uma disputa, possuem a mesma posição hierárquica, sua disputa é

¹³² Para a noção de “robustez” que caracteriza o conceito de liberdade como não dominação, ver p. 107 acima.

¹³³ Essa expressão “guarda-chuva”, que abrange tanto formas jurídicas quanto não jurídicas de controle social, é de H. L. A. Hart (para seu uso, ver, por exemplo, HART, 2012, p. 39, 92). Para uma análise da maneira pela qual o conceito se coloca em sua obra, ver KRYGIER, 1982.

resolvida por algum superior comum.¹³⁴ ¶ (2) *Método da deliberação*. Encare membros do grupo como iguais. Sempre que houver desacordo quanto ao que deve ser feito, todos se reúnem e debatem os méritos dos diferentes pontos de vista. Depois que a deliberação ocorrer, o consenso (se alcançado) ou a vontade da maioria governa. ¶ (3) *Método da barganha*. Suponha que direitos de propriedade estejam inicialmente instalados. Sempre que houver questões quanto ao que deve ser feito, as partes interessadas engajam-se em um processo de barganha, cada um tendo poder de veto sobre o resultado. Em geral, a preferência da parte disposta a pagar mais determina o resultado [...].

Como Lovett (2016, p. 104) enfatiza, “[a]lguns métodos são melhores para alguns tipos de problemas e de situações, outros são melhores para outros tipos de problemas e de situações”. A própria teoria de Pettit demonstra isso ao enfatizar métodos de deliberação como necessários para realizar o ideal da democracia contestatória em uma república ideal (ver Figura 1 acima). O problema aqui, no entanto, é o de saber por quais meios pode-se assegurar às pessoas o status de cidadão, condição *sine qua non* para que elas gozem de liberdade como não dominação. Uma vez posta essa questão, os três métodos citados por Lovett se revelam inadequados.

O primeiro método, da autoridade, evidentemente falha em assegurar esse status, pois a liberdade de que gozam os indivíduos em tal cenário depende do arbítrio de seu superior hierárquico. O segundo, da deliberação, também fracassa, pois seu modo de proceder é incapaz de formar e manter expectativas robustas de não interferência, dado que “tudo dependeria das voltas e reviravoltas do debate futuro” (LOVETT, 2016, p. 118). Tampouco o terceiro método, da barganha, serve como meio para garantir um status de cidadão livre aos indivíduos, dado que não é suficientemente robusta uma configuração em que um agente *B* cede certos recursos a um agente *A* para, em contrapartida, não sofrer interferência. Tal cenário, afinal, pode ser facilmente perturbado se, por exemplo, *A* obtiver ganhos aleatórios (*windfall gifts*) que o possibilitem dispensar o arranjo celebrado com *B*, ou se *B* passar a não dispor de recursos suficientes

¹³⁴ Essa forma de controle social fundada tão somente em comandos emitidos por autoridades lembra aquilo que Lon Fuller (1969, p. 207) chama de um governo por “gestão administrativa” (*managerial direction*) (uma tradução alternativa para essa expressão é “gestão burocrática” (BARZOTTO, 2014, p. 510)). Para Fuller (1969, p. 207-208), essa forma de controle social distingue-se do direito da seguinte maneira: “As diretivas emitidas em um contexto administrativo são *aplicadas* pelo subordinado a fim de que sirvam um propósito estabelecido pelo seu superior. O cidadão que cumpre a lei, por outro lado, [...] *segue* [as regras jurídicas] na condução de seus próprios negócios [...]. As diretivas de um sistema administrativo regulam, em primeiro lugar, as relações entre o subordinado e seu superior e apenas colateralmente as relações do subordinado com terceiros. As regras de um sistema jurídico, por outro lado, normalmente servem o propósito primário de configurar as relações do cidadão com outros cidadãos e apenas de maneira colateral suas relações com o banco de autoridades do qual as regras procedem. [...]. ¶ Com respeito à exigência de generalidade, isso se torna, em um contexto administrativo, simplesmente uma questão de conveniência. [...] [O] subordinado não tem uma justificativa para reclamar se, em um caso particular, o superior lhe dá a ordem de descumprir os procedimentos prescritos por uma ordem geral. Isso significa, por sua vez, que, em uma gestão administrativa, não há espaço para [...] exigir que as ações do superior conformem-se às regras que ele próprio anunciou [...].”

para manter a disposição benevolente de *A* em relação a si (LOVETT, 2016, p. 118).¹³⁵ Ao menos quando tomadas isoladamente, essas formas de controle social (potencialmente presentes no cenário (III)) poderiam ser classificadas sob a rubrica “império de indivíduos” segundo a intuição moral fundamental do Estado de Direito.

Já cenários em que há um sistema jurídico em vigor (os cenários (I) e (II) da Figura 1) são bem diferentes. Eles são capazes de conferir a robustez de que a liberdade como não dominação precisa. Uma boa maneira de explorar os aspectos salientes desses cenários (e, consequentemente, os traços constitutivos $D_1, D_2, D_3, \dots, D_n$ do direito) é por meio da “genealogia filosófica” (PETTIT, 2019, p. 230) sobre o nascimento de um sistema jurídico que H. L. A. Hart apresenta no quinto capítulo de seu livro *The Concept of Law* (2012).¹³⁶ Nele, Hart parte do cenário de uma sociedade pré-jurídica, sem tribunais nem legislaturas, com apenas regras primárias de obrigação¹³⁷ bastante informais que seriam amparadas por pressões sociais na forma de “uma reação hostil ou crítica difusa e geral” (HART, 2012, p. 86). Em cenários como esse, condições especiais teriam que ser satisfeitas para que uma comunidade pudesse “viver com êxito” (2012, p. 92): ela deveria ser pequena, fixada em um ambiente estável e estreitamente ligada por laços de parentesco, sentimentos e crenças.

Caso consideremos, continua a fábula, quaisquer outras circunstâncias que não essas (uma comunidade pequena, solidária etc.), um regime inteiramente pautado em regras sociais informais mostrar-se-ia “deficiente” (HART, 2012, p. 92). Três dificuldades teriam maior relevo: (1) incerteza (como saber precisamente quais são as regras?); (2) caráter estático (como adaptar as regras a circunstâncias em mutação?); e (3) ineficiência (como determinar, de forma definitiva e dotada de autoridade, a violação ou não dessas regras?). Nesse contexto, “regras secundárias” (regras sobre regras) seriam exigidas para neutralizar tais defeitos: elas

¹³⁵ Creio que é algo parecido com o contraste entre o método da barganha e um sistema jurídico que Pettit tem em mente quando ele afirma que podem-se conceber dois “*designs* sociais” para controlar o poder arbitrário. O primeiro, diz ele, é a estratégia do “poder recíproco”, isto é, a equalização entre as partes dos recursos de interferência, de maneira que um agente possa se defender de modo efetivo e permanente da interferência arbitrária do outro (o principal exemplo são as punições descentralizadas) (PETTIT, 1997, p. 67). Embora essa estratégia possa diminuir a dominação, ela não a elimina, pois as próprias punições são necessariamente “formas de interferência que não rastreiam os interesses e ideias daqueles que são afetados” (PETTIT, 1997, p. 67). É necessário, portanto, introduzir “disposições constitucionais”, que consistem na segunda estratégia de controle da dominação. Isso significa “introduzir uma autoridade constitucional” que “privará outras partes do poder de interferência arbitrária e do poder de punir esse tipo de interferência” e que irá ela própria impor filtros (precondições à ação) e penalidades (consequências à ação) a fim de eliminar a dominação. Pettit deixa subentendido que essa forma de controle social pode, sim, ao contrário da primeira, rastrear os interesses relevantes das pessoas.

¹³⁶ Tive a oportunidade de analisar essa “fábula de Hart”, como às vezes é chamada (GARDNER, 2013), em comunicação feita no XXVII Salão de Iniciação Científica da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (MACHADO, 2015). As linhas a seguir se baseiam em elaboração posterior dessa apresentação, contida em MACHADO, 2017, p. 93.

¹³⁷ Ver nota de rodapé 80 acima.

especificariam os modos pelos quais as regras primárias poderiam ser determinadas, criadas, eliminadas e alteradas, bem como as respectivas violações verificadas de forma definitiva (HART, 2012, p. 94). Essa “combinação de regras primárias de obrigação com regras secundárias de reconhecimento, alteração e adjudicação” é o que fornece, para Hart (2012, p. 98), “o coração de um sistema jurídico”, dando forma a todo um corpo de oficiais, tribunais, legislaturas etc.

Nessa genealogia, aspectos relevantes para a liberdade neorrepublicana emergem, sobretudo o fato de que o “passo da estrutura simples de sociedade [...] em direção ao mundo jurídico” traz “sólidos” e “imensos” ganhos (HART, 2012, p. 202): a possibilidade de garantir maior adaptabilidade, certeza e eficácia quanto às regras que devem orientar a conduta dos indivíduos. Esses elementos fornecem meios necessários para garantir que as pessoas gozem de não interferência não apenas no mundo tal como ele é, mas em “uma gama de mundos prontamente acessíveis” (PETTIT, 1997, p. 24). É justamente nisso que consiste o *status* de um cidadão: gozar de uma liberdade resiliente, verificável de modo certo e eficaz em circunstâncias bastante diversas, independentemente do poder arbitrário de outrem. Tome-se, por contraste, o exemplo da sociedade pré-jurídica cujo meio de controle social consiste em regras sociais informais. Hart (2012, p. 92, grifo nosso) é explícito: “É claro que *apenas* em uma pequena comunidade estreitamente ligada por laços de parentesco, sentimentos e crenças comuns e fixada em um ambiente estável poderia viver com êxito em tal regime de regras não oficiais.” Ora, um status de cidadão não pode depender de contingências tão precárias quanto essas. Deixe os laços de solidariedade dessa comunidade romperem-se, deixe a sociedade aumentar em tamanho, deixe uma maior pluralidade de crenças surgir e qualquer nível de liberdade neorrepublicana eventualmente garantida pelas regras sofrerá de incerteza na identificação e ineficiência na aplicação.¹³⁸

¹³⁸ Note-se que omiti o elemento da “adaptabilidade” inerente a sistemas jurídicos. Esse aspecto, também chamado de “positividade” (WALDRON, 2008a, p. 28 et seq.), pode parecer contradizer a afirmação de que o direito é um meio necessário para garantir a liberdade como não dominação. Afinal, com o advento do sistema jurídico, surgem também oficiais com a capacidade de alterar as normas jurídicas endereçadas ao cidadão, o que à primeira vista lhes confere poder arbitrário de interferência. Essa impressão inicial, no entanto, pode ser mitigada por dois motivos. Primeiro, a ênfase no aspecto da adaptabilidade inerente ao direito é relativa àquilo com que se compara. Um sistema jurídico, por exemplo, é inerentemente mais maleável que as regras sociais informais consolidadas pelos costumes e tradições em um cenário pré-jurídico hartiano; no entanto, ele é bem menos adaptável do que cenários em que imperam o “método da autoridade” ou o “método da barganha” de Lovett (ver considerações de Fuller sobre o governo por “gestão administrativa” na nota de rodapé 134 acima). Segundo, quando relacionada à democracia contestatória (ver Figura 1 acima), a positividade do direito é, ao contrário do que se poderia esperar, um instrumento necessário para a liberdade como não dominação, pois normas jurídicas não podem ser tão rígidas a ponto de bloquear a responsividade da república às contestações feitas pelos cidadãos. Conforme Pettit (1997, p. 195), “[q]ualquer democracia que queira servir a propósitos republicanos deve estar apta a dar ouvidos a filiações e a compromissos em evolução; ela deve estar aberta a transformações amplas e profundas”. Ver seção 4.2.3 abaixo.

Além da possibilidade de certeza, eficácia e adaptabilidade, pode-se dizer, na companhia de autores como Fuller e Waldron, que, considerando o modo distintivo pelo qual um sistema jurídico funciona para guiar a ação dos indivíduos, outros traços constitutivos do direito são os seguintes: (*D*₁) normas minimamente gerais;¹³⁹ (*D*₂) normas minimamente públicas;¹⁴⁰ (*D*₃) normas minimamente prospectivas;¹⁴¹ (*D*₅) normas minimamente consistentes entre si;¹⁴² (*D*₆) normas minimamente praticáveis;¹⁴³ (*D*₇) normas minimamente estáveis;¹⁴⁴ (*D*₈) agências de criação, modificação e aplicação do direito;¹⁴⁵ e (*D*₉) possibilidade de autoaplicação das normas.¹⁴⁶ Essa lista não se pretende exaustiva.

Essas características fornecem um quadro em que é ao menos *possível* (a depender de diversos fatores) orientar a ação de maneira confiável sem depender da boa vontade de alguém, ao contrário de outras formas de controle social. Por ser o único instrumento adequado para conferir robustez à atribuição e à proteção do status de cidadão, ele deve ser considerado, portanto, sob a ótica do neorrepblicanismo, um meio necessário para a realização da liberdade como não dominação. Nesse sentido, os cenários (I) e (II) são moralmente preferíveis em

¹³⁹ Sistemas jurídicos necessariamente possuem normas gerais: uma sociedade não pode ser “inteiramente governada por decretos *ad hoc* e ainda assim possuir um sistema de direito” (WALDRON, 2008a, p. 24). Esse traço constitutivo do direito é muito importante para a realização do ideal da não dominação, pois “enquanto a decisão particularista pode ser governada arbitrariamente pela vontade dos tomadores de decisão, o ato legislativo baseado em princípios [*principled piece of legislation*] não é tão prontamente manipulável” (PETTIT, 1997, p. 174-175).

¹⁴⁰ O direito é necessariamente identificável, em algum grau, por qualquer um que esteja suficientemente interessado: esse cenário difere de “uma situação em que [...] porções significativas da população são mantidas às escuras quanto ao que é esperado delas” (WALDRON, 2008a, p. 25).

¹⁴¹ Um sistema jurídico enquanto tal deve poder orientar a conduta humana. Assim, normas jurídicas de um sistema são, em algum grau, prospectivas: “Falar de governar ou dirigir a conduta, hoje, por regras que serão promulgadas amanhã é falar por falar [*to talk in blank prose*]” (FULLER, 1969, p. 53).

¹⁴² O direito possui um aspecto “cumulativo”, construindo-se sobre si mesmo (WALDRON, 2008a, p. 32). Essa acumulação, segundo Waldron, não é desordenada: normas jurídicas apresentam-se pretendendo adequarem-se umas às outras. Isso torna o direito suscetível à análise racional, explicando o porquê de juízes apresentarem suas decisões como o produto de certo raciocínio e tornando possível um tipo particular de argumentação.

¹⁴³ Ver FULLER, 1969, p. 70 et seq.

¹⁴⁴ Normas jurídicas “apresentam-se como normas públicas permanentes [*public standing norms*] — características estabelecidas e calculáveis do cenário social — não necessariamente imunes à mudança, mas sem que se espere que tenham meias-vidas efêmeras, cuja compreensão do que são e do que exigem não valem o instante de ninguém” (WALDRON, 2008a, p. 26).

¹⁴⁵ Não há sistema jurídico sem instituições de administração e de aplicação do direito — tribunais e todos os seus necessários aspectos funcionais (p. ex., aplicação de normas ao caso concreto), estruturais (p. ex., estrutura triade: juiz e partes) e procedimentais (audiências, procedimentos etc.) (WALDRON, 2008a, p. 22-24).

¹⁴⁶ O direito se distingue de “um sistema de regras que funcione primariamente manipulando, aterrorizando ou galvanizando comportamentos”, pois trabalha com as noções de “autoaplicação”, “autocontrole” e “agência” (WALDRON, 2008a, p. 26-27), em que os próprios indivíduos sujeitos às leis interpretam e usam as normas jurídicas sem a necessária intervenção de um superior hierárquico. Em outras palavras, sistemas jurídicos “operam usando, e não suprimindo ou atalhando, o poder de agência responsável da parte de indivíduos humanos ordinários. Governar pelo direito é bastante diferente de pastorear vacas com um aguilhão para gado ou de orientar um rebanho de ovelhas com um cachorro” (WALDRON, 2008a, p. 26).

relação ao cenário (III), segundo o ideal neorrepublicano de Estado. Essas conclusões encontram-se resumidas na Tabela 2 abaixo.

	CENÁRIO (III) – Inexistência de um sistema jurídico. – Inexistência de Estado de Direito.	CENÁRIO (I) ou (II) – Existência de um sistema jurídico, independentemente do respeito ao Estado de Direito.
Dominação	Necessariamente se verifica	Possivelmente se verifica
Não dominação	Necessariamente não se verifica	Possivelmente se verifica

Tabela 2 – Comparação entre a existência e a inexistência de um sistema jurídico em função da dominação.

A mera possibilidade de não dominação, entretanto, é motivo para pouca comemoração. Isso porque, obviamente, a existência de dominação (seja na forma de *dominium*, seja na forma de *imperium*) também é uma possibilidade em um sistema jurídico. A Tese 1 não implica que um sistema jurídico é *suficiente* para garantir a *plena* liberdade dos cidadãos. Para isso, diversas outras condições também precisam ser satisfeitas, como a efetiva persecução de objetivos republicanos e o bom funcionamento de uma democracia contestatória (ver Figura 1). A Tese 1 tampouco afirma que a mera existência de direito é suficiente para garantir a plena realização do ideal do Estado de Direito, ideia que será abordada em seguida. Deve-se admitir, contudo, que, entre uma dominação necessária (cenário (III)) e a possibilidade de não dominação (cenário (I) e (II)), o segundo caso é moralmente melhor do que o primeiro.

(B) Comparação 2: cenário (II) *versus* cenário (I)

Na comparação anterior, discutiu-se a maneira pela qual o neorrepublicanismo apoia a tese de que um sistema jurídico é necessário para a realização da liberdade neorrepublicana. Argumentou-se que isso se deve ao fato de que ele é o único meio de controle social capaz de assegurar a robustez exigida pela liberdade como não dominação, isto é, capaz de proteger o domínio de escolha das pessoas em uma vasta gama de mundos possíveis. Ressalvou-se, no entanto, que um sistema jurídico não é suficiente para realizar tal liberdade. Com isso, quis-se dar suporte à ideia de que “a liberdade é vista na tradição republicana como um status que existe *apenas* sob um regime jurídico *adequado*” (PETTIT, 1997, p. 36, grifo nosso) — “sob um sistema jurídico” porque o direito é necessário à liberdade republicana e sob “um sistema jurídico adequado” em razão da ressalva de que a mera existência de um sistema jurídico não é suficiente para realizar tal liberdade.

Resta agora explicar sob quais condições o direito é capaz de reduzir o *dominium* sem permitir o *imperium* (PETTIT, 1997, p. 36). A resposta neorrepublicana não está na mera existência de um sistema jurídico. Embora ele seja necessário à liberdade, os “sólidos ganhos” inerentes a ele (generalidade, certeza, eficácia etc.) vêm a “certo custo”: o “risco de que [o] poder centralmente organizado [em um sistema jurídico] seja usado para a opressão de muitos”, sem o apoio dos quais ele pode subsistir (HART, 2012, p. 202). Para que um sistema jurídico continue existindo, afinal, duas condições são suficientes: (a) que uma parte considerável dos não oficiais obedeçam, em geral, às regras primárias válidas; e (b) que os oficiais do sistema efetivamente aceitem as regras secundárias como padrões públicos e comuns de comportamento oficial (HART, 2012, p. 116). Consequentemente, o direito é compatível com a existência de grandes níveis de *imperium* em uma sociedade, dado que sua simples existência não exige que haja qualquer tipo de controle ou restrição do poder arbitrário de interferência dos oficiais.

Trata-se, entretanto, de cenário em que simplesmente existe um sistema jurídico, sem respeito ao Estado de Direito (cenário (II) da Tabela 1). Um sistema jurídico que realiza o ideal do Estado de Direito é bastante diferente (cenário (I) da Tabela 1). Para os neorrepublicanos, esse é o ideal moral segundo o qual se deve “organizar a sociedade de tal maneira que apenas mundos permissíveis [de acordo com as normas jurídicas] sejam socialmente possíveis; e que mundos não permissíveis não sejam” (LIST, 2006, p. 208). Essa correspondência entre os “mundos socialmente possíveis” e “os mundos permissíveis de acordo com o direito” é sinônimo de um “império de leis e não de indivíduos”, ou seja, de um governo em que os oficiais, no exercício de suas competências, não possuem poder arbitrário sobre a administração do direito perante os cidadãos. Quando tal ideal é respeitado, há redução nos níveis de dominação em uma sociedade. Neorrepublicanos aceitam, portanto, a seguinte tese:

Tese 2. Conformidade com os princípios do Estado de Direito necessariamente promove, em algum grau, a liberdade como não dominação.¹⁴⁷

Para justificá-la, o seguinte argumento intervém:

Argumento em favor da Tese 2:

- (1) O ideal da liberdade como não dominação exige que a não interferência de que gozam as pessoas seja robusta.
- (2) Para que a não interferência de que gozam as pessoas possa ser robusta, é necessário que haja um sistema jurídico em vigor.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Essa é a tese sobre a qual se apoia a justificação neorrepublicana do ideal do Estado de Direito. Ver p. 90 acima.

¹⁴⁸ Trata-se de outra formulação possível da Tese 1 na p. 122 acima.

- (3) Reduzir a capacidade arbitrária dos oficiais do sistema de criar, modificar, administrar e aplicar as normas jurídicas (isto é, reduzir o *imperium* dos oficiais) implica tornar a não interferência de que gozam as pessoas mais robusta (isto é, promover a liberdade como não dominação).
- (4) Conformidade com os princípios do Estado de Direito necessariamente reduz a capacidade arbitrária dos oficiais do sistema de criar, modificar, administrar e aplicar as normas jurídicas.

Para ilustrar o argumento, considerem-se dois cenários (I) e (II) apresentados na Tabela 3 abaixo — o primeiro, de um sistema jurídico conforme ao Estado de Direito; o segundo, de um sistema jurídico que falha em realizar o ideal da legalidade. Pressuponham-se, primeiro, níveis iguais de *dominium* em ambos. Agora, considerem-se os princípios mais centrais das concepções de Estado de Direito presentes na literatura: generalidade, publicidade, conformidade dos oficiais às normas promulgadas etc. Com isso em mente, como a experiência de controle social nessas duas sociedades deve ser descrita? Em (II), deve-se imaginar oficiais que editam, conforme a sua vontade, normas jurídicas gerais ou particulares, públicas ou secretas, aplicando-as efetivamente aos casos ditados pela regra ou não; já no cenário (I), em virtude de seu design institucional (e não por benevolência dos oficiais), as normas são gerais, públicas e efetivamente aplicadas ao caso concreto de acordo com o que dizem as regras.

Independentemente de as normas jurídicas desses sistemas promoverem muitos ou poucos objetivos republicanos, um olhar neorrepublicano sobre o assunto defenderá que, no cenário (I), as pessoas estão, apesar de tudo, protegidas de maneira mais robusta da interferência dos oficiais. Esses oficiais — legisladores, juízes, policiais — sem dúvida interferem na vida das pessoas na medida em que o direito, por definição (PETTIT, 1997, p. 184), fecha certas opções ou substitui certos cursos de ação por alternativas mais custosas etc. (e, por isso, é importante que esse direito rastreie os interesses relevantes das pessoas, o que é possível por meio de uma democracia contestatória, segundo o neorrepublicanismo). No entanto, a interferência não é, em si, um problema para o Estado de Direito. O problema — presente no cenário (II), mas ausente no cenário (I) — é o fato de alguns agentes terem domínio sobre outros, escolhendo a quem aplicar ou não a lei arbitrariamente, valendo-se de regras demasiadamente específicas, secretas e assim por diante. Consequentemente, conclui-se que o cenário (I) é, do ponto de vista da liberdade como não dominação, superior ao cenário (II).

		CENÁRIO (II) – Existência de um sistema jurídico. – Desrespeito ao ideal do Estado de Direito.	CENÁRIO (I) – Existência de um sistema jurídico. – Respeito ao ideal do Estado de Direito.
Dominação	<i>Dominium</i>	PRESSUPOSIÇÃO: NÍVEIS IGUAIS DE <i>DOMINIUM</i>	
	<i>Imperium</i>	Maior nível	Menor nível
Não dominação	Não <i>dominium</i>	PRESSUPOSIÇÃO: NÍVEIS IGUAIS DE <i>DOMINIUM</i>	
	Não <i>imperium</i>	Menor nível	Maior nível

Tabela 3 – Comparação entre a conformidade e a desconformidade com o ideal do Estado de Direito em função dos níveis relativos de *imperium*.

Mais uma vez, certas ressalvas devem ser feitas. Primeiro, a conformidade com o Estado de Direito não é suficiente para garantir a *plena* liberdade dos cidadãos. Para que isso ocorra, deve-se cumprir outras exigências (promover certas políticas públicas de redução do *dominium*, por exemplo). Segundo, a realização do Estado de Direito tampouco garante a eliminação de *imperium*. Para os neorrepblicanos, um tal cenário deve necessariamente realizar, concomitantemente, o ideal democrático (ver Figura 1).

Apesar dessas qualificações, restam ainda algumas questões a respeito da relação entre a comparação 2 acima e a comparação 1 feita na seção anterior.

(C) Relações entre a comparação 1 e a comparação 2

Primeiramente, pergunta-se: em que se baseiam os princípios do Estado de Direito? Para o neorrepblicanismo, nem tudo que exige a redução de *imperium* constitui um princípio do Estado de Direito (as exigências do ideal democrático, por exemplo, também são exigências que se opõem à existência de poderes públicos arbitrários, mas elas não são, no quadro neorrepblicano, exigências do Estado de Direito). Nesse sentido, o que é característico das exigências do Estado de Direito, segundo o neorrepblicanismo, é o fato de eles demandarem um *aperfeiçoamento* das características moralmente desejáveis que são constitutivas do direito enquanto tal. Nesse sentido, Lovett (2016, p. 14) afirma que “[a] lista correta de princípios [da legalidade] é simplesmente a lista que rastreia de maneira precisa as características descritivas de práticas jurídicas que ocorre de nós acharmos vantajosas”. Essas características são as mesmas que, na primeira comparação, deram apoio ao argumento em favor da simples existência de um sistema

jurídico (clareza, certeza, eficácia, generalidade etc.) por fazerem do direito um meio necessário para garantir às pessoas o status de cidadão. Essa pode ser considerada a terceira tese de uma concepção neorrepublicana da legalidade:

Tese 3. Os elementos constitutivos do direito que o tornam um meio necessário para a garantia da liberdade como não dominação (Tese 1) *estão na base dos princípios do Estado de Direito*, comprometimento com os quais torna o direito um meio suficiente para a redução, em algum grau, de *imperium* (Tese 2).

Desse modo, os princípios do Estado de Direito exigem a maximização da clareza, da certeza, da eficácia, da generalidade e assim por diante *na proporção em que realizam efetivamente o ideal da liberdade como não dominação*. Tais aspectos, inerentes ao direito, *já* se encontram minimamente realizados em um sistema jurídico; esse mínimo, entretanto, não é suficiente para reduzir o *imperium*, razão pela qual tais princípios exigem que a presença dessas características seja maximizada até o ponto em que o poder arbitrário dos oficiais seja (tanto quanto possível) minimizado.

A partir disso, segue-se a polêmica afirmação de que “os princípios da legalidade terão uma conexão intrínseca com a natureza de sistemas jurídicos” (LOVETT, 2016, p. 14). A explicação neorrepublicana para isso é a de que o mesmo fundamento (a liberdade como não dominação) é razão *tanto* para se implementar um sistema jurídico *quanto* para se realizar os princípios do Estado de Direito. A eliminação do poder arbitrário exige não somente um modo republicano de governo baseado no direito, como também o aperfeiçoamento do modo republicano pelo qual o direito faz o que faz. As comparações 1 e 2 podem, assim, ser dispostas em um contínuo: a razão para se passar do cenário (III) para o cenário (II) é a mesma para se passar do cenário (II) para o cenário (I).

(D) Casos-limite: reduzir *imperium* quando o *dominium* é muito elevado

É correto afirmar que, segundo a ótica neorrepublicana, o Estado de Direito reduz o *imperium* mesmo quando as leis em questão falham gravemente em eliminar o *dominium* em uma sociedade? Cenários ideais, de “obediência estrita”¹⁴⁹ às exigências neorrepublicanas, são fáceis: poucas objeções apresentam-se ao argumento em favor do Estado de Direito e contra o poder arbitrário dos oficiais caso se imagine que todas as outras exigências de não dominação

¹⁴⁹ Para os conceitos de “obediência estrita” (*strict compliance*) e de “obediência parcial” (*partial compliance*) e suas implicações na elaboração de uma filosofia política normativa, ver RAWLS, 1999, p. 8.

são cumpridas (por exemplo, que em ambos os cenários da Tabela 3 há uma democracia forte, cidadãos econômica e socialmente independentes, leis que protegem os indivíduos de qualquer forma de *dominium* etc.). Cenários de “obediência parcial”, entretanto, podem ser mais complicados. Há valor na realização do Estado de Direito mesmo quando um sistema jurídico protege relações extremas de escravidão?

No caso da comparação 2 e supondo altos níveis de *dominium* para ambos os cenários (I) e (II), a consequência parece ser a de que, em um cenário de Estado de Direito, evita-se ao menos um tipo específico de dominação, a saber, o *imperium* dos oficiais (embora lamentavelmente o ideal do Estado neorrepblicano esteja longe de ser atingido). Tome-se um argumento ainda mais forte a respeito do cenário (I): o “argumento do germe da não dominação” mencionado anteriormente.¹⁵⁰ Segundo ele, por piores que fossem as leis de um sistema jurídico em termos de liberdade (institucionalizando a escravidão, por exemplo), a *mera existência* de direito estabeleceria padrões vinculantes de conduta contendo condições à ação. Esses padrões de conduta deveriam necessariamente ser, em algum grau, gerais, não retroativos etc. Isso já representaria, de acordo com tal argumento, alguma restrição ao poder arbitrário de pelo menos alguns indivíduos a quem se destinam as regras jurídicas. Consequentemente, promover-se-ia a não dominação apenas com a introdução de leis, por piores que fossem.

Esses argumentos dificilmente serão aceitos caso se dê razão à objeção do “direito dominador”, já apresentada anteriormente. Segundo tal contraponto, não se promoveria a liberdade com a mera introdução de um sistema jurídico em casos de dominação extrema. Isso porque a robustez introduzida pela mera existência de um sistema jurídico (robustez que aumenta no caso da conformidade com os princípios do Estado de Direito) pode também servir para tornar robusto um regime de escravidão.

Visto que esta dissertação pretende elaborar apenas o esboço de uma concepção neorrepblicana da legalidade, pode-se deixar esses casos-limite de lado. É verdade que, caso se aceite a objeção do direito dominador, a Tese 2 deverá ser qualificada: conformidade com os princípios do Estado de Direito *não necessariamente* promoverá a liberdade como não dominação. Essas qualificações, no entanto, não precisam ser apresentadas aqui. Pode-se, neste esboço, generalizar o argumento pressupondo cenários de obediência estrita, deixando os casos não ideais para uma concepção neorrepblicana do Estado de Direito que se pretenda completa.

¹⁵⁰ Para os detalhes desse argumento, ver p. 112 acima.

4.1.3 O contraste com a justificação liberal do Estado de Direito

O ideal da legalidade é frequentemente associado com o liberalismo. Judith Shklar (1986, p. 23), por exemplo, afirma que “o Estado de Direito é o milagre do liberalismo, governo sem coerção”. Em outra passagem, a mesma autora escreve que os lemas de “‘liberdade sob o direito’, ‘um governo do direito, não de homens’ — a limitação do poder público e privado por meio da aplicação vigorosa de regras gerais — é inseparável do liberalismo” (SHKLAR, 1986, p. 20). Frente a essas declarações, pode-se perguntar: a partir da definição de liberdade liberal trabalhada no capítulo 3, é mesmo possível justificar o Estado de Direito? Se sim, em que consiste essa justificação e em que ela difere das teses neorrepúblicas fornecidas na última seção?

John Gardner (2012a, p. 215) vislumbra um “argumento liberal em favor do Estado de Direito” nas seguintes palavras escritas por H. L. A. Hart (2008b, p. 44, grifo do autor):

[N]ós devemos parar de encarar o direito como meramente um fator causal no comportamento humano [...]. Nós devemos parar [...] de encarar o direito como simplesmente um sistema de estímulos [*system of stimuli*] incitando [*goading*] o indivíduo à conformidade por meio de suas ameaças. Em vez disso, considere o direito não como um sistema de estímulos, mas como o que pode ser chamado de um sistema de *escolha* [*choosing system*], em que indivíduos podem descobrir, em termos gerais pelo menos, os custos que eles têm de pagar se agem de certas maneiras. Isso feito, deixe-nos perguntar que valor esse sistema teria na vida social e por que deveríamos lamentar sua ausência. Não quero sugerir, é claro, que é uma questão indiferente se nós obedecemos ao direito ou o violamos e cumprimos a pena. Punição é diferente de uma mera “taxa por um curso de ação”. O que quero dizer é que a concepção do direito simplesmente como incitando indivíduos para um curso de comportamento desejado é inadequada e enganosa; o que um sistema jurídico em que [o ideal do Estado de Direito é respeitado]¹⁵¹ faz, é guiar as escolhas de indivíduos quanto a seu comportamento, apresentando a eles razões para exercitar a escolha em direção à obediência, mas deixando-os escolher.

Em outros trechos, Hart explicitamente menciona a liberdade como justificação para princípios normalmente associados ao Estado de Direito:

Assim, regras gerais claramente definidas e publicamente promulgadas são a forma mais eficiente de controle social. Mas, do ponto de vista do cidadão individual, elas são mais do que isso: elas são exigidas para que ele tenha a vantagem de saber de antemão os meios pelos quais sua liberdade será restringida nas várias situações em que ele pode se encontrar, e ele precisa desse conhecimento para planejar a sua vida. Esse é um argumento em favor de leis que são gerais no sentido de exigirem cursos de ação e não ações particulares. O argumento em favor da generalidade no sentido de aplicabilidade a classes de pessoas é diferente: é que tais regras conferem ao indivíduo a vantagem de conhecer as restrições às quais a conduta de outros, para além dele mesmo, estará submetida (HART, 1983a, p. 115).

¹⁵¹ É Gardner (2012a, p. 215) quem acrescenta o trecho entre colchetes, em uma tentativa de interpretar de forma mais abrangente o argumento de Hart no trecho citado. No texto original, a frase completa é a seguinte: “[O] que um sistema jurídico em que a *responsabilidade depende geralmente de condições excludentes* [*excusing conditions*] faz, é guiar [...]”

Os trechos acima são complementados com uma discussão sobre o caráter da punição imposta por sistemas jurídicos:

A punição criminal como uma tentativa de assegurar o comportamento desejado difere das técnicas manipulativas de *Admirável Mundo Novo* (condicionamento, propaganda etc.) ou a simples incapacitação daqueles com tendências antissociais [...]. Ela adia a ação até que o dano tenha sido feito; sua operação primária consiste simplesmente em anunciar certos padrões de conduta de comportamento e adicionar penalidades pelo desvio, tornando tal conduta menos elegível e então deixando os indivíduos escolherem. Esse é um método de controle social que maximiza a liberdade individual no interior do quadro coercitivo do direito em uma série de diferentes maneiras ou, talvez, diferentes sentidos. Primeiro, o indivíduo tem uma opção entre obedecer ou pagar [pela desobediência]. Quanto piores as leis, mais valorosa se torna a possibilidade de exercitar essa escolha relativamente à capacitação do indivíduo a decidir como ele viverá. Segundo, esse sistema não apenas capacita o agente a exercitar essa escolha, como também aumenta o poder dos indivíduos para identificar de antemão períodos em que as punições do direito não irão interferir com eles e a planejar as suas vidas de acordo (HART, 2008a, p. 23).

O conceito de direito subjacente a essas citações não difere dos traços constitutivos explorados na seção 4.1.2, item (A). O que dizer de suas preocupações morais subjacentes? Discutindo trechos da obra hartiana relacionados a essas passagens, Gardner (2008, p. xxxvii, nota de rodapé 36) aponta para a influência de Isaiah Berlin (2002b) em seu pensamento sobre o valor da liberdade. Com isso, surge a hipótese de que Hart, ao referir-se à maximização da “liberdade no interior do quadro coercitivo do direito”, tinha em mente uma noção específica de liberdade: a liberdade como não interferência.

Se esse for o caso, o argumento de Hart pode ser formulado do seguinte modo:

- (1) Um sistema jurídico (cenário (I) ou (II)) necessariamente interfere nas escolhas dos indivíduos (substituindo opções que eles teriam na ausência de um sistema jurídico).
- (2) Em virtude do conceito liberal de liberdade, um sistema jurídico, ao interferir nas escolhas dos indivíduos, necessariamente reduz a sua liberdade em relação a um cenário em que não existe tal sistema jurídico (cenário (III)).
- (3) No entanto, *se* o direito cumprir com algumas condições (generalidade e prospectividade, por exemplo), ele permitirá aos indivíduos uma maior margem de escolha (desobedecer à lei e ser punido ou obedecer à lei e não ser punido, por exemplo) comparativamente a um cenário em que ele *não* cumpre essas condições (um cenário em que se interfere com o indivíduo sem que ele tenha tido a capacidade de escolher pela não interferência, como no caso de uma punição retroativa).

(4) Logo, um sistema jurídico que respeita essas condições (cenário (I)) “maximiza a liberdade no interior do quadro coercitivo do direito” (isto é, em relação ao cenário (II)).

Se esse for o argumento, duas implicações se seguem. Em primeiro lugar, o leque de princípios do Estado de Direito exigidos pelo argumento liberal será limitado aos princípios formais, o que, para o neorrepublicanismo, contraria as nossas intuições morais sobre liberdade. Para a liberdade neorrepublicana, ao menos certos princípios procedimentais e certos arranjos institucionais devem estar presentes para que o ideal do Estado de Direito seja realizado.

Para o argumento liberal, o direito necessariamente fecha algumas das portas que o indivíduo teria na ausência de um sistema jurídico. Nesse contexto, a conformidade com os princípios do Estado de Direito deve simplesmente aumentar o número de portas disponíveis à escolha do indivíduo (sem precisar abrir as portas que foram fechadas pela mera presença de leis coercitivas). Como resultado, os princípios do Estado de Direito são aqueles que se relacionam à capacidade de planejamento e de previsibilidade — mais precisamente, a lista de princípios formais expostas na seção 1.2 acima.¹⁵² Normas jurídicas, segundo eles, devem ser criadas, modificadas, administradas e aplicadas de tal maneira que opções sejam removidas, substituídas, enganadas ou manipuladas o menos possível (pressupondo a interferência já operada pela mera existência do direito). Assim, se uma grande parte das normas jurídicas não são claras o suficiente, por exemplo, isso acarreta um déficit informacional quanto às escolhas em aberto, o que é considerado uma forma de interferência da parte dos oficiais que escondem tais informações e, portanto, tais opções (trata-se de uma instância de “enganação”, ver p. 96 acima).

O que dizer, porém, dos princípios procedimentais? Não há nada no argumento liberal em favor do Estado de Direito que os exija. Em tese, normas jurídicas podem ser gerais, públicas, prospectivas, inteligíveis, consistentes, praticáveis, estáveis e efetivamente aplicadas em seus termos (P_1 a P_9) em razão da mera benevolência dos oficiais do sistema. Em tal cenário, os indivíduos gozariam do tipo específico de não interferência atrelada ao Estado de Direito liberal, mas formas de dominação continuariam subsistindo (vigilância e intimidação). É suficiente imaginar um sistema jurídico que não disponha, por exemplo, de contraditório (P_{13}), de ampla defesa (P_{14}) e das garantias do devido processo legal (P_{10}). Sua não existência não significa uma forma de interferência, mas significa uma forma de *imperium*, visto que a margem de escolha “no interior do quadro coercitivo do direito” dependerá da boa vontade do oficial

¹⁵² Para a posição central que a previsibilidade das regras assume na concepção liberal do Estado de Direito, ver WALDRON, 1989.

responsável por administrar o direito em dado caso. Para o neorrepblicanismo, o destino de alguém não pode depender da sorte ou do azar de ter esse ou aquele juiz julgando a sua causa. Aspectos procedimentais que reduzam a arbitrariedade dos oficiais devem, portanto, fazer parte de uma concepção adequada do Estado de Direito.¹⁵³

A segunda implicação da justificação da legalidade pautada na não interferência é que ela não fornece uma razão para que um sistema jurídico exista (comparação 1) (ver GARDNER, 2012a, p. 215-216). Para isso, outras razões, para além da liberdade, devem intervir (a paz, a segurança, a justiça etc.). Do ponto de vista neorrepblicano, a ausência de um valor atrelado à própria existência de um sistema jurídico é um erro, pois é somente sob um sistema jurídico que os indivíduos podem ser independentes da capacidade arbitrária de interferência (seja *dominium*, seja *imperium*).¹⁵⁴ Além disso, o fundamento dos princípios da legalidade, segundo o argumento neorrepblicano, deve fazer referência aos traços constitutivos do direito considerados desejáveis sob o ponto de vista da liberdade como não dominação.¹⁵⁵

4.2 A reação neorrepblicana às questões persistentes sobre o Estado de Direito

Na última seção, procurou-se esboçar as principais teses de uma concepção neorrepblicana do Estado de Direito, ainda a ser elaborada de modo mais completo. Passa-se, agora, ao modo como essas teses reagem às questões persistentes normativas e institucionais levantadas no capítulo 2.

4.2.1 Reações quanto aos problemas sobre o campo de aplicação do Estado de Direito

Questão (v):¹⁵⁶ *Uma vez considerada a natureza do objeto ao qual o ideal da legalidade se aplica, o Estado de Direito não acaba por inevitavelmente conflitar com ele?* (Ver p. 61 acima.)

Trata-se do problema do paradoxo, que, em termos republicanos, ameaça o ideal neorrepblicano do Estado de Direito com a possibilidade de que, em seu aparato conceitual, uma

¹⁵³ Tenho consciência de que, para demonstrar esse ponto, cada princípio apresentado na seção 1.2 deve ser cotejado com a lista de formas de dominação sem interferência contida na p. 107 acima. Isso, no entanto, escapa ao escopo desta dissertação, que pretende fornecer apenas o esboço de um argumento republicano em favor do Estado de Direito.

¹⁵⁴ Para esse argumento, ver a formulação da Tese 1 e considerações que a acompanham na p. 122 acima.

¹⁵⁵ Para esse ponto, ver a formulação da Tese 3 e o argumento que a sustenta na p. 131 acima.

¹⁵⁶ A numeração das questões segue a ordem estabelecida no capítulo 2.

dominação inescapável venha de contrabando — visto que sistemas jurídicos necessariamente implicariam, ao fim e ao cabo, a existência de poder arbitrário.

A resposta a essa questão, que não poderá ser completamente desenvolvida aqui, exige uma precisão adicional a respeito dos traços constitutivos do direito subjacentes às teses elaboradas nas últimas seções.¹⁵⁷ Mais precisamente, deve-se argumentar que a fundamentação republicana do Estado de Direito não é compatível com alguns conceitos de direito. Conceitos de direito que tragam em si a necessidade de uma capacidade de interferência arbitrária da parte de algum agente conflitam com a razão neorrepublicana para promover o Estado de Direito, segundo a qual deve-se promover o Estado de Direito justamente porque ele reduz a capacidade de interferência arbitrária de alguns agentes (o *imperium* dos oficiais do sistema). Em outras palavras, não pode haver em uma mesma concepção uma “razão α ” para promover o Estado de Direito pautada na não dominação (ver p. 115 acima) e um traço constitutivo D_n que seja “capacidade de interferência arbitrária”.

Nesse sentido, a concepção neorrepublicana de Estado de Direito não pode possuir, em seu aparato conceitual subjacente, algo como a “teoria do comando” de John Austin e sua correspondente noção de soberania. Para Austin (1995, p. 166, grifo do autor), a existência de um sistema jurídico necessariamente envolve a existência de um “soberano”, isto é, “um superior humano *determinado*, que *não* esteja em um hábito de obediência a um superior semelhante [e que] receba obediência *habitual* da maior parte da sociedade” — a quem, portanto, “os outros membros da sociedade são *dependentes*”, em um “*estado de sujeição* ou *um estado de dependência*”. Desses termos, Austin deriva a impossibilidade de limitações jurídicas sobre suas ações enquanto soberano.

Ora, o neorrepublicanismo rejeita exatamente essa relação de “dependência” ou de “sujeição” — de maneira mais direta, “dominação”. Portanto, uma concepção da legalidade pautada na não dominação, para ser coerente, deve adotar algum outro conceito de direito. A teoria do direito de Hart, para quem “limitações jurídicas” do poder dos oficiais são perfeitamente concebíveis,¹⁵⁸ é uma boa candidata. Para ele, a real ascendência encontra-se em *regras sociais*. Por essa razão, Jeremy Waldron (2008b, p. 81-82) escreve que “[e]mbora Hart não tenha discutido [o Estado de Direito] enquanto tal, uma das mais importantes contribuições que ele fez

¹⁵⁷ Ver características D_1 a D_9 na p. 126 acima.

¹⁵⁸ Ver HART, 2012, p. 70-71. Para ele, “o argumento de Austin contra a possibilidade de uma limitação jurídica do poder do soberano repousa sobre o pressuposto [falso] de que estar sujeito a tal limitação é estar sujeito a um *dever*” imposto por algum legislador superior; mas, “[n]a verdade, limitações do poder da autoridade legislativa consistem em *ausências de poder* [*disabilities*], não deveres” (HART, 2012, p. 289). Hart cita, nessa passagem, HOHFELD, 1923, cap. 1. Outra tradução para o termo “*disability*” seria “incompetência”.

à tradição do Estado de Direito foi em sua crítica à ideia de soberania, nos primeiros capítulos de *The Concept of Law*”, visto que, com isso, Hart “abriu espaço para a posição em favor do Estado de Direito”:

Ele mostrou que a soberania — onde ela existe — depende de regras, é constituída por regras e não pode, assim, ser encarada de maneira inteligível como a fonte de todas as regras que compõem o sistema jurídico [...]. As regras não apenas *afetam* o soberano ou *pertencem* ao soberano; alguma delas, na verdade, *constituem* o soberano. Elas são, nesse sentido, regras constitutivas do sistema jurídico. [...] ¶ [...]. [O] movimento de Hart abre espaço para que o soberano seja limitado juridicamente. Ele severamente compromete a confiança e a força da tese lógica e de teoria do direito, associada a Hobbes, de que o Estado de Direito é, nesse sentido, uma impossibilidade incoerente (WALDRON, 2008b, p. 82).

Essas considerações não engendram necessariamente teses metodológicas fortes, tais como a de que um conceito de direito é sempre moralmente motivado. Esta dissertação não pretende defender que o comprometimento de alguém com as teses políticas neorrepúblicas deve *decidir* em favor de um ou de outro conceito de direito. Apesar disso, deve-se mencionar que existem na literatura sugestões de que a teoria do direito encontra seus fundamentos em crenças políticas e morais.¹⁵⁹

Questão (vi): *Uma vez considerada a natureza do objeto ao qual o ideal da legalidade se aplica, o Estado de Direito não acaba por inevitavelmente se confundir com ele?* (Ver p. 63 acima.)

Trata-se da crítica da redundância. Segundo tal objeção, se o Estado de Direito requer que os oficiais efetivamente ajam conforme ao direito, então ele não faz sentido, pois todas as ações dos oficiais somente são efetivamente ações dos oficiais se elas são executadas de acordo com o direito. O neorrepúblicanismo, no entanto, evita esse problema ao restringir o campo de

¹⁵⁹ Para uma defesa da tese de que os critérios de definição do direito são moralmente motivados, ver WALDRON, 2008a, p. 40. Para uma análise do modo como o utilitarismo fornece o alicerce da teoria do direito de Jeremy Bentham, ver POSTEMA, 2019, cap. 9. De maneira mais próxima ao tema desta dissertação, Frank Lovett (2016, p. 118) aponta que, historicamente, a teoria republicana da liberdade frequentemente acompanhou a elaboração de teorias do direito natural, ao passo que o liberalismo normalmente esteve associado a teorias positivistas do direito: “Os republicanos clássicos frequentemente associaram sua concepção de liberdade [...] com uma teoria do direito natural implícita. Coincidentemente, o positivismo jurídico foi historicamente introduzido por autores veementemente contrários à concepção republicana de liberdade — Hobbes e Bentham, em particular.” Para ele, no entanto, e independentemente da verdade ou falsidade de tais observações históricas, não é verdade que defender a noção de liberdade como não dominação exige necessariamente comprometer-se com o jusnaturalismo: “Alguns sugeriram recentemente que os comprometimentos políticos desses autores [liberais] lhes *exigiam*, de fato, que defendessem uma concepção positivista do direito, dado que nenhuma outra visão é consistente com a concepção da liberdade como não interferência. [...] Mesmo se correto, porém, não se segue que um comprometimento com o positivismo jurídico implica rejeitar a concepção republicana de liberdade, nem que aceitar esta [a noção de liberdade como não dominação] implica rejeitar aquela [o positivismo jurídico]. [...] A conexão forte entre liberdade e Estado de Direito não foi obscurecida pelo positivismo jurídico, mas [...] pela concepção de liberdade como não interferência” (LOVETT, 2016, p. 119).

aplicação de seus princípios da legalidade ao *imperium* dos oficiais: o problema que eles visam enfrentar não é o agir ou o não agir dos oficiais de acordo com o direito; mas, sim, a capacidade dos oficiais de interferir ou de não interferir *arbitrariamente* de acordo com o direito.

Pressuponha-se como verdadeira a tese conceitual segundo a qual toda capacidade dos oficiais deve ser uma capacidade conferida e reconhecida pelo direito para ser uma capacidade *dos oficiais* enquanto tais. Deve-se constatar, apesar disso, que nem toda capacidade dos oficiais é necessariamente uma capacidade *arbitrária* de interferência. Nem tudo aquilo que os oficiais fazem ou podem fazer é *imperium*. Isso depende das regras e dos arranjos institucionais de *cada* sistema — se, por exemplo, o direito de certo país confere ou não confere a certos agentes a capacidade arbitrária de aplicar leis e, assim, a capacidade de interferir na vida do cidadão sem que este tenha um controle sobre as decisões que lhe afetam (sem ter direito de recorrer, por exemplo) ou sem que seus interesses relevantes sejam levado em conta (sem ter direito ao contraditório, por exemplo). Assim, ao centrar-se sobre o *imperium* dos oficiais, e não sobre as suas ações contrárias ao direito, o ideal neorrepblicano do “império de leis e não de indivíduos” foge à objeção de redundância.

Questão (vii): *É a legalidade um ideal que se aplica somente a sistemas jurídicos? Ou é ela um ideal que se aplica mais globalmente a formas de organização social, de governo ou a algum conceito semelhante?* (Ver p. 64 acima.)

O plano de fundo dessa questão é saber se o Estado de Direito é uma virtude *distintiva* do direito, uma moralidade “interna” ao direito. A resposta neorrepblicana é dupla. Por um lado, o *problema* a que ele se endereça não é distintivo de sistemas jurídicos, pois a capacidade de interferência arbitrária encontra-se presente também em outras formas de controle social — como no caso da “gestão administrativa”, no “método da barganha”, no “método da autoridade” etc., situações em que o império é de “indivíduos”. Assim, a concepção neorrepblicana da legalidade rejeita a tese segundo a qual o respeito aos princípios do Estado de Direito é o remédio para um “mal que poderia ser causado *somente* pelo próprio direito” (RAZ, 1979, p. 224). Ele é, ao contrário, uma virtude das *formas de organização social* (LOVETT, 2016, p. 9).

Por outro lado, é verdade que o Estado de Direito somente pode ser realizado na presença de um sistema jurídico. Para a concepção neorrepblicana, entretanto, isso se deve ao fato de que a mera existência de direito já é o início da *solução* para o problema da dominação (Tese 1), uma solução que se aperfeiçoará com a implementação dos princípios do Estado de Direito (Tese 2 e Tese 3). Há, assim, um contínuo: um mesmo fundamento (a liberdade republicana)

exige *duas* coisas inseparáveis: primeiro, que haja direito e, depois, que haja Estado de Direito. Isso implica que é impossível que efetivamente *haja* Estado de Direito na ausência de um sistema jurídico (o que é verdadeiro), mas não implica que o *valor* do Estado de Direito dependa da existência efetiva de um sistema jurídico (o que é falso).

Deve-se concluir, portanto, que o *valor* da legalidade republicana não é “interno” ao direito, pois a liberdade como não dominação continua sendo um valor independentemente do fato de que o direito existe. Sua *realização*, porém, exige que um sistema jurídico efetivamente exista.

Questão (viii): *Em que sentido o Estado de Direito é dito “formal”?* (Ver p. 65 acima.)

O Estado de Direito neorrepblicano é “formal” ou “modal” na medida em que ele é uma “forma” ou um “modo” de se perseguir a liberdade como não dominação (ver Figura 1). O fato de haver “formas republicanas” em vigor (Estado de Direito e democracia, por exemplo) não implica necessariamente que os “objetivos republicanos” (certas causas e políticas públicas, tais como a independência socioeconômica das pessoas etc.) serão realizados (e vice-versa). Seu campo de aplicação, nesse sentido, é o *imperium* e não o *dominium*.¹⁶⁰

Questão (ix): *As exigências do Estado de Direito se endereçam somente aos oficiais que administram um sistema jurídico ou elas se aplicam a todos os indivíduos que se encontram subordinados às regras jurídicas?* (Ver p. 66 acima.)

Trata-se de saber se o Estado de Direito é de caráter “simétrico” ou “assimétrico”. Há boas razões para se acreditar que o ideal neorrepblicano da legalidade se endereça somente aos oficiais, dado que o *imperium*, por definição, não pode ser exercido por não oficiais.¹⁶¹ Pode-se objetar, entretanto, que uma sociedade em que os próprios cidadãos desprezam tal ideal é uma sociedade em que há um déficit de legalidade. Pense, por exemplo, em sociedades em que há uma cultura de suborno de juízes, organizações paramilitares e o uso da litigância judicial como arma política contra adversários. O esboço de uma concepção neorrepblicana da legalidade delineado neste capítulo infelizmente não fornece elementos suficientes para enfrentar esses problemas.

¹⁶⁰ Para um maior detalhamento desse ponto, ver seção 4.1.1 acima.

¹⁶¹ Há, além disso, razões independentes do neorrepblicanismo para se adotar uma interpretação assimétrica do Estado de Direito. Para tanto, ver GARDNER, 2012a, p. 213-214, 2012d.

4.2.2 Reações quanto aos problemas sobre a justificação do Estado de Direito

Questão (x): *Se a conformidade aos princípios do Estado de Direito é condição necessária para a própria existência e eficácia do sistema jurídico, em que sentido pode a obediência a tais princípios ter (por essa mesma razão) um valor moral?* (Ver p. 66 acima.)

Para o neorrepblicanismo, existe efetivamente uma relação estreita entre os traços constitutivos do direito e os princípios do Estado de Direito.¹⁶² Generalidade, publicidade, prospectividade etc. são características que tornam o direito ao mesmo tempo possível e moralmente importante. No entanto, não é *porque* esses traços são constitutivos do direito que eles são moralmente importantes. Desse modo, o Estado de Direito republicano não é um ideal moral *porque* conformidade com seus princípios implica um direito eficaz; mas, sim, porque ele promove um valor moral (a liberdade como não dominação) cuja realização importa para além de suas consequências positivas para um “adequado artesanato legal”.

Questão (xi): *Em relação a dado fim moral, a conformidade aos princípios do Estado de Direito é necessária?* (Ver p. 68 acima.)

Segundo o argumento elaborado nas seções 4.1.1 e 4.1.2, o neorrepblicanismo aponta para o Estado de Direito como, de fato, um meio necessário para a promoção do fim moral da liberdade como não dominação. Isso porque (1) há uma exigência por robustez inerente à concepção neorrepblicana de liberdade e (2) a conformidade com os princípios da legalidade é capaz de promover a robustez exigida por tal concepção. A justificação da legalidade nesses termos difere de outra, fundada sobre a liberdade liberal, que não exige o estabelecimento de qualquer forma de controle social específica. Visto que o argumento já foi suficientemente trabalhado nas seções mencionadas acima, pode-se passar à próxima questão.

¹⁶² Ver Tese 3 na p. 131 acima.

Questão (xii): *Há alguma relação entre, de um lado, a conformidade aos princípios da “moralidade interna” do direito e, de outro, a promoção dos vários ideais que compõem sua “moralidade externa”?* (Ver p. 69 acima.)

Interpretada à luz do neorrepblicanismo, a pergunta sobre a relação entre a promoção da “moralidade interna” e a realização da “moralidade externa” pode ser reformulada do seguinte modo: que relação existe entre a promoção do Estado de Direito e a promoção de outros ideais republicanos?

Tome-se o exemplo da diferença entre *imperium* (o poder arbitrário público) e *dominium* (o poder arbitrário privado). É verdade que o respeito aos princípios do Estado de Direito se justifica, para os neorrepblicanos, pela redução de *imperium*, não de *dominium*. É possível, portanto, imaginar casos-limite em que um sistema jurídico conforma-se perfeitamente aos princípios do Estado de Direito, mas falha gravemente, por exemplo, em ser uma democracia ou em perseguir objetivos neorrepblicanos de diminuição de desigualdades sociais e econômicas. Conformidade com os princípios da legalidade, nesse sentido, não é nem meio necessário, nem meio suficiente para a promoção de outros ideais neorrepblicanos.

As relações de “meio suficiente” e de “meio necessário” não são, no entanto, os únicos tipos de relações possíveis entre a promoção de diferentes ideais morais. Há também as chamadas “afinidades eletivas”. Introduzida nas ciências sociais por Max Weber, essa expressão se refere ao “processo pelo qual duas formas culturais — religiosas, literárias, políticas, econômicas etc. — entram, a partir de certas analogias ou correspondências estruturais, em uma relação de influência recíproca, escolha mútua, convergência, simbiose e mesmo, em alguns casos, fusão” (LÖWY, 1999, p. 44). Algo semelhante é evocado quando Jeremy Waldron (2012a, p. 51) advoga em favor de abordar o Estado de Direito a partir de sua “tendência substantiva”:

[Um modo de proceder] é ver se nós podemos discernir uma dimensão substantiva para o Estado de Direito ao considerarmos a tendência substantiva de alguns de seus elementos formais e procedimentais reconhecidos. O que quero dizer é que algumas características da noção formal/procedimental¹⁶³ podem nos apontar a direção de certos valores substantivos, transmitindo um certo *momentum* que pode nos levar a uma direção substantiva particular.

Esta dissertação, ao situar o Estado de Direito como um meio necessário para reduzir a capacidade de interferência arbitrária em uma sociedade, procurou demonstrar que a “tendência substantiva” dos princípios da legalidade é o valor da liberdade como não dominação. Agora,

¹⁶³ Para as noções “formais”, “procedimentais” e “substantivas” do Estado de Direito, ver listas de princípios da legalidade contidas na seção 1.2 acima.

com esses conceitos em mãos, pode-se afirmar que, muito embora a legalidade seja *compatível* com grandes iniquidades, pode haver, sim, relações de *afinidade* entre o Estado de Direito e os outros ideais que compõem o ideal mais abrangente do Estado neorrepblicano (ver Figura 1, p. 120 acima). Por exemplo: uma vez que se demonstre que tanto o Estado de Direito quanto a democracia promovem a liberdade republicana, há pelo menos uma razão para respeitar os princípios da legalidade que justifica também o respeito aos princípios democráticos (a saber, que é moralmente desejável reduzir os níveis de dominação existentes em uma sociedade). Isso atestaria em favor de uma espécie de “convergência” (um dos elementos que podem estar presentes em relações de afinidade eletiva) entre a democracia e o Estado de Direito. Examinando-os mais de perto, talvez se encontre mais do que isso — “analogias”, “correspondências estruturais”, “influências recíprocas” etc., elementos que possivelmente estarão ausentes na relação entre o Estado de Direito e uma monarquia absolutista.

Esta dissertação não pretende estabelecer de maneira definitiva tais afinidades, senão dar pistas para investigações futuras. Como hipótese, é plausível acreditar na existência de uma afinidade estreita entre ideais e instituições que visam a reduzir *imperium* (poder arbitrário público) e ideais e instituições que visam a reduzir *dominium* (poder arbitrário privado). Já foi demonstrado que o ideal neorrepblicano do Estado de Direito abrange não apenas princípios formais, como também princípios procedimentais (ver p. 135 acima). A relação de afinidade entre reduzir *imperium* e reduzir *dominium* abriria caminho, agora, para novas interpretações dos chamados princípios “substantivos” do Estado de Direito. Segundo a lógica de um “*momentum*” substantivo, nada impede que esses princípios (direitos humanos, democracia etc.) apresentem afinidades eletivas com os princípios formais/procedimentais do Estado de Direito (generalidade, congruência etc.) — embora, em sentido estrito, não se possa falar em princípios *da legalidade*, visto que esses ideais “substantivos” não dizem respeito ao modo republicano pelo qual um sistema jurídico persegue fins republicanos. Seja como for, dever-se-á analisar caso a caso se essas afinidades se verificam.

Questão (xiii): *Em que difere o respeito aos princípios da legalidade do uso da legalidade como um mero instrumento para a promoção dos objetivos (morais ou imorais) de um regime político?* (Ver p. 70 acima.)

O ideal neorrepblicano da liberdade exige não somente a existência de um sistema jurídico, como também de um sistema jurídico que respeite os princípios do Estado de Direito. Exige-se, em outras palavras, tanto um “governo *pelos* leis” (Tese 1) quanto um “governo *das*

leis” (Tese 2).¹⁶⁴ Ambos são compatíveis com *dominium*, é claro; porém, o governo *pelas* leis (o direito) permite a existência de um alto nível de *imperium* — nível que o governo *das* leis (o Estado de Direito) não permite. Enquanto aquele não acarreta necessariamente reduções significativas da capacidade arbitrária de interferência dos oficiais, este as acarreta. Desse modo, a intuição moral por trás da mera substituição da preposição “*pelas*” por “*das*”, na literatura sobre o ideal da legalidade, é a de que os meros traços constitutivos do direito não são suficientes para que haja um nível elevado de Estado de Direito. Nas palavras de Jeremy Waldron, “uma das diferenças-chave entre o Estado de Direito [*rule of law*] e o governo pelo direito [*rule by law*] é que qualquer restrição sobre governo, quanto ao último, na verdade é apenas uma questão de autorrestrição, o que pode ser desnivelado e frágil quando comparado com exigências constitucionais reais e aplicáveis”. Segundo essa definição, as restrições do “governo pelas leis” continuam dependendo, em algum grau, do arbítrio dos oficiais.

A tradição republicana, em consonância com essas considerações, preocupa-se com a instrumentalização do direito pela vontade arbitrária dos oficiais. Nas palavras de Philip Pettit (1997, p. 183, grifo nosso), “[s]e o governo não é mediado pelo direito, *seguindo o padrão daquelas condições* [as formas do constitucionalismo, que incluem o Estado de Direito], então ele [o governo] será prontamente manipulável por uma vontade arbitrária e talvez seccional”. Em outra passagem, o mesmo autor afirma que “[q]uando as leis tornam-se os instrumentos da vontade [...], então temos um regime [...] em que os cidadãos tornam-se escravos e são inteiramente destituídos de sua liberdade” (PETTIT, 1997, p. 36).

Isso não significa que o império *pelas* leis (o direito) não é moralmente importante. Como foi exposto na seção 4.1.2, o neorrepblicanismo sustenta que ser governado pelo direito é bom na medida em que ele é um meio necessário para assegurar o status de cidadão a cada indivíduo (Tese 1).

¹⁶⁴ Um jogo de preposições semelhante a esse encontra-se em passagem bastante famosa de James Harrington (1992, p. 20, grifo nosso): “Pois dizer que o luquês não tem mais liberdade ou imunidade *das* leis de Luca [*from the laws of Lucca*] do que um turco tem *das* leis de Constantinopla [*from those of Constantinople*] e dizer que um luquês não tem mais liberdade ou imunidade *pelas* leis de Luca [*by the laws of Lucca*] do que um turco tem *pelas* leis de Constantinopla [*by those of Constantinople*] são discursos bastante diferentes. Enquanto o primeiro [discurso] pode ser dito, semelhantemente, quanto a todos os governos, o segundo [discurso] é escasso em qualquer um dos dois [casos]; muito menos neste [do turco], visto que é sabido que, enquanto o maior paxá é um inquilino da vontade de seu senhor, tanto em relação à sua cabeça quanto ao seu patrimônio, o pior luquês que possui terras é um livre portador de ambos [cabeça e patrimônio] e não deve ser controlado senão pelo direito; e esse [o direito] deve ser criado por todo homem privado para nenhum outro fim (ou então eles podem parabenizar a si mesmos) senão proteger a liberdade de todo homem privado, o que, por esse meio, vem a ser a liberdade da república.” Deve-se atentar que, nesse caso, é a preposição “*das*” [*from*] (e não “*pelas*” [*by*]) que corresponde àquilo que a literatura contemporânea se refere a “*rule by law*”. Ver PETTIT, 1997, p. 39.

Questão (xiv): *Que peso devem ter as reivindicações morais feitas pelo ideal do Estado de Direito?* (Ver p. 72 acima.)

Conforme observado no capítulo 3, o argumento neorrepblicano em favor do Estado de Direito é teleológico. Sob essa perspectiva, permite-se o raciocínio de que se “deve lutar a guerra para acabar com todas as guerras” (ver seção 3.1.1). Consequentemente, a concepção neorrepblicana do Estado de Direito eventualmente admite violações dos princípios da legalidade *caso* sejam necessárias, em circunstâncias específicas, para maximizar a liberdade como não dominação. Quais circunstâncias específicas são essas (e quão específicas ela são) é uma questão bastante difícil. De todo modo, trata-se de uma possibilidade expressamente admitida por Philip Pettit (1997, p. 102):

Há várias maneiras em que pode ser bastante natural tolerar uma falha política em honrar a não dominação, se a falha representa o meio mais efetivo de aumentar a não dominação total [*overall non-domination*]. Pode ser que a causa da maximização da não dominação exija dar ao parlamento poderes irrestritos especiais em alguma área, por exemplo, ou dar a juízes bastante poder discricionário em sentenças quanto a algum tipo de infração. E, se a causa da maximização da não dominação exige, de fato, tais desvios em relação à constituição perfeita — a constituição que exemplifica a não dominação em toda e qualquer característica de seu *design* —, então pareceria apenas natural tolerar tais desvios; seria preciosista, até mesmo fetichista, insistir em continuar fiel ao ideal em abstrato.¹⁶⁵

Para além disso, pode haver conflitos entre o ideal de Estado de Direito (e a não dominação promovida por ele) e *outros* valores diferentes da não dominação. Mais uma vez, o neorrepblicanismo não pretende riscar essa possibilidade:

Ser livre de dominação é importante, mas certamente não é a única coisa com a qual deveríamos nos importar. Suponha, por exemplo, que haja um *trade-off* entre o Estado de Direito e a segurança nacional: em circunstâncias de emergência, poderia ser razoável para algumas sociedades abandonar um pouco do primeiro a fim de obter mais da segunda. Em casos de justiça de transição, similarmente, a aderência estrita ao Estado de Direito poderia esbarrar em reivindicações morais mais amplas. Maus regimes frequentemente permitem ou mesmo exigem juridicamente ações que são encaradas, em retrospectiva, como moralmente abomináveis. [...]. De maneira alguma deve ser presumido que o Estado de Direito sempre triunfa sobre [*trumps*] outras considerações. Ao passo que ele sempre possui valor, esse valor deve ser sopesado em relação a outros valores de uma maneira razoável (LOVETT, 2016, p. 126, notas e referências suprimidas).

¹⁶⁵ Aplicado ao problema do Estado de Direito, Frank Lovett (2016, p. 125-126) menciona o caso das políticas públicas antitruste: “Leis proibindo práticas monopolísticas específicas não precisam conflitar com o Estado de Direito [...]. Quando monopólios ‘naturais’ perigosos se formam apesar dessas precauções, entretanto, pode não ser possível quebrá-los sem violar o Estado de Direito. Se isso reduzisse a dominação econômica substancialmente, seria tolo deixar uma mera devoção servil ao Estado de Direito enquanto tal nos impedir de assim proceder.”

Investigar as regras de prioridade que existem entre esses valores frente às mais diferentes circunstâncias é uma tarefa a ser constantemente empreendida pela filosofia política normativa. Para os nossos propósitos, basta notar que a concepção neorrepublicana da legalidade não é “legalista” no sentido de atribuir um peso absoluto a esse ideal.

Questão (xv): *É o Estado de Direito um ideal antidemocrático?* (Ver p. 73 acima.)

Questão (xvi): *É o ideal do Estado de Direito um impedimento à realização da justiça social?*
(Ver p. 75 acima.)

Essas duas questões — sobre a relação entre o Estado de Direito, de um lado, e a democracia e a justiça social, de outro — podem ser consideradas em conjunto. Nada de muito específico pode ser dito, dados os limites desta dissertação. É necessário dizer, contudo, que, uma vez introduzido o conceito de “afinidade eletiva” (ver p. 142 acima), abre-se um novo horizonte de análise da relação entre tais ideais. Todos eles fazem parte do ideal neorrepublicano de Estado (ver Figura 1 acima) e, portanto, convergem em um dos fins morais que promovem, o que já é um indício importante de afinidade.

Pegue-se o exemplo da democracia. Na teoria neorrepublicana, sua forma preferida é a de uma “democracia contestatória”, baseada não no consentimento via eleições, mas na exigência de que os cidadãos tenham o poder de contestar decisões impostas sem seu controle ou sem atentar para os seus interesses relevantes. Dela, o neorrepublicanismo deriva exigências de transparência, de escrutínio público, de liberdade de informação, de contraditório, de competência, de profissionalização (pelo menos em algumas áreas de decisão, como aquelas proferidas pelo poder judiciário) e assim por diante (PETTIT, 1997, p. 189-192).

Ora, é tentador encontrar conexões entre muitas dessas exigências e os princípios procedimentais do Estado de Direito, tais como a necessidade de fundamentação das decisões, de contraditório, de ampla defesa, de assistência jurídica especializada, entre outras. Philip Pettit (1997, p. 193), por exemplo, situa na lista de exigências *democráticas* o direito de recorrer de decisões judiciais, algo que a literatura especializada sobre Estado de Direito classifica como um princípio da *legalidade* (ver p. 51 acima). Essas “fusões” ou “influências recíprocas” fazem com que a intuição fundamental da legalidade — um “império de leis e não de indivíduos” — passe a incluir, sob a rubrica de um “império de indivíduos”, regimes antidemocráticos. Essas são pistas para estudos ulteriores sobre a interessante expressão “Estado Democrático de Direito” (ver DIFINI, 2012) e sobre se é possível dizer que há “mais” Estado de Direito se ele for democrático.

Há também razões para se procurar afinidades entre o ideal republicano do Estado de Direito e o ideal de justiça social, visto que o neorrepublicanismo acha “plausível pensar que podemos determinar o que a justiça social exige ao elaborar a ordem jurídica e econômica de uma sociedade que capacitasse você e outros a viver em liberdade [como não dominação]” (PETTIT, 2014, p. xix).

4.2.3 Reações quanto aos problemas de institucionalização do Estado de Direito

Em virtude do nível microscópico das questões institucionais, cuja abordagem excederia os limites desta dissertação, a seção 2.3 foi muito breve em descrevê-las. Também serão breves, portanto, as reações neorrepublicanas que podem ser derivadas do esboço construído até aqui. São quatro as relações que merecem apreciação: entre o Estado de Direito e a “ordem espontânea” de F. A. Hayek;¹⁶⁶ entre o Estado de Direito e o direito público;¹⁶⁷ entre o Estado de Direito e o direito à propriedade privada;¹⁶⁸ e entre a institucionalização do Estado de Direito e um *ethos* da legalidade.¹⁶⁹ Outros temas, como a possibilidade de um Estado de Direito internacional ou os modos de interpretação compatíveis com a legalidade, terão de ser deixados de lado. O esboço desenhado por esta dissertação não fornece elementos suficientes para enfrentá-los.

Começo com a questão da ordem espontânea. Existe uma tese, normalmente associada a F. A. Hayek, segundo a qual haveria uma afinidade entre o ideal do Estado de Direito e as regras “que emergem do processo judicial [...], derivadas das condições de uma ordem espontânea que o homem não produziu” (HAYEK, 2013, p. 116). Em outros termos, o Estado de Direito favoreceria sistemas jurídicos compostos por normas imemoriais construídas e adaptadas caso a caso por juízes e tribunais. Esse cenário exigiria a atuação isolada, prudente e descentralizada de intérpretes e de aplicadores da lei, além do mínimo possível de intervenções de um legislador central, dados os altos riscos de arbitrariedade supostamente implicados em atos de legislação.¹⁷⁰ A partir disso, poder-se-ia pensar que a concepção neorrepublicana da legalidade acompanha Hayek nessa tese, em razão de sua ênfase na redução da capacidade arbitrária de interferência dos oficiais. Para Hayek, afinal, o ideal do Estado de Direito procura evitar ao máximo o *imperium*, em favor de uma “ordem espontânea” em que nenhuma agência humana específica define seus rumos.

¹⁶⁶ Ver seção 2.3, item (xvii) acima.

¹⁶⁷ Ver seção 2.3, item (xviii) acima.

¹⁶⁸ Ver seção 2.3, item (xx) acima.

¹⁶⁹ Ver seção 2.3, item (xxii) acima.

¹⁷⁰ Trata-se de uma simplificação da teoria de Hayek, mas útil para os propósitos desta seção.

O ideal neorrepublicano da legalidade é, todavia, mais complicado do que isso. Entre os traços constitutivos do direito moralmente relevantes para o ideal neorrepublicano de Estado está também a sua *positividade*: o fato de ele ser “algo que pessoas fizeram e que as pessoas podem controlar” (WALDRON, 2008a, p. 30). A positividade do direito, cuja expressão central se dá por meio da legislação, não implica necessariamente poder arbitrário. Ao contrário, dela depende um sentido importante de liberdade:

A positividade [do direito] é parcialmente uma questão do que o direito é: é humano, é contingente, é o produto de processos históricos. Mas ela é também uma questão de como as pessoas compreendem-no. Aqueles que são governados pelo direito compreendem que são governados por uma ordem que é suscetível de alteração e de modificação. As normas pelas quais eles são governados poderiam ser de outro modo. É apenas a nossa decisão em tê-las e mantê-las como uma base de governança que explica por que *essas* normas são direito e não outras. (Mais uma vez, a ideia de legislação transmite isso mais explicitamente.) A ideia de direito, portanto, transmite um sentido elementar de liberdade, um sentido de que nós somos livres para ter quaisquer leis que quisermos. É claro, o *nós* nessa frase não significa que qualquer um de nós é livre para ter quaisquer leis que ele ou ela queira, nem implica necessariamente qualquer ideia de controle democrático. O *nós* está atrelado a qualquer sistema de poder humano em funcionamento em dada comunidade. Ainda assim, a positividade do direito subscreve o uso de imaginação e de pensamento criativo com respeito ao direito: as normas pelas quais somos governados poderiam ser diferentes. A exigência de que o direito deva ser diferente pode ser impraticável de um ponto de vista político, mas [pelo menos] ela não é inerentemente fútil (como seria no caso das leis de natureza) (WALDRON, 2008a, p. 30-31).

É plausível, nesse sentido, pensar que um sistema jurídico cujas regras sejam todas “espontâneas” faz com que a demanda por normas jurídicas diferentes seja, em alguma medida, fútil.¹⁷¹ Mesmo que esse não seja o caso, entretanto, o fato de um tipo de direito ser “espontâneo” não significa que ele nunca é arbitrário, pois as normas criadas espontaneamente ainda assim podem falhar em rastrear os interesses relevantes dos cidadãos (seus interesses comuns). O neorrepublicanismo, em sentido contrário, sugere que as instituições de uma democracia contestatória dependem de instrumentos altamente adaptáveis, tais como a legislação: “Qualquer democracia que queira servir a propósitos republicanos deve estar apta a dar ouvidos a filiações e compromissos em evolução; ela deve estar aberta a transformações amplas e profundas” (PETTIT, 1997, p. 195).¹⁷²

Passo agora à segunda questão, sobre a afinidade entre o Estado de Direito e certos ramos de direito. Como Jeremy Waldron (2012a, p. 24 et seq.) diagnostica, há uma tendência na literatura sobre Estado de Direito de associá-lo com o direito privado, por vezes associando o “governo *pelo* direito” ao direito público. Um país em que há respeito aos princípios da legalidade,

¹⁷¹ Isso é talvez um exagero. A ideia de um direito “espontâneo” não significa que ele não é *positivo*, pois sua validade também depende de fontes sociais (ver GARDNER, 2012e, p. 19-23).

¹⁷² Ver nota de rodapé 138, p. 125 acima.

segundo essa abordagem, seria um país onde direitos de propriedade são garantidos, contratos são respeitados e investidores são protegidos. Consequentemente, seriam verificados maiores índices de Estado de Direito quando o poder público não interferisse em tais direitos privados. Para Waldron (2015, p. 30), entretanto, isso é um erro:

[E]mbora a administração pública precise levar em consideração os direitos privados, não é necessariamente o trabalho do Estado de Direito no direito público fazer os nossos administradores recuarem toda vez que um direito preexistente mete-se em seu caminho. O papel do Estado de Direito não é apenas ser representante de direitos privados ou ser sentinela da proteção de direitos privados de propriedade diante de regulações de direito público. Certamente, é o trabalho do Estado de Direito estar *alerta* ao modo pelo qual direitos individuais, incluindo direitos de propriedade e de contrato, podem ser afetados pela regulação pública. Mas isso não é um modo de proteger direitos privados do impacto do direito público enquanto tal; trata-se de um modo de protegê-los da *arbitrariedade* do direito público. Assim, nós precisamos desenvolver um sentido para a distinção entre ação estatal arbitrária e não arbitrária que possa ser aplicada nesse domínio.

O neorrepblicanismo, de maneira simpática a Waldron, dá pistas para essa distinção entre a ação estatal arbitrária e não arbitrária ao elaborar o conceito de “não dominação”. Ademais, não há nada nele que necessariamente favoreça o direito privado em detrimento do direito público, visto que, em ambos os ramos, a capacidade de interferência arbitrária pode existir. Quando se diz que a concepção neorrepblicana da legalidade visa a reduzir o poder arbitrário dos *oficiais*, não se tem em mente que essa exigência visa a limitar o alcance do poder público *em benefício* de relações privadas. Há razões, ao contrário, para crer que uma concepção do Estado de Direito aplicada ao direito público exige noções repblicanas de “bem público” e uma visão segundo a qual “a parte ‘privada’ em uma relação de direito público deve ser pensada como, e deve pensar a si mesmo como, um cidadão ou um membro do público, não apenas como o portador de um interesse privado” (WALDRON, 2014, p. 7).¹⁷³

A ideia segundo a qual o Estado de Direito possui uma afinidade especial com o direito privado tem uma importante consequência. Essa é a terceira questão institucional, que aborda a suposta centralidade da proteção à propriedade privada no ideal do Estado de Direito.¹⁷⁴ Nesse sentido, regulação estatal que afetasse negativamente a propriedade privada seria uma violação ao Estado de Direito. O neorrepblicanismo, no entanto, parece semelhantemente rejeitar essa tese, principalmente porque a ideia de liberdade como não interferência parece ser pressuposta por ela. Se o Estado de Direito promove a liberdade repblicana (tal como defende uma concepção neorrepblicana da legalidade), então não são todas as interferências no direito de

¹⁷³ Tais linhas são bastante exploratórias. Uma análise mais atenta da relação entre “república” e “direito público” pode ser encontrada em WALDRON, 2014, p. 8-9.

¹⁷⁴ Ver *P₂₁*, p. 51 acima.

propriedade que podem ser contestadas em nome do ideal da legalidade, mas somente aquelas que engendram o tipo de relação de dominação (*imperium*) que os princípios do Estado de Direito querem evitar.

Além disso, “considerando a tendência substantiva de alguns dos elementos formais e procedimentais reconhecidos” do Estado de Direito (WALDRON, 2012a, p. 51), bem como o fato de que um sistema de propriedade pode, ele mesmo, acarretar relações de dominação (*dominium*), percebe-se que não somente o Estado de Direito tolera legislações que limitem a propriedade privada (elas são tão “direito” quanto o direito à propriedade privada), mas também que sua justificação (isto é, a liberdade republicana) pode exigir-las (por exemplo, para promover a independência socioeconômica dos cidadãos). Assim, a liberdade republicana dissocia o Estado de Direito e a propriedade privada ao mesmo tempo em que pode justificar, sob outros aspectos, certa limitação desta última.

Por fim, deve-se tecer algumas considerações sobre o papel da virtude nos arranjos neorepublicanos. Ao longo de toda a dissertação, a discussão centrou-se tão somente em princípios morais, de um lado, e formas institucionais, de outro. Frequentemente, entretanto, aponta-se para o problema da ausência não de instituições, mas de *sociedades* que se empenhem em promover o ideal do Estado de Direito. É nesse sentido que Thomas Carothers (1998, p. 97-98) escreve que “[a]lguns [países] [...], particularmente na América Latina e em partes da antiga União Soviética, Europa oriental e Ásia, lutam contra [...] [a] baixa consideração dos cidadãos para com os seus governos e o desafio de ir além de meros processos democráticos para realizar práticas e valores genuinamente democráticos”. Clama-se, assim, por um *ethos* que verdadeiramente almeje a promoção de um “império de leis e não de indivíduos”.

O republicanismo, em geral, e o neorepublicanismo, em específico, têm muito a falar sobre as virtudes que os cidadãos devem possuir para que a liberdade como não dominação seja verdadeiramente robusta em uma república (ROSLER, 2016, cap. 2). Philip Pettit (1997, p. 280) confirma essa ideia:

As leis que promovem os objetivos da república, que institucionalizam as suas formas e que estabelecem controles regulatórios precisam ser apoiadas por normas republicanas civis — precisam ser apoiadas por virtudes cívicas disseminadas, por civilidade disseminada — se elas pretendem ter qualquer chance de ser efetivas; a república jurídica deve-se tornar uma realidade civil.

Nenhum esforço foi empreendido por esta dissertação para especificar as virtudes necessárias para a legalidade ou para detalhar o *ethos* do Estado de Direito. O esboço que ela delineou, porém, aponta para essa necessidade e abre espaço para essa investigação.

CONCLUSÃO

Elaborar o esboço de uma concepção neorrepublicana do Estado de Direito foi a principal tarefa empreendida por esta dissertação. Com isso, quis-se fornecer elementos-chave para compreender, a partir do ideal da liberdade como não dominação, quais são as bases conceituais, a justificação moral e as exigências centrais do ideal político do Estado de Direito. A título de conclusão, retomo, abaixo, os principais resultados obtidos. Para tanto, forneço o que considero as linhas gerais da concepção neorrepublicana da legalidade em sua melhor forma, sem seguir necessariamente a ordem em que as teses foram apresentadas ao longo deste trabalho.

1. *A estrutura do argumento* (seção 3.1.1). Uma concepção da legalidade, seja qual for o seu conteúdo, deve conter alguns elementos necessários para que seja bem-sucedida. Esses elementos somente puderam ser identificados após os capítulos 1 e 2 terem fornecido um panorama dos principais tópicos e debates presentes na literatura sobre o Estado de Direito. Eles são abrangidos, na forma de “variáveis”, pela *estrutura fundamental da justificação moral do Estado de Direito*:

Dadas certas práticas sociais e seus traços constitutivos (ou seja, certo “aparato conceitual subjacente”), deve-se cumprir os princípios $P_1, P_2, P_3, \dots, P_n$ (os “princípios da legalidade”) nas circunstâncias relevantes de tipo $c_1, c_2, c_3, \dots, c_n$ (seu “campo de aplicação”), pelas razões α, β, γ etc. (suas “preocupações morais subjacentes”). Os princípios $P_1, P_2, P_3, \dots, P_n$ especificam a ideia de que se deve promover “um império de leis e não de indivíduos” (a “intuição moral fundamental”), e as razões α, β, γ etc. afirmam que (e especificam por que) é moralmente bom ou certo conformar-se a $P_1, P_2, P_3, \dots, P_n$.

2. *As preocupações morais subjacentes*. Uma concepção neorrepublicana da legalidade deve preencher todos os espaços em aberto nessa estrutura, a começar pelas “preocupações morais subjacentes”: qual razão α permite afirmar que é moralmente bom conformar-se aos princípios da legalidade (sejam quais forem)? *A justificação neorrepublicana do Estado de Direito* é a seguinte:

Razão α : É moralmente bom conformar-se a $P_1, P_2, P_3, \dots, P_n$, porque respeitar tais princípios da legalidade promove a liberdade como não dominação (seção 3.1.2).

Pode-se indagar, no entanto, em que sentido exatamente a conformidade com os princípios da legalidade “promove” a liberdade como não dominação. Aqui, intervêm duas teses

neorrepublicanas que especificam o tipo de conexão entre a liberdade como não dominação e dois outros elementos: (1) o direito e (2) os princípios da legalidade. São elas (seção 4.1):

Tese 1. O direito enquanto tal é *meio necessário* para que haja, em qualquer grau, liberdade como não dominação (seção 4.1.2, item (A)).

- Justificativa da Tese 1: um sistema jurídico, em virtude de alguns de seus traços constitutivos (generalidade das normas, certeza na identificação, eficácia na aplicação etc.), torna possível a atribuição e a manutenção robusta de um status de cidadão aos indivíduos de uma comunidade.

Tese 2. Conformidade com os princípios do Estado de Direito necessariamente promove, em algum grau, a liberdade como não dominação, reduzindo o *imperium* dos oficiais de um sistema jurídico (seção 4.1.2, item (B)).

- Justificativa da Tese 2: os princípios do Estado de Direito, ao exigirem o aperfeiçoamento dos traços moralmente relevantes que constituem o direito (generalidade das normas, certeza na identificação, eficácia na aplicação etc.), reduzem de maneira robusta a capacidade arbitrária dos oficiais de criar, modificar, administrar e aplicar as normas jurídicas.
- Ressalvas: (i) conformidade com os princípios do Estado de Direito não é suficiente para que haja plena liberdade como não dominação (a realização de certos objetivos republicanos, como a independência socioeconômica dos cidadãos, também é exigida); (ii) conformidade com os princípios do Estado de Direito não é suficiente para que se reduza ao máximo o *imperium* dos oficiais (formas democráticas, por exemplo, também são exigidas). (Ver também seção 4.1.2, item (D), para discussão sobre alguns casos-limite.)

Nota-se que a Tese 2 pressupõe uma ideia do que os princípios da legalidade *são* — eles são exigências de um aperfeiçoamento dos traços moralmente relevantes do direito. Para o neorrepublicanismo, o modo como o direito *possibilita* a liberdade (Tese 1) e o modo como os princípios da legalidade *promovem* a liberdade (Tese 2) estão conectados. Essa conexão pode ser expressa por uma terceira tese:

Tese 3. Os elementos constitutivos do direito que o tornam um meio necessário para a garantia da liberdade como não dominação (Tese 1) estão na base dos princípios do Estado de Direito, comprometimento com os quais torna o direito um meio suficiente para a redução, em algum grau, de *imperium* (Tese 2) (seção 4.1.2, item (C)).

- Exemplo: se a generalidade das normas jurídicas, traço constitutivo D_1 do direito, é um dos fatores que possibilitam a atribuição e a manutenção robusta do status de cidadão aos indivíduos de uma comunidade, então haverá um princípio P_1 que exigirá o aperfeiçoamento dessa generalidade — isto é, a maximização da generalidade até o ponto em que se reduza ao máximo possível a capacidade arbitrária de interferência dos oficiais do sistema.

3. *O aparato conceitual subjacente.* Muitos dos termos utilizados por essas teses são vagos. Ao defini-los, especifica-se o “aparato conceitual subjacente” à concepção neorrepublicana do Estado de Direito. Alguns desses termos receberam atenção especial nesta dissertação.

“Dominação”: um agente A domina um agente B se e somente se A tem a capacidade de interferir de forma arbitrária em certas escolhas que B está em posição de fazer.

- Quanto às fontes: *dominium* = dominação privada; *imperium* = dominação pública (seção 4.1.1).
- Características da liberdade como não dominação: (i) centrada em pessoas, não em escolhas; (ii) possui estrutura quaternária (agências, obstáculos, ações e status); (iii) irreduzível à ausência de interferência; (iv) inerentemente *robusta*: um agente só é livre se ele goza de liberdade não apenas no mundo de fato, mas também em uma gama de mundos possíveis vizinhos (seção 3.3.1).

Deve-se atentar para a centralidade dessa última característica nas Teses 1 e 2, visto que a conexão entre direito/princípios da legalidade e liberdade republicana depende do fato de que o direito/os princípios da legalidade possuem características especiais que os permitem proteger *de modo robusto* a liberdade dos indivíduos. O desafio de saber quais são essas características exigiu que algumas considerações sobre o conceito de direito fossem feitas:

“Direito”: alguns de seus traços constitutivos são (D_1) normas minimamente gerais; (D_2) normas minimamente públicas; (D_3) normas minimamente prospectivas; (D_5) normas minimamente consistentes; (D_6) normas minimamente praticáveis; (D_7) normas minimamente estáveis; (D_8) existência de agências de criação, modificação e aplicação do direito; (D_9) possibilidade de autoaplicação das normas; (D_{10}) possibilidade de certeza na identificação das normas jurídicas; (D_{11}) possibilidade de adaptar as normas jurídicas; e (D_{12}) uma aplicação eficaz das normas jurídicas (seção 4.1.2, item (A)).

- Tal noção de direito deve ser, ademais, compatível com limitações do poder dos oficiais de criar, modificar, administrar e aplicar leis (seção 4.2.1).

4. *Os princípios neorrepúblicanos da legalidade.* A construção de uma justificação do Estado de Direito pautada na não dominação e apoiada pelo referido aparato conceitual traz duas consequências para a lista de princípios do Estado de Direito (ver seção 1.2 para uma compilação dos vários princípios da legalidade existentes na literatura).

Em primeiro lugar, a liberdade como não dominação é capaz de fundamentar não apenas os princípios formais (pelo menos P_1 a P_8), como também muitos dos princípios procedimentais (seção 4.1.3). Princípios formais podem ser respeitados em virtude da benevolência dos oficiais de dado sistema sob certas circunstâncias; logo, para que a liberdade de que gozam os cidadãos em tal sistema seja robusta, alguns princípios exigindo procedimentos e instituições particulares devem fazer parte do ideal neorrepúblicano do Estado de Direito.

Em segundo lugar, a liberdade como não dominação é capaz de estabelecer relações de “afinidade eletiva” com alguns dos princípios substantivos que são frequentemente atribuídos ao ideal da legalidade (seção 4.2.2). Essas afinidades não restaram demonstradas neste trabalho, mas alguns indícios foram apresentados quanto a uma possível afinidade entre o ideal do Estado de Direito e os ideais de democracia e de justiça social. Em contraponto, indícios de ausência de uma tal afinidade foram mencionados quanto à relação entre, de um lado, o ideal do Estado de Direito e, de outro, o ideal de uma “ordem espontânea”, o ramo do direito privado e o instituto da propriedade privada.

5. *O campo de aplicação dos princípios.* As circunstâncias de tipo $c_1, c_2, c_3, \dots, c_n$ às quais os princípios da legalidade republicana se aplicam dizem respeito ao *imperium* dos oficiais, não ao *dominium* dos agentes privados. O Estado de Direito é, portanto, um ideal político cujo trabalho se dá em domínios restritos: suas exigências recaem sobre o *modo* republicano pelo qual o direito de um Estado republicano deve perseguir seus objetivos republicanos (seção 4.1.1). Mencionou-se, além disso, a possibilidade de princípios do Estado de Direito aplicarem-se ao *ethos* de uma sociedade, dada a importância que o republicanismo atribui à virtude dos cidadãos para o bom funcionamento de uma república (seção 4.2.3).

6. *Vantagens da concepção neorrepública do Estado de Direito.* Em última instância, uma concepção do Estado de Direito é bem-sucedida se ela adequa-se aos nossos juízos ponderados em equilíbrio reflexivo. Uma das maneiras pelas quais esta dissertação procurou examinar isso foi por meio da comparação entre a concepção neorrepública e a concepção liberal da legalidade (a primeira, fundada na liberdade como não dominação; a segunda, na liberdade

como não interferência). Argumentou-se, nesse contexto, que a concepção neorrepublicana apresenta algumas vantagens. Um resumo dessa comparação se encontra no seguinte exemplo hipotético:

Imagine dois países. O primeiro é um país ditatorial com um governante absoluto, onde os cidadãos (ou, talvez, súditos) encontram-se à mercê do governante. Mas o governante inclina-se em favor de seus cidadãos e lhes dá uma vasta gama de recursos e escolhas. No entanto, os cidadãos não têm direito a esses recursos e escolhas por direito; em vez disso, eles são inteiramente dependentes da boa vontade do governante. O segundo país é uma república com um governo democrático, [...] bem-ordenado por uma constituição. O país não é rico e, devido a várias pressões econômicas e sociais, os cidadãos têm somente uma gama limitada de recursos e escolhas. Mas eles têm constitucionalmente o direito a esses recursos e escolhas e esse direito é inteiramente apoiado pelo Estado de Direito. ¶ No primeiro país, os cidadãos têm uma gama considerável de opções em seus conjuntos de capacidades [o conjunto de opções abertas a um agente em certo mundo], mas nenhuma delas em seu conjunto de direitos [o conjunto de opções abertas a um agente não apenas em um mundo específico, mas em todos os mundos relevantes possíveis]. Eles têm considerável liberdade contingente no mundo de fato [*actual world*], mas nenhuma liberdade robusta por direito. No segundo país, os cidadãos têm uma gama mais limitada de opções em seus conjuntos de capacidades, mas todas essas opções estão também em seus conjuntos de direitos. Sua liberdade tem um escopo mais limitado, mas não é apenas uma liberdade contingente ao mundo de fato e, sim, uma liberdade robusta por direito. ¶ Claramente, os republicanos preferirão o segundo país ao primeiro. É menos claro como liberais classificarão esses dois países um relativamente ao outro. Se a liberdade liberal fosse o único desiderato, então eles teriam de preferir o primeiro país ao segundo (LIST, 2006, p. 211-212).

Pode-se acrescentar, agora, que a concepção neorrepublicana da legalidade efetua uma avaliação mais rica dos diferentes estados de coisas em relação à realização do ideal do Estado de Direito. Não se pretende que a liberdade dependa da benevolência dos governantes; mas, sim, de instituições que garantem um status robusto de cidadão a todos os indivíduos por meio de um sistema jurídico que se conforma aos princípios da legalidade. Nesse sentido, a teoria neorrepublicana da legalidade preocupa-se com “resultados abrangentes”, não com “resultados finalísticos”, segundo o vocabulário de Amartya Sen (2009, p. 215, grifo do autor):

Não há nenhuma razão em particular para insistir em uma noção empobrecida de um estado de coisas ao avaliá-lo. Especificamente, o estado de coisas ou o resultado no contexto da escolha sob exame pode incorporar *processos* de escolha, e não meramente o resultado último definido [...]. ¶ Nas minhas obras anteriores sobre teoria da decisão e escolha racional, argumentei pela importância de prestar atenção particularmente a resultados abrangentes [*comprehensive outcomes*] que incluem as ações tomadas, agências envolvidas, processos usados, etc. *juntamente com* os resultados simples vistos de uma maneira separada de processos, agências e relações — o que tenho chamado de resultados finalísticos [*culmination outcomes*].

Considerando que este trabalho pretendeu apenas fornecer um *esboço* da concepção neorrepublicana da legalidade, é conveniente encerrar com uma lista de tarefas que não puderam ser executadas aqui, mas que devem ser realizadas em pesquisas futuras:

- Formular uma lista bem definida dos princípios neorrepublicanos do Estado de Direito;
- Detalhar os argumentos que estabelecem “afinidades eletivas” entre os princípios formais/procedimentais do Estado de Direito neorrepublicano e outros ideais ou princípios substantivos;
- Fornecer maiores detalhes acerca do conceito de direito subjacente ao neorrepublicanismo, sobretudo quanto aos seus traços constitutivos que permitem dar robustez à liberdade garantida aos cidadãos;
- Explorar que tipo de exigências o ideal neorrepublicano da legalidade impõe sobre o *ethos* de uma sociedade;
- Enfrentar as questões metodológicas levantadas na seção 2.1 e traçar suas implicações para a concepção neorrepublicana do Estado de Direito.

Em suma, este trabalho foi uma tentativa de “convencer” quanto ao valor moral do Estado de Direito (ver p. 29 acima). Nada garante, infelizmente, que seus argumentos serão capazes de resolver todos os desacordos teóricos e práticos acerca desse ideal. Tal coisa sequer é esperada, aliás. Afinal, se Jeremy Waldron (2002) estiver certo quanto ao fato de que o Estado de Direito é um “conceito essencialmente contestado”, pensar que uma concepção particular da legalidade poderá resolver todos os problemas normativos e institucionais é esperança não apenas vã, como ingênua. Nesse sentido, não se espera que as pessoas, tendo lido esta dissertação, ponham as mãos sobre a testa e digam: “Mas é claro! A definição neorrepublicana do Estado de Direito está correta! Como nós não vimos isso antes?” (cf. WALDRON, 2002, p. 153). Ficarei feliz, entretanto, se elas demonstrarem algum interesse em suas teses.

REFERÊNCIAS

ABENSOUR, Miguel. *La démocratie contre l'État: Marx et le moment machiavélien*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997. 115 p.

ABIZADEH, Arash. Cooperation, Pervasive Impact, and Coercion: On the Scope (not Site) of Distributive Justice. *Philosophy & Public Affairs*, Princeton, v. 35, n. 4, p. 318-358, 2007.

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*. Londres: Profile Books, 2012. 529 p.

ADAMS, John. Thoughts on Government: Applicable to the Present State of the American Colonies. In a Letter from a Gentleman to his Friend. In: _____. *The Works of John Adams, Second President of the United States: with a Life of the Author*. v. 4. Boston: Charles C. Little and James Brown, 1851. p. 189-201.

ALLAN, T. R. S. *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. 361 p.

ARISTÓTELES. *Politics*. Tradução de H. Rackham. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1932. 684 p.

_____. Politics. In: _____. *The Complete Works of Aristotle: The Revised Oxford Translation*. v. 2. Edição de Jonathan Barnes. Tradução de Benjamin Jowett. Princeton: Princeton University Press, 1984. p. 4265-4568.

_____. *Política*. Edição Bilingue. Tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Lisboa: Vega, 1998. 664 p.

ARON, Raymond. Liberté, libérale ou libertaire. In: _____. *Les sociétés modernes*. Textes rassemblés et introduits par Serge Paugam. Paris: Presses Universitaires de France, 2006. p. 665-701. (Quadrige).

AUDARD, Catherine. L'État de droit. In: _____. *Qu'est-ce que le libéralisme? Éthique, politique, société*. Paris: Gallimard, 2009. cap. 3, p. 178-254. (Folio essais).

AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Edição de Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. 298 p. (Cambridge Texts in the History of Political Thought).

BARBER, N. W. The Rechtsstaat and the Rule of Law. *The University of Toronto Law Journal*, Toronto, v. 53, n. 4, p. 443-454, 2003.

BARZOTTO, Luis Fernando. Legalidade e direito natural institucional. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, ano 20, p. 503-521, 2014.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Clarendon Press, 1907. 378 p.

_____. Principles of the Civil Code. In: _____. *The Works of Jeremy Bentham*. v. 1. Edição de John Bowring. Nova Iorque: Russell & Russell, 1962. p. 297-364.

BENTHAM, Jeremy. *On Laws in General*. Edição de H. L. A. Hart. Londres: Athlone Press, 1970. 342 p. (The Collected Works of Jeremy Bentham).

BERLIN, Isaiah. Five Essays on Liberty: Introduction. In: _____. *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty*. Edição de Henry Hardy. Oxford: Oxford University Press, 2002a. p. 3-54.

_____. Two Concepts of Liberty. In: _____. *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty*. Edição de Henry Hardy. Oxford: Oxford University Press, 2002b. p. 166-217.

BIGNOTTO, Newton. Problemas atuais da teoria republicana. In: CARDOSO, Sérgio (Ed.). *Retorno ao Republicanismo*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004. p. 17-43.

BINGHAM, Tom. *The Rule of Law*. Londres: Penguin, 2010. 213 p.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. The Origin and Development of the Concept of the Rechtsstaat. In: _____. *State, Society and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law*. Nova Iorque: Berg, 1991. p. 47-70.

BOSANQUET, Bernard. *The Philosophical Theory of the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. 229 p.

CAROTHERS, Thomas. The Rule of Law Revival. *Foreign Affairs*, Nova Iorque, v. 77, n. 2, p. 95-106, 1998.

_____. Rule of Law Temptations. *The Fletcher Forum of World Affairs*, Medford, v. 33, n. 1, p. 49-61, 2009.

CASS, Ronald A. Property Rights Systems and the Rule of Law. *SSRN Electronic Journal*, 2003. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=392783>>. Acesso em: 31 out. 2018. Documento de trabalho.

CHANG, Ruth. Value Pluralism. In: WRIGHT, James D. (Ed.). *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. v. 25. 2. ed. Oxford: Elsevier, 2015. p. 21-26.

CHESTERMAN, Simon. An International Rule of Law? *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 56, n. 2, p. 331-362, 2008.

CHIARETTI, Daniel. *A teoria da justiça republicana de Philip Pettit*. 2017. 128 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia)—Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Filosofia, São Paulo, 2017.

COHEN, G. A. *If You're an Egalitarian, How Come You're So Rich?* Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2000. 232 p.

_____. *Rescuing Justice and Equality*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008. 430 p.

_____. Luck and Equality. In: _____. *On the Currency of Egalitarian Justice, and Other Essays in Political Philosophy*. Edição de Michael Otsuka. Princeton: Princeton University Press, 2011a. cap. 5, p. 116-123.

COHEN, G. A. Rescuing Justice from Constructivism and Equality from the Basic Structure Restriction. In: _____. *On the Currency of Egalitarian Justice, and Other Essays in Political Philosophy*. Edição de Michael Otsuka. Princeton: Princeton University Press, 2011b. cap. 12, p. 236-254.

_____. *Finding Oneself in the Other*. Princeton: Princeton University Press, 2013. 219 p.

COOTER, Robert D. The Rule of State Law and the Rule-of-Law State: Economic Analysis of the Legal Foundations of Development. In: BRUNO, Michael; PLESKOVIC, Boris (Eds.). ANNUAL WORLD BANK CONFERENCE ON DEVELOPMENT ECONOMICS, 1997, Washington D. C. *Anais...* Washington D. C.: The International Bank for Reconstruction and Development, 1997.

COSGROVE, Richard A. *The Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*. Londres: MacMillan, 1980. 319 p.

COUNCIL OF EUROPE. Parliamentary Assembly. Committee on Legal Affairs and Human Rights. *Corruption as a threat to the Rule of Law*. Izmir, 2013. 20 f. Report.

CRAIG, Paul. Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework. *Public Law*, Londres, v. 3, Autumn, p. 467-487, 1997.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8. ed. Indianapolis: LibertyClassics, 1915. 435 p.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Lisboa, v. 1, n. 1, p. 143-183, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011. 506 p.

DYZENHAUS, David. Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency inside or outside the Legal Order. *Cardozo Law Review*, Nova Iorque, v. 27, n. 5, p. 2005-2039, 2006.

ELIAS, Maria Lígia Ganacim Granado Rodrigues. *Democracia e participação política no novo republicanismo: um estudo sobre o pensamento de Philip Pettit*. 2008. 112 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia Política)—Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

_____. *Liberdade como não interferência, liberdade como não dominação, liberdade construtivista: uma leitura do debate contemporâneo sobre a liberdade*. 2014. 149 p. Tese (Doutorado em Ciência Política)—Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, São Paulo, 2014.

ENDICOTT, Timothy A. O. The Impossibility of the Rule of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 19, n. 1, p. 1-18, 1999.

EPSTEIN, Richard A. *Design for liberty: Private Property, Public Administration, and the Rule of Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011. 233 p.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Commonwealth of Massachusetts. *Constitution of the Commonwealth of Massachusetts*. 1780. Disponível em: <<https://malegislature.gov/laws/constitution>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Marbury v. Madison*. U.S. Reports: *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803. p. 137-180. Disponível em: <<https://www.loc.gov/item/usrep005137>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

FABRO, Artur Mazzucco. *Constituição mista e republicanismo: como as representações da experiência de mistura constitucional dos romanos estão presentes na tradição italiano-atlântica*. 2017. 142 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia Política)–Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política, Florianópolis, 2017.

FALLON JR., Richard H. “The Rule of Law” as a Concept in Constitutional Discourse. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 97, n. 1, p. 1-56, 1997.

FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. 494 p.

FISS, Owen M. Against Settlement. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 93, n. 6, p. 1073-1090, 1984.

FOISNEAU, Luc. La souveraineté. *Cités*, Paris, v. 3, Le corps humain sous influence: La bioéthique entre pouvoir et droit, p. 239-248, 2000.

FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Revised Edition. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1969. 262 p.

GALIŠANKA, Andrius. *John Rawls: The Path to a Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2019. 261 p.

GALLIE, W. B. Essentially Contested Concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, Oxford, v. 56, n. 1, p. 167-198, 1956.

GARDNER, John. Introduction. In: HART, H. L. A. *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. With an Introduction by John Gardner. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. xiii-liii.

_____. On the Supposed Formality of the Rule of Law. In: _____. *Law as a Leap of Faith*. Oxford: Oxford University Press, 2012a. cap. 8, p. 195-220.

_____. Some Types of Law. In: _____. *Law as a Leap of Faith*. Oxford: Oxford University Press, 2012b. cap. 3, p. 54-88.

_____. Hart on Legality, Justice, and Morality. In: _____. *Law as a Leap of Faith*. Oxford: Oxford University Press, 2012c. cap. 9, p. 221-237.

_____. When law is part of the problem. *Oxford University Press Blog*. 2012d. Disponível em: <<https://blog.oup.com/2012/09/law-enforcement-rule-of-law-asymmetry/>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

GARDNER, John. Legal Positivism: 5 ½ Myths. In: _____. *Law as a Leap of Faith*. Oxford: Oxford University Press, 2012e. cap. 2, p. 19-53.

_____. Why Law Might Emerge: Hart's Problematic Fable. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (Eds.). *Reading HLA Hart's "The Concept of Law"*. Oxford: Hart, 2013. cap. 5, p. 81-96.

_____. Some Rule-of-Law Anxieties about Strict Liability in Private Law. In: AUSTIN, Lisa M.; KLIMCHUK, Dennis (Eds.). *Private Law and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. cap. 9, p. 207-223.

GREEN, Leslie. Book Review: Law's Rule – The Rule of Law: Ideal or Ideology, by A. C. Hutchinson and P. Monahan (eds). *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 24, n. 4, p. 1023-1042, 1986.

_____. Positivism and the Inseparability of Law and Morals. *New York University Law Review*, Nova Iorque, v. 83, n. 4, p. 1035-1058, 2008.

HARRINGTON, James. The Commonwealth of Oceana. In: _____. *"The Commonwealth of Oceana" and "A System of Politics"*. Edição de J. G. A. Pocock. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. p. 1-266. (Cambridge Texts in the History of Political Thought).

HART, H. L. A. *Law, Liberty, and Morality*. Stanford: Stanford University Press, 1963. 88 p.

_____. Problems of the Philosophy of Law. In: _____. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983a. cap. 3, p. 88-119.

_____. Lon L. Fuller: The Morality of Law. In: _____. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983b. cap. 16, p. 343-364.

_____. Positivism and the Separation of Law and Morals. In: _____. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983c. cap. 2, p. 49-87.

_____. Prolegomenon to the Principles of Punishment. In: _____. *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. With an Introduction by John Gardner. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008a. cap. 1, p. 1-27.

_____. Legal Responsibility and Excuses. In: _____. *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. With an Introduction by John Gardner. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008b. cap. 2, p. 28-53.

_____. *The Concept of Law*. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, and with an Introduction and Notes by Leslie Green. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. 333 p.

HAYEK, Friedrich August von. *The Constitution of Liberty*. The Definitive Edition. Chicago: University of Chicago Press, 2011. 583 p. (The Collected Works of F. A. Hayek, 17).

_____. *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*. Londres: Routledge, 2013. 558 p.

HENDLEY, Kathryn. “Telephone Law” and the “Rule of Law”: The Russian Case. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 1, n. 2, p. 241, 2009.

HOBBS, Thomas. *Leviathan: The English and Latin Texts (i)*. v. 2. Oxford: Oxford University Press, 2012a. xii, 1-575 p.

_____. *Leviathan: The English and Latin Texts (ii)*. v. 3. Oxford: Oxford University Press, 2012b. xii, 576-1400 p.

_____; BRAMHALL, John. *Hobbes and Bramhall on Liberty and Necessity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. (Cambridge Texts in the History of Philosophy). 104 p.

HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conception as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*. New Haven: Yale University Press, 1923. 420 p.

HOLMES, Stephen. Precommitment and the Paradox of Democracy. In: _____. *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*. Chicago: University of Chicago Press, 1995a. cap. 5, p. 134-177.

_____. The Liberal Idea. In: _____. *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*. Chicago: University of Chicago Press, 1995b. cap. 1, p. 13-41.

_____. Lineages of the Rule of Law. In: MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam (Eds.). *Democracy and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. cap. 1, p. 19-61.

KENDALL-TAYLOR, Andrea; FRANTZ, Erica; WRIGHT, Joseph. The Global Rise of Personalized Politics: It’s Not Just Dictators Anymore. *The Washington Quarterly*, Washington D. C., v. 40, n. 1, p. 7-19, 2017.

KOLESNIKOV, Andrey. Vladimir Putin: dayu vam chestnoye partiinoye slovo. *Kommoersant.ru*, Moscou, 2010. Disponível em: <<https://www.kommersant.ru/doc/1495411>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

KRYGIER, Martin. “The Concept of Law” and Social Theory. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 2, n. 2, p. 155-180, 1982.

_____. Four Puzzles about the Rule of Law: Why, What, Where? And who cares? *Nomos*, Nova Iorque, v. 50, Getting to the Rule of Law, p. 64-104, 2011.

LABORDE, Cécile; MAYNOR, John. The Republican Contribution to Contemporary Political Theory. In: LABORDE, Cécile; MAYNOR, John (Eds.). *Republicanism and Political Theory*. Malden: Blackwell, 2008. cap. 1, p. 1-28.

LAUREANO, Roger Gustavo Manenti. *As origens da tradição republicana*. 2017. 173 p. Universidade Federal de Santa Catarina, Dissertação (Mestrado em Sociologia Política)– Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política, Florianópolis, 2017.

LINCOLN, Abraham. *Speeches and Writings (1859-1865): Speeches, Letters, and Miscellaneous Writings Presidential Messages and Proclamations*. Nova Iorque: Library of America, 1989.

LIST, Christian. Republican freedom and the rule of law. *Politics, Philosophy & Economics*, Londres, v. 5, n. 2, p. 201-220, 2006.

LIVY. *Books I and II*. v. 1. Tradução de B. O. Foster. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1967. (The Loeb Classical Library). 447 p.

LOUGHLIN, Martin. Rechtsstaat, Rule of Law, l'État de droit. In: _____. *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010. cap. 11, p. 312-341.

_____. The Rule of Law: A Theme in Five Variations. *Frontiers of Law in China*, v. 10, n. 3, p. 437-448, 2015.

_____. *Political Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 2017. 191 p.

_____. The Apotheosis of the Rule of Law. *The Political Quarterly*, v. 89, n. 4, p. 659-666, 2018.

LOVETT, Frank. *A General Theory of Domination and Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2010. 273 p.

_____. Harrington's Empire of Law. *Political Studies*, Londres, v. 60, n. 1, p. 59-75, 2012.

_____. *A Republic of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. 233 p.

_____. Republicanism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, Summer Edition, 2018. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/republicanism/>>. Acesso em: 24 nov. 2019. Versão PDF disponível para download.

_____; PETTIT, Philip. Neorepublicanism: A Normative and Institutional Research Program. *Annual Review of Political Science*, v. 12, n. 1, p. 11-29, 2009.

LÖWY, Michael. Le concept d'affinité électorale en sciences sociales. *Critique internationale*, Paris, v. 2, n. 1, p. 42-50, 1999.

MACCALLUM JR., Gerald C. Negative and Positive Freedom. *The Philosophical Review*, Boston, v. 76, n. 3, p. 312-334, 1967.

MACCORMICK, Neil. Der Rechtsstaat und die rule of law. *JuristenZeitung*, Tübingen, v. 39, n. 2, p. 65-70, 1984.

_____. *H. L. A. Hart*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008. 244 p. (Jurists: Profiles in Legal Theory).

_____. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2009. 317 p. (Law, State, and Practical Reason).

MACHADO, Augusto Sperb. A Fábula de Hart entre Furões, Leões e Ovelhas: o que temos a ganhar e a perder com o direito? In: SALÃO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA UFRGS, 27., 2015, Porto Alegre. *Resumos...* Porto Alegre: Lume UFRGS, 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/136176>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

MACHADO, Augusto Sperb. *Da tese do germe de justiça ao ideal do Estado de Direito: um estudo sobre o valor de proceder conforme uma regra na obra de H. L. A. Hart*. 2017. 110 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais)–Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, Porto Alegre, 2017.

MAQUIAVEL, Nicolau. *Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio*. Tradução de Sérgio Bath. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. 436 p.

MICHELMAN, Frank. Law's Republic. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 97, n. 8, p. 1493-1537, 1988.

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. *Não-manipulabilidade e contestabilidade da regulação: elementos para uma abordagem neorrepblicana das agências reguladoras*. 165 f. 2012. Tese (Doutorado em Direito)– Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, 2012.

OLIVEIRA, Joedson de Santana. *O déficit sociológico do republicanismo de P. Pettit: interfaces com a teoria crítica de Honneth*. 118 f. 2018. Tese (Doutorado em Filosofia)– Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Escola de Humanidades, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Porto Alegre, 2018.

ORTS, Eric W. The Rule of Law in China. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Nashville, v. 34, n. 1, p. 43-116, 2001.

PALOMBELLA, Gianluigi. The Rule of Law as an Institutional Ideal. In: MORLINO, Leonardo; PALOMBELLA, Gianluigi (Eds.). *Rule of Law and Democracy: Inquiries into Internal and External Issues*. Leiden: Brill, 2010. cap. 1, p. 3-37. (International Studies in Sociology and Social Anthropology, 115).

_____. The Rule of Law at Home and Abroad. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 8, n. 1, p. 1-23, 2016.

PARFIT, Derek. *Equality or Priority?* Kansas: University of Kansas, 1995. 42 p.

PARIJS, Philippe Van. Postface à l'édition française. In: COHEN, G. A. *Si tu es pour l'égalité, pourquoi es-tu si riche?* Tradução de Fabien Tarrit. Paris: Hermann, 2010. p. 385-391. (L'avocat du diable).

PETTIT, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Reimpressão de 2010 com posfácio. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997. x, 329 p.

_____. Free persons and free choices. *History of Political Thought*, Oxford, v. 28, n. 4, p. 709-718, 2007.

_____. Republican Freedom: Three Axioms, Four Theorems. In: LABORDE, Cécile; MAYNOR, John (Eds.). *Republicanism and Political Theory*. Malden: Blackwell, 2008. cap. 5, p. 102-130.

_____. Law and Liberty. In: BESSON, Samantha; MARTÍ, José Luis (Eds.). *Legal Republicanism: National and International Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2009. cap. 1, p. 40-59.

PETTIT, Philip. Civic Republican Theory. In: _____; MARTÍ, José Luis. *A Political Philosophy in Public Life: Civic Republicanism in Zapatero's Spain*. Princeton: Princeton University Press, 2010. cap. 2, p. 32-68.

_____. The Instability of Freedom as Noninterference: The Case of Isaiah Berlin. *Ethics*, Chicago, v. 121, n. 4, p. 693-716, 2011.

_____. *On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012. 338 p.

_____. *Just Freedom: A Moral Compass for a Complex World*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 2014. 258 p.

_____. A Brief History of Liberty—And Its Lessons. *Journal of Human Development and Capabilities*, v. 17, n. 1, p. 5-21, 2016.

_____. Social Norms and the Internal Point of View: An Elaboration of Hart's Genealogy of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 39, n. 2, p. 229-258, 2019.

_____; MARTÍ, José Luis. Giving Philosophy a Public Life. In: _____; _____. *A Political Philosophy in Public Life: Civic Republicanism in Zapatero's Spain*. Princeton: Princeton University Press, 2010. cap. 5, p. 135-160.

POPOVA, Maria. Putin-Style "Rule of Law" & the Prospects for Change. *Dædalus*, v. 146, n. 2, p. 64-75, 2017.

POSTEMA, Gerald J. *Bentham and the Common Law Tradition*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019. 536 p. (Clarendon Law).

RADIN, Margaret Jane. Reconsidering the Rule of Law. *Boston University Law Review*, Boston, v. 69, n. 4, p. 781-819, 1989.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised Edition. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999. 538 p.

_____. *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001. 214 p.

_____. Political Constructivism. In: _____. *Political Liberalism*. Expanded Edition. Nova Iorque: Columbia University Press, 2005a. Lecture III, p. 89-129.

_____. Fundamental Ideas. In: _____. *Political Liberalism*. Expanded Edition. Nova Iorque: Columbia University Press, 2005b. Lecture I, p. 3-46.

_____. *Lectures on the History of Political Philosophy*. Edição de Samuel Freeman. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2007. 476 p.

RAZ, Joseph. The Rule of Law and its Virtue. In: _____. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979. cap. 11, p. 210-227.

_____. The Law's Own Virtue. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 39, n. 1, p. 1-15, 2019.

RFI. Polônia: juízes europeus e poloneses protestam em defesa da independência da Justiça. 11 jan. 2020. Disponível em: <<http://www.rfi.fr/br/europa/20200111-juizes-europeus-e-poloneses-protestam-em-defesa-da-independencia-da-justica-polonesa>>. Acesso em: 22 jan. 2020.

RODRIGUES, Lucas Soares. A justiça em John Rawls, Amartya Sen e Philip Pettit. 121 f. 2017. Dissertação (Mestrado em Filosofia)—Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Belo Horizonte, 2017.

ROSLER, Andrés. *Razones públicas: seis conceptos básicos sobre la república*. Buenos Aires: Katz, 2016. 316 p.

SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio. Power, Rules, and Compliance. In: MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam (Eds.). *Democracy and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. cap. 2, p. 62-93. (Cambridge Studies in the Theory of Democracy).

SCANLON, T. M. The diversity of objections to inequality. In: _____. *The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. cap. 11, p. 202-218.

SCARPI, Vinicius da Silva. *Habermas e a República: um debate sobre direito, democracia e liberdade*. 2006. 87 f. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito)—Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional, Rio de Janeiro, 2006.

SCHEUERMAN, William E. Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law After 9/11. *The Journal of Political Philosophy*, Oxford, v. 14, n. 1, p. 61-84, 2006.

_____. Recent Frankfurt Critical Theory: Down on Law? *Constellations*, Oxford, v. 24, n. 1, p. 113-125, 2017.

_____. *The End of Law: Carl Schmitt in the Twenty-First Century*. 2. ed. Londres: Rowman & Littlefield, 2020. 343 p.

SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008. 468 p.

_____. *O Conceito do Político / Teoria do Partisan*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 264 p.

SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009. xxviii, 468 p.

SHKLAR, Judith N. *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986. 246 p.

_____. Political Theory and the Rule of Law. In: HUTCHINSON, Allan C.; MONAHAN, Patrick (Eds.). *The Rule of Law: Ideal or Ideology*. Toronto: Carswell, 1987.

SIDGWICK, Henry. *The Elements of Politics*. 2. ed. Londres: MacMillan, 1897. 665 p.

SILVA, Ricardo. Participação como contestação: a idéia de democracia no neo-republicanismo de Philip Pettit. *Política & Sociedade*, Florianópolis, v. 11, p. 199-220, 2007.

_____. Liberdade e lei no neo-republicanismo de Skinner e Pettit. *Lua Nova*, São Paulo, n. 74, p. 151-194, 2008.

_____. Visões da liberdade: republicanismo e liberalismo no debate teórico contemporâneo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 94, p. 181-215, 2015.

SKINNER, Quentin. *Liberty before Liberalism*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1998. 141 p.

_____. A Third Concept of Liberty. In: THOMPSON, F. M. L. (Ed.). *Proceedings of the British Academy (2001 Lectures)*. v. 117. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 237-268.

_____. On the Slogans of Republican Political Theory. *European Journal of Political Theory*, Londres, v. 9, n. 1, p. 95-102, 2010.

_____. On the Liberty of the Ancients and the Moderns: A Reply to My Critics. *Journal of the History of Ideas*, v. 73, n. 1, p. 127-146, 2012.

_____. *Hobbes and Republican Liberty*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. 245 p.

SOLUM, Lawrence B. Equity and the Rule of Law. *Nomos*, Nova Iorque, v. 36, The Rule of Law, p. 120-147, 1994.

SUMMERS, Robert S. A Formal Theory of the Rule of Law. *Ratio Juris*, Oxford, v. 6, n. 2, p. 127-142, 1993.

_____. The Principles of the Rule of Law. *Notre Dame Law Review*, Notre Dame, v. 74, n. 5, p. 1691-1708, 1999.

TAMANAH, Brian Z. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. 180 p.

TITO LÍVIO. *História de Roma*. v. 1. Tradução de Paulo Matos Peixoto. São Paulo: Paumape, 1989. 456 p.

TUSHNET, Mark. Critical Legal Studies and the Rule of Law. *SSRN Electronic Journal*, 2003. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3135903>>. Acesso em: 11 fev. 2020. Documento de trabalho.

URBINATI, Nadia. *Me the People: How Populism Transforms Democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2019. 266 p.

VIROLI, Maurizio. Machiavelli and the republican idea of politics. In: _____; BOCK, Gisela; SKINNER, Quentin (Eds.). *Machiavelli and Republicanism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991. cap. 7, p. 143-172.

WALDRON, Jeremy. The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory. *Ratio Juris*, Oxford, v. 2, n. 1, p. 79-96, 1989.

WALDRON, Jeremy. Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues. *California Law Review*, Berkeley, v. 82, n. 3, p. 509, 1994a.

_____. Why Law – Efficacy, Freedom, or Fidelity? *Law and Philosophy*, Dordrecht, v. 13, n. 3, p. 259, 1994b.

_____. Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (In Florida)? *Law and Philosophy*, Dordrecht, v. 21, n. 2, p. 137-164, 2002.

_____. Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 105, n. 6, p. 1681-1750, 2005.

_____. Legislation and the Rule of Law. *Legisprudence*, v. 1, n. 1, p. 91-123, 2007.

_____. The Concept and the Rule of Law. *Georgia Law Review*, Athens, v. 43, n. 1, Sibley Lecture Series, Paper 29, p. 1-61, 2008a.

_____. Hart and the Principles of Legality. In: KRAMER, Matthew H. et al. (Eds.). *The Legacy of H.L.A. Hart*. Oxford: Oxford University Press, 2008b. cap. 4, p. 67-84.

_____. Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law? *The European Journal of International Law*, Oxford, v. 22, n. 2, p. 315-343, 2011a.

_____. The Rule of Law and the Importance of Procedure. *Nomos*, Nova Iorque, v. 50, Getting to the Rule of Law, p. 3-31, 2011b.

_____. *The Rule of Law and the Measure of Property*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012a. 118 p.

_____. How Law Protects Dignity. *The Cambridge Law Journal*, Cambridge, v. 71, n. 1, p. 200-222, 2012b.

_____. Public Rule of Law. *SSRN Electronic Journal*, 2014. Disponível em: <<https://www.ssrn.com/abstract=2480648>>. Acesso em: 16 dez. 2019. Documento de trabalho.

_____. The Rule of Law in Public Law. In: ELLIOTT, Mark; FELDMAN, David (Eds.). *The Cambridge Companion to Public Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. cap. 3, p. 56-72.

_____. The Rule of Law. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, Fall Edition, 2016a. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>>. Acesso em: 23 mai. 2019.

_____. Separation of Powers and the Rule of Law. In: _____. *Political Political Theory: Essays on Institutions*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016b. cap. 3, p. 45-71.

_____. Rule by Law: A Much Maligned Proposition. *SSRN Electronic Journal*, 2019. Disponível em: <<https://www.ssrn.com/abstract=3378167>>. Acesso em: 12 out. 2019.

WALTERS, Mark D. Public law and ordinary legal method: Revisiting Dicey's approach to droit administratif. *University of Toronto Law Journal*, Toronto, v. 66, n. 1, p. 53-82, 2016.

WORLD JUSTICE PROJECT. *The World Justice Project Rule of Law Index*. Washington, 2019. Disponível em: <<https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/ROLI-2019-Reduced.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2019.