

JÚLIO FROTA LISBÔA PEREIRA DE SOUZA

**COERÇÃO E DISTRIBUIÇÃO: LIBERDADE E DIREITOS INDIVIDUAIS
EM NOZICK**

Trabalho de conclusão de curso para a
obtenção de grau de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Luis Fernando Barzotto

Porto Alegre
2010

JÚLIO FROTA LISBÔA PEREIRA DE SOUZA

**COERÇÃO E DISTRIBUIÇÃO: LIBERDADE E DIREITOS INDIVIDUAIS
EM NOZICK**

Trabalho de conclusão de curso para a obtenção de grau de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Banca Examinadora:

.....
Prof. Dr. Luis Fernando Barzotto (UFRGS)
.....
.....

Conceito:

Porto Alegre, de dezembro de 2010.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Luis Fernando Barzotto por sua orientação e acessibilidade.

Aos colegas e amigos pelo incentivo e constante ajuda, sempre dispostos a esclarecer minhas dúvidas mesmo nos momentos mais inconvenientes.

À minha irmã, Ana Maria, cuja ajuda foi primordial para a realização desse trabalho.

À Clarissa Rodycz pelo afeto e companheirismo em todos os momentos possíveis.

À minha família pela paciência inesgotável, carinho e estímulos constantes.

RESUMO

A legitimidade do Estado e o espaço permitido para o exercício do poder sem coerção são temas dos mais importantes dentro da filosofia política. Sua relevância para a compreensão das estruturas estatais que nos cercam e até mesmo para o entendimento da liberdade humana são inegáveis. A partir da obra de Robert Nozick, *Anarquia, Estado e Utopia*, foi realizado um estudo sobre a possibilidade da existência do Estado sem coerção, da estrutura dos direitos individuais e dos problemas presentes na legitimação do poder como exercido hoje. Examinou-se ainda a proposta de Rawls em sua obra *A Theory of Justice*, apontando-se criticamente as falhas contidas nos princípios da equidade e da diferença, bases de sua teoria do contrato social, bem como as falácias contidas na idéia do véu de ignorância. Por fim, o trabalho empreendido foi uma reflexão sobre a própria natureza das relações de poder, resultando, ao menos por enquanto, na conclusão de que apenas o anarco-capitalismo seria capaz de tomar o espaço estatal sem admitir a coerção em sua própria definição.

Palavras-chave: Liberdade. Coerção. Estado de Natureza. Distribuição. Contrato social.

ABSTRACT

The legitimacy of the state and the space allowed for the exercise of power without coercion are some of the most important themes in political philosophy. Its relevance for understanding the state structures that surround us and even to the understanding of human freedom is undeniable. From the work of Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, a study was made on the possibility of the existence of the state without coercion, the structure of individual rights and the problems present in the legitimacy of power as exercised today. It also examines the proposal of Rawls in his book *A Theory of Justice*, pointing out critically flaws contained in the principles of equality and difference, bases of his social contract theory, as well as the fallacies contained in the idea of the veil of ignorance. Finally, the undertaken work was a reflection on the nature of power relations, resulting, at least for now, the conclusion that only anarcho-capitalism would be able to take the State's place without admitting coercion in its own definition.

Keywords: Liberty. Coercion. State of Nature. Distribution. Social Contract.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1	
NASCIMENTO DO ESTADO	10
1.1. Os Direitos Individuais Em Locke	10
1.2. O Estado De Natureza.....	12
1.3. O Princípio Da Compensação.....	17
1.4. Os Direitos Processuais No Estado De Natureza	25
1.5. Como Poderia Agir A Agência De Proteção Dominante	27
1.6. Crítica Libertária Ao Estado Criado Pela Mão Invisível De Nozick	35
CAPÍTULO 2	
RAWLS E A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA	40
2.1. O Princípio Da Equidade	44
2.2. O Princípio Da Diferença	45
2.3. O Princípio Do Direito Ao Produto Do Próprio Trabalho	48
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

INTRODUÇÃO

As relações de poder têm despertado o interesse de filósofos desde tempos relativamente recentes. Dentro desse tema, a relação do indivíduo com o Estado e seus semelhantes ocupa papel de destaque na filosofia, na busca de desvendar os limites e a forma de exercício desse poder. A necessidade de um ente superior aos homens, capaz de protegê-los uns dos outros assombra os maiores pensadores da filosofia política há milênios.

A investigação dos poderes e limites do Estado tem nos gregos seus primeiros grandes pensadores. Em sua obra de grande envergadura *A Política*, Aristóteles investiga as diversas formas de exercício do poder, suas finalidades e limites. Trata ainda das patologias que surgem do desrespeito aos limites, do quão facilmente o tecido social pode degenerar-se pela sua influência. Seu texto basilar traça uma forma importante de entender o ser humano, definido como ser social, cuja vida apenas tem sentido dentro do âmbito da comunidade. Seu papel dentro desse arranjo é determinante para o sucesso e a felicidade de sua vida. Não é por acaso que a situação do apátrida representa um infortúnio incomensuravelmente grande.

Essa forma de pensar o Estado, o indivíduo e a comunidade só seria ameaçada em sua hegemonia pelas obras dos pensadores modernos, especialmente Hobbes e Locke, que cunharam uma nova forma de examinar as relações entre indivíduos e Estado. A partir da noção de que a construção jurídica estatal é artificial, eles separam sociedade civil e soberania estatal. O ser humano não necessitava da comunidade organizada como poder para que sua vida fosse plena. O Estado agora era compreendido como construto necessário para a manutenção da ordem e da paz social, instrumento hábil a promover a segurança no meio da qual a sociedade civil poderia florescer.

Como decorrência dessa guinada no pensamento político e do novo status do aparato estatal como estrutura artificial construída pelo homem e não

inerente a ele, surge logicamente a necessidade de analisar as relações humanas a partir de um contexto de estado da natureza. Vale dizer: uma vez que o Estado é uma criação, torna-se imperativo perscrutar acerca de como funcionava o mundo antes de sua existência. Eis a tarefa dos cenários de estado da natureza: divisar de que forma o homem criou o Estado, bem como suas razões e limites.

É nesse contexto que surge, ainda como corolário desse grande sistema de pensamento, a idéia do contrato social. Sua importância reside na forma de criação do Estado e em sua legitimação. A postulação de que todos assinariam um contrato social dando origem ao Estado como ente artificial é o grande salto da filosofia política moderna, denotando as preocupações à época com os limites da coerção e da liberdade individual.

Postulava-se que todo o cidadão, ao nascer, firmava um contrato por sua própria vontade, um contrato que legitimaria o exercício do poder estatal sobre sua vida. Tal idéia era fundamental para afastar a coerção desmedida realizada pelos detentores do poder de outrora e trazia em si a semente de outra: a imprescindibilidade da representação do indivíduo nos atos do poder público que o afetassem, concretizada na figura do voto e do parlamento.

A secularização do Estado está diretamente relacionada com essa nova problemática. Outrora legitimado por lendas e mitos caros às comunidades, mediante rituais, rememoração de eventos históricos, simbologia, cultura, enfim, a uma tradição vivida em comum e com uma finalidade comum, fosse ou não religiosa, com poderes outorgados por Deus (direito divino dos reis europeus medievais), o poder deve doravante ser compreendido e investigado a partir da perspectiva do homem, livre de crenças ou tradição.

Tal é o fruto da mudança da ótica teocentrista para a lógica antropocentrista caracterizadora do renascimento. O homem passa a ser entendido como centro do mundo e, como não poderia deixar de ser, dos conceitos que estruturam e explicam seu universo. A exclusão do transcendental do processo político era vista como a forma correta de compreender o homem naquilo que possuía de universal e científico, conceitos caros ao iluminismo.

A justificação do Estado a partir das teorias de estado da natureza dá novo fôlego à filosofia política, constituindo nova forma de investigar o homem na sociedade. As obras de Hobbes e Locke tratam desse tema sob duas abordagens

diferentes, uma encontrando no medo da guerra de todos contra todos a justificativa do Estado, outra legando à organização social o imperativo justificador do Estado, bem como sua função de garantidor dos direitos fundamentais, aqui entendidos como os de primeira geração.

O presente trabalho esmiúça as contribuições de pensadores recentes sobre a legitimidade da ordem política, o conceito de direito público e o conteúdo que deve ser dado à justiça. Trilha-se o caminho de Nozick em sua tentativa de demonstrar a possível legitimidade do Estado, atentando para os seus limites de atuação. O conceito de coerção como deslegitimadora da ordem jurídica e estatal, a postulação de um direito público superior a soma dos individuais é revelada e analisada sob o prisma da coerência e consistência sistêmicas.

O segundo capítulo debruça-se sobre a obra de Rawls, autor de *A Theory of Justice*, responsável pelo que talvez seja o mais importante trabalho de sistematização da justiça do séc. XX. Seus princípios da equidade e da diferença são expostos e criticados, sua noção de justiça examinada de perto.

Muitas são as questões que tangenciam as aqui abordadas: a justiça comutativa, baseada na equivalência do prestado e do recebido, bem como seus limites e falhas; a justiça como resultado do encontro de duas vontades livres, capazes de dispor sem qualquer empecilho daquilo que lhes pertence; os direitos entendidos como direitos naturais; os direitos entendidos como construções humanas necessárias à consistência das relações jurídicas dentro do Estado de Direito moderno e até mesmo no âmbito do anarco-capitalismo.

Espera-se contribuir de alguma maneira para fomentar o debate sobre essas questões, bem como propor e transmitir conclusões desses vários filósofos, a fim de que o debate sobre tema tão importante para a própria definição da vida atual não seja olvidado. Num mundo em que o consenso sobre valores e finalidades do homem não é mais que sombra do passado, a busca por uma estrutura jurídica que comporte as mais diversas idiosincrasias deve, inexoravelmente, iniciar-se pela investigação da filosofia.

CAPÍTULO 1

NASCIMENTO DO ESTADO

1.1. Os Direitos Individuais Em Locke

Em nosso afã de investigar a legitimidade do Estado e os tipos de justiça que devem nortear sua estrutura jurídica, a opção pela teoria do estado de natureza como ponto de partida é igualmente a opção pelo caminho mais didático. Ao inserir o nascimento do Estado dentro de uma perspectiva histórica, tomamos de empréstimo a própria maneira do direito civil de indagar sobre a legitimidade das coisas: a forma narrativa e histórica, buscando a idoneidade na criação dos institutos e no justo título da propriedade. Nozick, cuja senda trilhamos, expõe dessa forma a opção pelo Estado de natureza:

Se o Estado não existisse, seria necessário inventá-lo? Precisaríamos de um Estado, e teríamos de inventá-lo? Essas questões surgem para a filosofia política e para uma teoria que vise a explicar o fenômeno político e são respondidas por meio da investigação do “estado de natureza”...¹

A teoria do estado de natureza, combinada à teoria dos direitos individuais em Locke, brinda-nos com os instrumentos para tal análise, permitindo, através de um exercício especulativo, aventar a maneira como o Estado poderia ter surgido legitimamente e ainda quais os limites dos seus poderes para que sua legitimidade não incorra em desnaturação.

O estado de natureza caracteriza-se pela inexistência de aparelho estatal e jurídico, um cenário em que cada indivíduo é responsável apenas por si

¹ NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. USA: Basic Books, 1974. P.3 Tradução livre. If the state did not exist would it be necessary to invent it? Would one be *needed*, and would it have to be *invented*? These questions arise for political philosophy and for a theory explaining political phenomena and are answered by investigating the “state of nature”...

mesmo. Isso ocorre, claro, sem prejuízo da existência de responsabilidades contratuais ou morais entre as pessoas, mas essas só podem ser originadas pela escolha individual. Ninguém pode forçar um homem a doar aquilo que lhe sobra aos mais necessitados, mas este pode fazê-lo de livre e espontânea vontade.

Locke, ao perscrutar as origens do Estado e seu papel na sociedade, parte expressamente da premissa de que todos somos donos de nós mesmos. Escuda-se no direito natural, tema polêmico e sujeito a muitos questionamentos.² Optaremos nesse trabalho pela tese de que **é impossível afirmar a legitimidade do Estado nos moldes atuais sem aceitar a existência dos direitos individuais de liberdade e propriedade. Esses direitos são a base que sustenta a auto-consistência de qualquer teoria acerca da legitimidade do Estado moderno, ainda que não o tornem livre de incoerências.** Esse tema será melhor desenvolvido no segundo capítulo.

Postulados tais direitos como premissas necessárias (mais adiante analisaremos a importância dessas premissas), segue-se com a descrição do Estado de natureza. Locke imagina todos os homens vivendo no meio selvagem, sem a existência de direitos de propriedade salvo aqueles sobre o próprio corpo e tempo do indivíduo, absolutamente proprietário de si mesmo.

Aduz igualmente o autor que nesse estado de natureza todos têm direito de punir aquele que infringe os direitos pessoais de um. Curiosa afirmação, claramente baseada na noção de direitos naturais, já que o direito de reparação surge apenas para aquele que tem seu direito violado. Trata-se na verdade de uma noção de direito público, inconsistente com a teoria que se pretende delinear aqui. Não há na obra de Locke razão que justifique a afirmação da existência de tal direito geral e impessoal, pertencente à comunidade que, com relação a todos os outros aspectos, não possui direitos. O presente estudo, por buscar uma legitimação dos direitos individuais na sua consistência com relação ao sistema que os rege, prescinde desse direito difuso de punição.

² Nozick parece reconhecer essa limitação na fundamentação jusnaturalista de Locke. Segundo o autor: Essa tarefa é tão crucial, o vácuo deixado sem sua realização tão gritante, que é apenas um conforto menor notar que nós aqui estamos seguindo a respeitável tradição de Locke, que não oferece nada remotamente semelhante a uma explicação satisfatória sobre o status e as bases da lei natural no seu *Segundo Tratado*. No original: That task is só crucial, the gap left without its accomplishment so yawning, that it is only a minor comfort to note that we here are following the respectable tradition of Locke, who does not provide anything remotely resembling a satisfactory explanation of the status and basis of the law of nature in his *Second Treatise*. P. 9.

Segue então para a explicação de como surgem os direitos de propriedade sobre bens, créditos etc. Para que possa efetivar-se a apropriação original, Locke enumera dois requisitos: que o indivíduo misture seu trabalho ao bem, que pode ser terra, insumos etc, de forma pacífica; e, ainda, desde que sobre quantidade suficiente daquele bem para os outros (veremos mais adiante os problemas que essa última condição acarreta).³

A outra forma possível de aquisição da propriedade para Locke dá-se mediante a transferência voluntária de bens e direitos, no sentido de livre vontade ao dispor desses bens gratuita ou onerosamente. Assim, um bem adquirido originariamente de forma pacífica pode ser passado adiante pelo consentimento de seu atual possuidor.

1.2. O Estado De Natureza

Já observamos a forma como os direitos individuais como direitos de propriedade ao corpo e às coisas funcionam para Locke. Segue-se então o desenvolvimento das relações sociais a partir do estado de natureza. Dando continuidade ao nosso exercício especulativo, atendidos esses pressupostos acima elencados, pode-se imaginar que pouco a pouco os indivíduos deste experimento filosófico adquiririam as terras em seu entorno, mesclando a elas seu trabalho, fariam trocas voluntárias com o excedente de sua produção e paulatinamente se especializariam naquilo que fazem melhor. A busca do interesse pessoal de cada um terminaria por gerar um mercado semelhante ao atual, com indivíduos altamente especializados conforme a máxima econômica da vantagem comparativa. Até esse ponto, o cenário imaginado em pouco difere do real.

Mas quanto às funções tipicamente estatais? Poderiam esses indivíduos prescindir inteiramente do Estado? Funções de natureza tipicamente

³ ... cada homem tem uma *propriedade* em sua própria *pessoa*. A esta ninguém tem direito algum além dele mesmo. O *trabalho* de seu corpo e a *obra* de suas mãos, pode-se dizer, são propriamente dele. Qualquer coisa que ele então retire do estado com que a natureza a proveu e deixou, mistura-a a ele com o seu trabalho e junta-lhe algo que é seu, transformando-a em sua propriedade. Sendo ela retirada do estado comum em que a natureza a deixou, a ela agregou, com esse trabalho, algo que a exclui do direito comum dos demais homens. LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P.409.

pública, como a segurança e a atividade jurisdicional, seriam exercidas inicialmente pelos próprios indivíduos isoladamente, que protegeriam seus negócios e julgariam por si mesmos as questões que os envolvessem. Cada um cuidaria de si, de sua família e de outros que desejasse da maneira como pudesse.

Paulatinamente, a lógica econômica exerceria sua força também nesse ponto, gerando mais uma explicação no sentido da mão invisível de Adam Smith: pessoas começariam a formar grupos, associações, de proteção, em que inicialmente todos poderiam ser chamados para a defesa de qualquer um, mais ou menos no molde de muitas das aldeias indígenas e comunidades em que não existe propriedade bem definida. Quando em necessidade, qualquer membro da comunidade poderia ser convocado para ajudar a repelir um ataque, resgatar prisioneiros ou simplesmente proteger a aldeia de ameaças.

Um arranjo desse tipo seria conveniente inicialmente, pois a união está na força, mas logo surgiriam problemas acerca de quem deveria atuar em casos que não necessitassem da força de todos, quem deveria ficar de prontidão ou de guarda etc. Essa indefinição de papéis diminuiria a eficiência da organização social, na medida em que qualquer um pode ser retirado de seus afazeres para proteger a comunidade. Essa é a origem histórica bastante comum da divisão da sociedade em classes ou castas com funções específicas. Daí decorre a existência de guerreiros profissionais em comunidades, adstritos ou não à função de protetores.⁴

Nesse ínterim, começariam a surgir empresas capazes de oferecer proteção, em decorrência da especialização e da diminuição de custos daí oriundos. Essas empresas ou agências⁵ protegeriam indivíduos determinados em troca de uma remuneração, num contrato de proteção. Essa proteção poderia dar-se igualmente por áreas e condomínios, como ocorre usualmente hoje no mundo real. A experiência mostra que esse serviço pago pelo cliente é um arranjo útil para ambas as partes, já que remunera a empresa/agência e ao mesmo tempo desincumbe o particular de cuidar de sua própria segurança.

⁴ Tal é a origem da nobreza européia, japonesa e inca, por exemplo. Tratam-se de guerreiros responsáveis por proteger a comunidade, mas que muitas vezes acabam por aproveitar-se dela. O rei como chefe militar entre os bárbaros é consequência desse passo, cuja importância para a formação da sociedade ocidental é incontestável.

⁵ O termo agência será utilizado, pois nos parece a melhor tradução do inglês (agency é o termo original). A rigor, empresa e associação possuem o mesmo efeito, podendo substituir a expressão agência para que o texto não se torne maçante.

Naturalmente, sendo este um negócio rentável, criar-se-iam diversas agências de proteção, todas competindo a bem de angariar o maior número de clientes. Contratualmente, os clientes cederiam à empresa seu direito de punir aqueles que violassem seus direitos, pois essa função seria melhor realizada pelo aparato técnico da empresa. Assim, quando um cliente tivesse alguma propriedade roubada (sua televisão, por exemplo), entraria em contato com a agência que se encarregaria de procurar o criminoso ou, sendo este conhecido, designaria uma equipe para buscar o televisor mais o valor dos transtornos causados pelo transgressor (custos de pessoal, danos decorrentes da invasão etc).

O arcabouço contratual que permitiria essa relação entre agência de proteção e cliente seguiria o esquema lockeano, cujo princípio que norteia a aquisição da propriedade também é válido para as relações individuais: a iniciação de violência está solenemente banida da vida comum, sendo considerado lícito o uso da força somente quando em resposta a uma agressão. Cumpre notar que a responsabilidade civil emergiria naturalmente da própria noção de propriedade, pois sendo essa violada por alguém, acarretando subtração de valor sem consentimento do proprietário, seria necessário reparar o dano.

Tal estrutura contratual e voluntária de segurança pública funcionaria sem problemas na maioria dos casos. Entretanto, a situação se tornaria mais interessante quando dois indivíduos, filiados a agências distintas, entrassem em conflito. Aproveite-se o exemplo anterior: um indivíduo A afirma que um indivíduo B levou seu televisor, marca X, modelo Y. B, entretanto, nega que tenha levado o aparelho, aduzindo ser este seu de direito. Como resolver tal disputa?

Nesse ponto adentramos o âmbito da segunda atividade primordialmente estatal: a jurisdicional. Haveria solução de conflitos ou as agências simplesmente guerreariam até que a mais forte vencesse? Chegariam a um consenso sobre um método pacífico de solução de disputas? Se assim fosse, a quem caberia a decisão dos conflitos? Como impedir que uma agência mais poderosa simplesmente não se submetesse ao julgamento?⁶

Ao tratar do problema utilizando-se de modernos conceitos matemáticos de teoria dos jogos, Nozick afirma que as próprias agências, obrigadas

⁶ Exemplos reais de situações semelhantes podem ser encontrados em eventos recentes. Os Estados Unidos da América, principal potência militar, o equivalente a uma agência dominante, recusou-se a obedecer a determinação da ONU contrária à invasão do Iraque.

pela inescapável lógica econômica, estabeleceriam mecanismo de solução de disputas, provavelmente nos moldes da arbitragem atual. Isso facilitaria em enorme medida as relações inter-agências, pois guerras são demasiado caras e desgastantes, além de possuírem resultado no mais das vezes incerto.

Assevera o autor que tal arranjo jurisdicional poderia gerar uma estrutura legal semelhante à existente de fato através de um esquema do tipo mão invisível, restando ao final uma única ordem jurídica abarcante das mais diversas agências. Isto é, haveria somente um órgão decisor, mas vários poderiam ser os executores das decisões.

No seu livro *Machinery of Freedom*, David Friedman⁷ expõe relato histórico acerca de um sistema semelhante que vigorou na Islândia medieval, no qual há um único julgador, mas as reparações pecuniárias decorrentes dos julgados podiam ser endossadas para terceiros, de modo que um indivíduo fraco demais para exigir seu direito de indenização poderia repassar mediante valor esse título para outro mais forte, que por sua vez demandaria a cobrança para si. O autor investiga as razões que fizeram a ruína de tal sistema e aponta intervenções externas de países como a Dinamarca como causa principal. Enumera dados relacionados à produção literária da ilha durante esse período, do qual datam as famosas sagas islandesas, asseverando ter sido um tempo de intenso crescimento econômico a ponto de gerar excedentes que permitiram à população dedicar-se à literatura.

Voltando ao mecanismo judicial imaginado por Nozick, este seria igualmente utilizado intra-agência, nos casos de conflito entre dois clientes comuns. Outro caminho possível poderia ser a não intervenção em disputas de usuários da mesma empresa, mas isso geraria incentivos perversos para que violadores de direitos se filiassem ao máximo número de agências, obrigando a modificação do sistema para melhor servir aos pagantes.

Outros autores defensores da teoria que desenhamos até aqui⁸ imaginam que esse cenário se sustentaria, gerando assim uma comunidade funcional inteiramente livre de coerção, portanto, pelos critérios apresentados, legítima. Essa é a posição de Hayek e David Friedman, que asseveram ainda a

⁷ FRIEDMAN, David. *The Machinery of Freedom. Guide to a Radical Capitalism*. Second Edition. Illinois: Open Court Chicago and La Salle, Illinois, 1995.

⁸ *Ibidem*.

possibilidade gerada por uma tal situação da criação de um mercado de normas jurídicas, cada agência estabelecendo as regras que a regem em cada relação com outras agências por contrato.

Isso permitiria que o direito a ser aplicado em cada caso concreto pudesse ser determinado de alguma forma pelas partes envolvidas que, ao escolher uma determinada agência de proteção, estariam elegendo também um ordenamento jurídico, com regras desenhadas sob medida para suas relações. Indivíduos poderiam selecionar a que regras se submeteriam dentro das possibilidades propostas pelas diferentes agências. Direitos privilegiados poderiam ser compensados por uma quantia pecuniária, de tal modo que aqueles abrindo mão de uma maior proteção receberiam em contrapartida serviços a um custo significativamente mais baixo.

Assim, ao escolher uma fornecedora de proteção o indivíduo estaria também elegendo o seu direito, podendo pagar mais por prerrogativas especiais que seriam compensadas e avaliadas no mercado de agências. A liberdade individual expandida até a possibilidade de auto-determinar a que direito se submeter.

Quanto ao tema principal, Nozick, por outro lado, parte do pressuposto de que apenas uma agência sobreviveria no longo prazo dentro de um dado território, havendo aqueles que são seus clientes e aqueles que são desprotegidos, que estão por conta própria. Não são aduzidas razões suficientes para explicar tal fenômeno, mas esse passo é necessário para que a tese principal, de que um Estado mínimo pode surgir legitimamente de um estado de natureza, possa ser desenvolvida.

Nesse último cenário, os contratantes do serviço, ao cederem seu uso da força à empresa para executar seus direitos, estariam protegidos, seguros em relação àqueles que não possuíssem contrato de proteção, uma vez que sua empresa jamais deixaria que terceiros fizessem uso de violência contra seus clientes. Em casos assim não haveria nenhum incentivo para a instauração de um julgamento dada a disparidade de forças. Tal situação geraria claro privilégio para os pagantes, pois estariam protegidos de qualquer maneira da busca de reparação dos outros indivíduos por conta própria.

Os desprotegidos ficariam impedidos pela agência de exigir retribuição e justiça dos protegidos, o que conformaria clara violação aos seus direitos,

ensejando reparação dentro da estrutura lógica dos direitos de propriedade de Locke. Surge assim o problema maior da especulação até aqui realizada. Contudo, nessa questão reside a pedra de toque da teoria da legitimidade do Estado mínimo.

Importante notar que Nozick não assevera qualquer motivo ou razão capaz de impedir que a própria agência de proteção dominante utilize-se de sua posição de poder para extorquir por meio de fraude ou força dinheiro das pessoas. O autor reconhece que apenas a moral poderia atuar como limite a esses abusos num primeiro momento.

1.3. O Princípio Da Compensação

Escudando-se no princípio da reparação, Nozick aduz que os afetados seriam compensados pela perda de seu direito de punir e exigir justiça por conta própria da maneira mais fácil para a agência, ou seja, através do oferecimento de serviços de proteção. Cumpre ressaltar tomar-se por pressuposto a atuação das agências de forma condizente ao modelo de respeito aos direitos individuais como propriedade de Locke.

Algumas considerações precisam ser feitas quando ao princípio da compensação, dada sua importância para a teoria de Nozick. Ao aduzir a possibilidade de um ente como uma agência de proteção poder privar terceiros do exercício de seus direitos, surge a questão: se a agência tem o direito de proibi-los, por que os deve indenizar? Se agência não tem o direito de fazê-lo, por que não pára?

A bem de justificar sua curiosa posição, de que é legítima a proibição mediante reparação, o autor vê-se obrigado a perscrutar as relações entre risco, compensação e proibição. É possível proibir algo de maneira legítima? O fato de algo poder ser integralmente compensado é o bastante para que possa ser realizado? Se um determinado indivíduo diverte-se brincando de roleta russa utilizando terceiros como alvos, seu direito de fazê-lo deve existir? Há três respostas grosso modo para essa pergunta: sim; sim, desde que esse indivíduo possua meios suficientes para indenizar terceiros em caso de dano; não, de maneira alguma;

Tal dificuldade é inerente a sistemas jurídicos baseados na noção de propriedade: a compensação se dá em geral em razão da violação, não do risco, enquanto proibições sempre se erguem como barreiras ao perigo, ao risco. Há meios de conciliar esses interesses. O próprio mercado costuma encontrar formas de resolver danos causados a outrem por atividades individuais,

Há casos em que os custos de transação tornam inviável a busca de reparação do dano. É o caso de uma atividade que cause dano de 50 centavos para cada habitante de uma cidade (pensemos na poluição). O montante de dano causado é gigantesco, mas não é economicamente inteligente o ingresso no judiciário para exigir reparação. A forma adotada atualmente no Brasil é por meio de ações de interesse difuso ou coletivo, cuja legitimidade está nas mãos do Ministério Público. Um formato muito mais interessante seria deixar a cargo de qualquer escritório de advocacia que tomasse a peito essa função, ingressando para coletar os danos causados a todos em juízo sob o compromisso de repassar as indenizações percebidas. A remuneração dos escritórios de advocacia poderia ficar por conta do valor nunca reclamado ou dos juros percebidos durante o período em que a indenização não foi buscada. Outra forma seria a cobrança de taxa de administração.⁹

A clara vantagem num sistema como o apresentado acima em relação ao atual, baseado na ação do Ministério Público, está no fato de que a persecução das indenizações devidas não fica a cargo de uma decisão de conveniência política ou das possibilidades fáticas de atuação de um órgão público. Ao abrir a possibilidade de exigir reparação a qualquer particular, os incentivos econômicos passam a agir, atraindo os talentos e a rápida ação, pois ser o primeiro comporta grandes vantagens.

Exemplos de soluções interessantes de mercado para a chamada “tragédia dos comuns”¹⁰ não faltam, alguns arbitrados pelo Estado ou Estados (vide venda de créditos de carbono dentro do protocolo de Kyoto), outros deixados à livre iniciativa dos particulares. Entretanto, o problema enfrentado pela teoria do surgimento de um Estado legítimo a partir do Estado de natureza concentra-se num

⁹ Um exemplo existente dessa solução é o das class actions americanas, isto é, ações de classe.

¹⁰ A tragédia dos comuns é a expressão utilizada na economia para designar situações em que todos têm interesse e se beneficiariam com uma determinada ação, mas não o bastante para empreendê-la individualmente.

ponto ainda mais sensível: como justificar a proibição imposta pela agência dominante ao uso da força pelos particulares que buscam ver efetivados seus direitos?

Tal proibição estaria embasada no risco existente de insegurança dos procedimentos jurisdicionais e de aplicação da justiça dos particulares. A agência protetora dominante não permitiria que seus clientes fossem submetidos a procedimentos não aceitos por ela, e os custos de transação da demonstração da confiabilidade de uma determinada técnica jurisdicional tornaria demasiado caro sua verificação para cada caso concreto, cada particular.

Nozick aduz que há casos em que uma ação de um particular pode ou não gerar danos para um indivíduo ou vários. Para a teoria clássica dos direitos individuais, não há dúvidas de que só quando efetivamente violados os direitos devem ser indenizados. Entretanto, a mera possibilidade de algo grave acontecer, ainda que acompanhada da certeza de que haverá uma indenização caso ocorra, gera em si um custo que não é computado pela teoria tradicional. O mercado encontra maneiras de compensar o risco existente, seja pagando maiores salários para trabalhadores que realizam atividades perigosas (mineiros, escafandristas etc), seja cobrando parcelas mais altas em seguros. O risco é um fator levado em consideração em toda atividade econômica por um mecanismo de mão invisível, sendo natural sua remuneração.

Como compensar os indivíduos pelo medo causado por uma atividade? Devem ser todos compensados por senti-lo? Somente os que de fato o sentem? Como aferir tais condições? Nozick afasta tais possibilidades embasando-se especialmente nos custos de transação, advogando que somente aqueles que sofreram danos podem ser indenizados.¹¹

A tutela do medo geral infringido na população ou do risco seria obtida mediante a proibição de determinadas atividades consideradas arriscadas ou perturbadoras. Para que isso não configurasse uma supressão arbitrária dos direitos de liberdade e propriedade dos proibidos, esses seriam compensados pela supressão do direito de exercer aquela atividade. Isso tornaria o sistema mais claro e simples e justificaria a proibição imposta.

¹¹NOZICK, Robert. Op. cit. p. 135-137.

A clássica solução proposta pela teoria dos direitos individuais como direitos de propriedade, baseada na idéia de que para o exercício de atividade arriscada, nociva ou poluidora dever-se-ia buscar a aquiescência de todos os possíveis envolvidos resta afastada pelo mesmo motivo. Os custos de transação e avaliação seriam demasiado altos, bem como a operacionalidade do sistema dificilmente se concretizaria.

Emerge logo a dúvida acerca de quais atividades mereceriam de fato essa proteção. O caso já mencionado da diversão por meio de roleta russa com terceiros, apontando uma arma para outrem contrariamente a sua vontade, deveria comportar uma indenização àquele que só se diverte desse modo por ser proibido? Se não, como parece saltar aos olhos, por quê?

A solução proposta é a de que somente em casos de haver proibição de atividade normalmente realizada por outras pessoas ou entidades, em razão da pessoa e em desvantagem do alvo da proibição, que tem seus direitos e liberdade reduzidos abaixo da média geral de exercício, deve haver reparação. Como critério do quantum reparável, deve estar somente o quanto esses indivíduos são prejudicados pela proibição.

Nas palavras do próprio autor:

... somente aqueles prejudicados por uma proibição devem ser compensados, e devem ser compensados somente pelas suas desvantagens. Se uma proibição de atos arriscados possuir dois efeitos separados sobre alguém, o primeiro prejudicando-o sem que esse prejuízo seja maior que para outros não atingidos, e o segundo o prejudicando em relação ao restante das pessoas, o princípio da compensação demandaria que compensação fosse paga apenas para o segundo.¹²

Dessa forma, um paralelo com a proibição imposta ao epilético de dirigir pode ser traçado no tocante à proibição do exercício da justiça pelas próprias mãos. No caso dos motoristas portadores dessa condição, que se veriam impedidos de conduzir sob o fundamento da maior segurança dos outros (ainda que seja possível que nunca venham a causar acidentes) e, vale lembrar, prejudicados numa

¹² NOZICK, Robert. Op. cit. P. 87 – no original: only those disadvantaged by a prohibition are to be compensated, and they are to be compensated *only* for their disadvantages. If a prohibition of risky acts had two separate effects on someone, the first making him worse off though not disadvantaged as compared to others and the second disadvantaging him, the principle of compensation would require compensation be paid only for the second.

medida que os deixa em desvantagem em relação aos demais, o princípio da compensação imaginado por Nozick incidiria perfeitamente.

A implementação de direitos pela força e a jurisdição particular incorreriam nessa mesma categoria. O conhecimento de que o método de julgamento a ser utilizado e o *modus operandi* da execução são arriscados¹³, ou ainda o desconhecimento do fato de não o serem, gera por si só insegurança demais para ser tolerada pelas agências ou agência de proteção. Utilizando-se de sua maior organização e poder, essas impediriam a utilização de meios particulares contra seus clientes. Como já visto, tal situação acarretaria a incidência do princípio acima explanado.

Resta perscrutar acerca da legitimidade de tal proibição imposta pela agência dominante. No cenário até aqui imaginado, não existe direito coletivo que não seja a soma dos direitos individuais que o formam. Isto é, um grupo só pode ter um direito se algum de seus membros possuir esse mesmo direito, ou se o direito de diversos membros for combinado numa forma complexa. Não pode haver direito residual uma vez que todos os membros desse coletivo o tenham abandonado. Nozick define a situação dessa forma:

Pois os poderes legítimos de uma associação de proteção são meramente a soma dos direitos individuais que seus membros ou clientes transferem para a associação. Nenhum direito ou poder novo surge; cada direito da associação é passível de decomposição sem resíduo nos direitos individuais possuídos pelos distintos indivíduos agindo por conta própria no estado de natureza.¹⁴

Quer parecer que nesse ponto o autor dá um salto lógico, já que não necessariamente essa proteção seria oferecida em todos os casos, mas somente naqueles que envolvessem diretamente associados da agência. A agência, ainda que monopolista, não teria porque se envolver em disputas entre indivíduos que não contrataram seus serviços, de modo que essa compensação pode ser tomada como exagerada.

¹³ Ibidem. P. 88. Nozick define arriscado como dotado de maior probabilidade de condenar um inocente.

¹⁴ Ibidem. P.89

No original: for the legitimate powers of a protective association are merely the sum of the individual rights that its members or clients transfer to the association. No new rights and powers arise; each right of the association is decomposable without residue into those individual rights held by distinct individuals acting alone in a state of nature.

O autor recorre à tese da compensação com o intuito de afastar a crítica que lhe é feita quando da passagem para o Estado mínimo. Nozick defende a ilegitimidade total da justiça distributiva, e o Estado mínimo oferece proteção a todos, mesmo àqueles que não podem pagar tributos. Isso decorre do fato de que a segurança pública é um exemplo clássico de tragédia dos comuns: há aqueles que pagam pelo serviço, os contribuintes que sustentam a atividade policial, e aqueles que apenas usufruem dos benefícios sem contrapartida, isto é, os que não têm como pagar impostos ou que sonégam. Esses recebem um benefício às custas de terceiros, numa clara redistribuição.

Assim, ao menos à primeira vista, mesmo o Estado mínimo do ideal liberal clássico possui uma faceta distributiva. É impossível evitar que a segurança ofertada aos que pagam não seja usufruída por aqueles que vivem nas proximidades.

Surge a questão então de estabelecer a razão que torna a justiça distributiva legítima para oferecer proteção a todos aqueles dentro do território estatal, mas restam carentes de legitimidade usos diversos da justiça distributiva para atingir outras finalidades também consideradas desejáveis. Por que somente neste caso é justificável a justiça distributiva?

Há dois caminhos possíveis para responder a essa questão: encontrar um critério distintivo externo que permita a justiça distributiva nesse caso e em nenhum outro; ou descaracterizar a justiça distributiva, mostrando que o oferecimento de proteção para não pagantes repousa sobre outro fundamento. Nozick toma o segundo caminho.

Para que essa proteção universal oferecida não seja tomada como justiça distributiva, Nozick, mais uma vez utilizando de explicação de natureza da mão invisível¹⁵, afirma tratar-se da já mencionada compensação pela supressão unilateral do direito de punir dos não pagadores. No universo imaginado, a agência retiraria dos não pagantes o gozo do seu direito de punir e buscar compensação, pois não permitiria que não-clientes exercessem esse direito contra seus clientes. Afinal, a agência estaria completamente alheia ao modo de decisão quanto ao dever

¹⁵Ibidem. Em sua obra, Nozick apresenta vários exemplos de explicação pela mão invisível. Por sua clareza, a regulação do tamanho das populações animais no meio ambiente natural, gerada unicamente pela busca do bem-estar individual de cada animal.

de indenizar de seu cliente, de modo que seria mais racional simplesmente impedir que qualquer um usasse da força contra ele.

Esse entendimento produz efeitos mais profundos do que se pode pensar à primeira vista. Ao afastar a noção de distribuição até mesmo nessa situação por meio da tese da compensação, Nozick termina por excluir sua teoria das demais teorias contratualistas, como as tradicionais teorias de Hobbes, Locke e Montesquieu.

Pois em momento algum postula a existência de um contrato social. Para ele, há tão somente aqueles que optaram pela proteção estatal e aqueles que são compensados de forma indireta pela perda de seu direito de punir. Com tal passo, sua tese torna-se imune a críticas como as de ordem kantiana, que apontam a inverossimilhança da possibilidade de um indivíduo famélico assinar um contrato que em nada lhe beneficia.

No entanto, ao escudar-se sobre a narrativa e a perspectiva histórica para legitimar sua teoria acerca do surgimento do Estado, o autor deixa de lado complicações como o fato de que tal situação não se verifica necessariamente na prática. Nozick dá-se por satisfeito com o fato de que um Estado mínimo poderia surgir legitimamente de um Estado de natureza, sem perscrutar se isso efetivamente aconteceu. Um criminoso que furta um televisor poderia tê-lo adquirido de modo legítimo, mas não o fez. Nesse ponto, parece-nos que a tese começa a fazer água, mas sua investigação continua sendo frutífera para uma maior compreensão das relações políticas.

Outro problema inerente à noção de direitos de propriedade lockeanos diz respeito à segunda exigência proposta para que a aquisição original de propriedade seja legítima: a existência de bens semelhantes suficientes para os outros. Nos termos de Locke:

Tampouco seria essa *apropriação* de qualquer parcela de *terra*, mediante a melhoria desta, prejudicial a qualquer outro homem, uma vez que restaria ainda bastante e de boa qualidade, e mais do que poderiam usar os que ainda não possuíam um lote. De modo que, na verdade, nunca houve menos para os outros pelo fato de ter ele delimitado parte para si, pois aquele que deixa para o outro tanto

quanto este possa usar faz como se não houvesse tomado absolutamente nada.¹⁶

Ora, sabendo-se que há escassez de recursos no mundo atual¹⁷, a idéia de que é preciso que sobre o bastante¹⁸ para outros para que a propriedade seja justa leva à dissolução reversa de toda a propriedade legitimamente constituída no momento em que a última pessoa tomar para si o bem que resta disponível. Se não há o bastante para outros após esse ato, já não havia o bastante para ela. E assim sucessivamente, inviabilizando por inteiro a teoria lockeana dos direitos de propriedade.¹⁹

Por outro lado, a remoção desse requisito não acarretaria prejuízo maior para a teoria da aquisição da propriedade, especialmente num mundo fático em que a maior parte dos indivíduos não vive de rendas, mas do produto de seu próprio trabalho²⁰. Além disso, em nada ofende o senso comum a noção de que se há apenas uma pêra para dois homens mortos de fome a propriedade da pêra seja do primeiro que a encontrar.

Quanto às formas legítimas de aquisição da propriedade, quer parecer-nos possível elencar ainda outra: a transformação da posse ilegítima em propriedade pelo transcurso do tempo, seguindo a lógica jacente da usucapião. O próprio direito lança mão de dispositivos que quebram a noção histórica de propriedade, uma vez que o *status quo ante* nem sempre pode ser restabelecido, ou os custos impostos à segurança jurídica dessa restauração são demasiado altos.

¹⁶ LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 413

¹⁷ Tal poderia não ser o caso na época de Locke, especialmente se tomarmos como exemplo a expansão agrícola estadunidense rumo ao oeste. É claro que sempre se pode conjecturar a respeito da legitimidade da propriedade de terras tomadas a tiros da população autóctone. No entanto, é justamente nesse ponto que surge a idéia da necessidade da mistura do trabalho à terra.

¹⁸ A própria definição de bastante pode gerar problemas que imbricam a teoria lockeana em considerações de quantidade e não mais de princípios. O que é o bastante? O suficiente para a subsistência? E quanto à clara vantagem de apossar-se das melhores terras ou das terras mais próximas? A ausência de finalidade que permita determinar o conteúdo de bastante enfraquece sobremaneira a teoria de Locke.

¹⁹ Outros problemas que desse entendimento poderiam surgir são quanto à aplicação desse conceito de propriedade a outros bens que não a terra, como propriedade intelectual, segredo industrial e patentes, nos quais há clara restrição a reprodução desses bens por proteção estatal.

²⁰ David Friedman, ao elaborar seu estudo especulativo de uma sociedade regida tão somente por agências de proteção, prefere abster-se da problemática das justificativas lockeanas para a propriedade imóvel, concentrando-se no argumento fático de que 95% do PIB americano é produzido com base em recursos que não a terra (especialmente o trabalho humano), portanto cabíveis no esquema lockeano de aquisição da propriedade sem o enfrentamento dessa questão.

Curioso notar que Locke já prevê instituto semelhante, ao determinar que:

... qualquer um poderá *açambarcar* tanto quanto queira. Ao que eu respondo que não. A mesma lei da natureza que por este meio nos concede a propriedade, também *limita* essa *propriedade*. (...) Mas até que ponto ele nos deu? *Para usufruirmos*. Tanto quanto qualquer pessoa possa fazer uso de qualquer vantagem da vida antes que se estrague, disso pode, por seu trabalho, fixar a propriedade. O que quer que esteja além disso excede sua parte e pertence aos outros.²¹

Estaria Locke já defendendo uma incipiente noção de função social da propriedade? Embora esse tema seja suficientemente amplo para dar azo a estudo próprio, quer parecer que sim, uma vez que inclui na noção de propriedade um elemento claro de finalidade – usufruir e trabalhar a terra – semelhante ao que existe hoje na constituição brasileira. Nozick passa ao largo dessas considerações, enfrentando em seguida o problema dos direitos processuais, um tema repleto de meandros e considerações.

1.4. Os Direitos Processuais No Estado De Natureza

Como seriam os direitos processuais no estado de natureza? De que modo atuariam nas relações entre indivíduos? Por que o procedimento de jurisdição de um particular deveria ser proibido pela agência dominante? Existe um direito a ser julgado por um procedimento conhecido como justo? Conhecido por quem? Pelas próprias partes em julgamento? Essa função é desempenhada pelo Estado, que atua como autoridade na confiabilidade do sistema.²² Pode-se questionar se o Estado realiza essa atividade de maneira mais ou menos eficaz que numa estrutura de mercado como a apresentada nesse trabalho. Considerando a ausência de

²¹ LOCKE, John. Op. cit. P.413

²² NOZICK, Robert. Op. cit. P. 101: Pode-se pensar no Estado como o apaziguador de dúvidas sobre confiabilidade e equidade dos procedimentos. Mas é claro que não há garantia alguma que ele irá apaziguá-las ou dirimi-las, e tampouco há razão para supor que ele o fará mais eficientemente que qualquer outro esquema ou estrutura (tradução nossa). One may think of the state as the authoritative settler of doubts about reliability and fairness. But of course there is no guarantee that it *will* settle them, and there is no reason to suppose it will manage to do so more effectively than another scheme.

concorrência (excetuando-se a hoje difícil possibilidade de imigração pelas regras de admissão de imigrantes vigentes na maioria dos países), há pouca razão para imaginar que o modelo atual teria mais sucesso.

Há alguma dificuldade extra na questão dos direitos processuais quanto ao concernente a institutos como a prescrição e a decadência, tradicionalmente tratados como direito material, mas aqui debatidos como parte do direito processual.²³ Em que se fundamentariam esses institutos? Como seria possível alegar a prescrição ou a decadência de um direito? A finalidade servida por tais técnicas jurídicas consiste na obtenção da segurança jurídica, o mesmo aplicando-se a coisa julgada. Não possuem natureza individual, pois servem ao coletivo propiciando certeza jurídica ao vedarem demandas fundadas em passado remoto. Os negócios jurídicos dificilmente podem ser imaginados no âmbito do direito civil sem o manto protetor desses institutos.²⁴

Mediante a teoria de Locke, quando dela extraímos algo semelhante à função social da propriedade, pode-se dar forma a algo como a usucapião, mas não à prescrição ou à decadência, e muito menos à coisa julgada. Nozick, ao não abarcar a finalidade na propriedade, optando por um conceito liberal mais purista, afasta-se mesmo da possibilidade da usucapião.

Esses institutos, num cenário como o imaginado por Nozick, poderiam ser tão somente fruto da anuência dos envolvidos. A coisa julgada surgiria naturalmente pela lógica da mão invisível, já que praticamente todos concordam que existe a necessidade de chegar-se a uma conclusão, pois no longo prazo a incerteza é paralisadora. Nesse sentido, muitas vezes uma decisão ruim é melhor que decisão alguma. Quanto à prescrição e decadência, poderiam criar-se a partir da aquiescência dos particulares em relação ao regime de direitos defendido por sua agência protetora em relação às demais. Assim, cada agência teria seu pacote de

²³ O fundamento para um exame desses institutos sob a ótica do direito processual estriba-se na forma como atuam. Ambos só são exercidos através da invocação em juízo ou reconhecimento do próprio magistrado, daí sua natureza processual a pesar da classificação distinta na doutrina.

²⁴ Imagine-se a impossibilidade de venderem-se terras no Brasil, já que sempre seria possível a um descendente de indígenas que um dia a ocuparam demandar contra o novo proprietário na justiça. Ou ainda ao descendente de indígenas que tiveram suas terras tomadas por outros indígenas e assim sucessivamente, até o momento atual.

direitos, seu código civil, penal etc., para situações que envolvessem terceiras agências.²⁵

Na existência de apenas uma agência dominante, a prescrição e a decadência provavelmente surgiriam no âmbito do direito oferecido para seus associados, pois a segurança jurídica é uma necessidade básica da lógica de mercado, na qual os riscos devem ser administrados e diminuídos ao máximo. Desse modo, a criação desses institutos se daria também pela anuência ao contratar com a agência, pois o serviço viria desde logo com suas normas incluídas. Nesse ponto há outra imposição da agência aos protegidos como forma de compensação, porquanto eles jamais concordaram com esses institutos.²⁶

Não é o objetivo desse trabalho afirmar a inexistência de direitos processuais no estado de natureza, nem é essa a tese sustentada por outros defensores dessa tradição. Não se almeja dizer que não pode haver legítima defesa contra procedimentos não confiáveis ou injustos.²⁷

1.5. Como Poderia Agir A Agência De Proteção Dominante

Os direitos processuais no estado de natureza já foram examinados, bem como o princípio da compensação e o funcionamento das agências de proteção. Cabe agora analisar como a associação de proteção dominante atuaria em relação ao uso de procedimentos jurisdicionais e de execução por parte de particulares sem violar seus direitos de natureza.

Em primeiro lugar, quando confrontadas com um procedimento jurisdicional que julgam não confiável ou injusto, as agências de proteção certamente impediriam a submissão de seus clientes a esse método, em razão do

²⁵ Mais uma vez, segundo o modelo apresentado por David Friedman, no qual a coexistência de várias agências é tomada como viável e provável. Nozick descarta essa possibilidade principalmente por utilizar-se desse modelo com a finalidade de explicar o Estado, necessitando da existência de uma agência dominante.

²⁶ Nozick passa ao largo dessas questões, mas nada nos parece mais necessário que as examinar nesse exercício especulativo. Haja vista a prática impossibilidade de uma sociedade baseada no livre mercado sem essas técnicas jurídicas, há nesse ponto outra violação aos direitos dos particulares não protegidos, dessa vez sem compensação – ou talvez a compensação ainda resida na proteção. São pontos importantes para que se possa imaginar uma sociedade inteiramente livre de coerção para os quais não há resposta dentro da teoria elaborada por Nozick.

²⁷ A mesma posição é acolhida por Nozick, vide p. 101.

risco inerente. As associações de proteção, utilizando-se dos direitos de defesa que lhes foram outorgados pelos clientes, reagiriam a qualquer forma arriscada de julgamento ou execução.

Quanto a procedimentos cuja confiabilidade e justeza permanecem desconhecidas, as agências provavelmente impediriam seu uso. Vale lembrar que indivíduos no estado de natureza não possuem esse direito de impedir terceiros de lhes aplicar procedimentos jurisdicionais com base tão somente no seu desconhecimento.²⁸ Portanto, tampouco possuiriam esses direitos as associações de proteção.

Qual seria de fato o comportamento legítimo a ser esperado do ente de proteção dominante? A lógica de mercado e a pressão exercida pelos clientes levariam à publicação de uma lista com todos os procedimentos conhecidos, elencados ali os permitidos e os não permitidos. Novos procedimentos seriam rapidamente testados, e os incentivos econômicos seriam no sentido de permitir a aprovação do menor número de novos processos, pois no caso de um mais arriscado ser admitido e esse risco maior vir a ser descoberto, a agência sofreria abalo na sua credibilidade, ao passo que no caso de um método seguro ser proibido não se conheceriam suas conseqüências.²⁹

Entretanto, quanto a métodos jurisdicionais desconhecidos, haveria o direito do ente protetor de impedir seu uso? E mais: no caso de o cliente ser efetivamente culpado, não haveria legítima defesa, portanto não seria possível a transferência desse direito para a agência. Como lidar com casos assim?³⁰

Um particular, ao deparar-se com a tentativa de submissão a um procedimento, pode considerar tal método injusto ou não confiável. Ninguém pode ser punido tendo como fundamento modo injusto de aferição da culpa. Com base

²⁸ Importante observar que o grau de confiabilidade e equidade de um determinado procedimento sempre variaria no tempo e conforme os outros procedimentos aceitos, não sendo um critério passível de verificação fora do mundo dos fatos. Qual o percentual tolerável de condenações de inocentes? Isso dependeria das relações criadas e dos procedimentos já utilizados e aceitos, pois mesmo no plano jurídico existente há diferentes graus de resultados falhos toleráveis, v.g: direito penal (maior certeza), direito de família, direito civil, direito do trabalho etc. (exemplos em grau crescente de probabilidade de falha admitida).

²⁹ Interessante observar que esses incentivos nocivos permeiam grande parte das agências reguladoras, sobretudo as que atuam em regime de monopólio, natural (como no exercício especulativo ora empreendido) ou estatal (agências reguladoras únicas como Anvisa e outras).

³⁰ É uma questão ainda mais complexa a análise do caso de o cliente ser culpado, perdendo assim seu direito à legítima defesa. Por razões práticas e de bom senso, as agências agiriam como se seus clientes inocentes fossem até prova em contrário.

nessa crença, pode se recusar a submeter-se, agindo como revel com fé na sua inocência. Essa não seria a escolha mais sábia a fazer, pois a cooperação aumenta suas chances de absolvição.

A associação poderia proteger seu cliente de submissão a sistema jurisdicional desconhecido, contanto iniciasse nesse mesmo instante investigação para examinar a responsabilidade de seu cliente. Tal proceder estaria embasado no direito de resistir mencionado acima. Outra alternativa também poderia ser a realização da prova da justeza e confiabilidade do procedimento proposto por terceiro.³¹

Enquanto protege seu cliente da execução ou da submissão a método desconhecido, a agência inicia ela própria uma investigação da responsabilidade do cliente. Essa busca pela verdade correrá às custas do cliente, caso comprovada sua culpa, ou às custas do executor, caso comprovada sua inocência. Um procedimento jurisdicional considerado a posteriori como confiável e justo deverá ser indenizado, incluindo-se o tempo entre a investigação e a autorização da agência para que se dê a execução. Caso o cliente alegue inocência e se comprove sua responsabilidade, a agência poderá cobrar as despesas do próprio investigado, gerando assim um incentivo contrário a falsas declarações de inocência.

Cumprir enfrentar a questão da legitimidade da proibição da aplicação de procedimentos desconhecidos. Dois possíveis fundamentos são aduzidos. A existência de direitos processuais no estado de natureza ou questões morais e epistemológicas ligadas à noção de punibilidade e legítima defesa.

O primeiro dos argumentos já foi largamente discutido no capítulo anterior. Os direitos processuais no estado de natureza são difíceis de dimensionar, mas parece clara a existência do direito de legítima defesa contra procedimentos manifestamente injustos e procedimentos de justeza ou confiabilidade desconhecidas.

O segundo argumento baseia-se na necessidade de certeza em um grau razoável da responsabilidade do indivíduo antes de puni-lo. É preciso saber para que a punição não seja mera infração, ainda que todos possuam o direito de punir em abstrato no estado de natureza. Ao tomar algo que já foi roubado de um

³¹ A quem caberia o ônus da prova nesse caso? Quer parecer que ao terceiro que propõe seu método jurisdicional, ressalvada a possibilidade de exigir indenização pelos custos e tempo de espera do procedimento. Nozick levanta essa mesma questão sem entretanto respondê-la.

ladrão, só não se incorre em roubo quando se sabe claramente que aquilo não pertence ao possuidor. Aquele que toma de outrem item que não é seu sem o saber incorre em roubo. Isto é, ladrão que rouba ladrão, não tem cem anos de perdão, salvo se souber que se trata de ladrão e objetivar a devolução do item.

Nozick expõe essa situação da seguinte forma:

Nessa lógica, o que uma pessoa pode fazer não está limitada somente pelos direitos dos outros. Um indivíduo que pune sem basear-se num procedimento confiável e justo não viola direito algum de uma pessoa culpada. Ainda assim, não a pode punir. Esse espaço extra é criado por considerações epistemológicas. [...] A partir desse entendimento, muitos direitos processuais surgem não a partir de direitos da pessoa sobre a qual se exerce a punição, mas em razão de considerações morais sobre a pessoa ou pessoas que punem.³²

Sob esse último argumento, um indivíduo não possui o direito de ser punido somente após julgamento por um procedimento confiável. São considerações de ordem moral que impedem a punição sem que haja razoável certeza da culpa. Apesar disso, Nozick afirma que seria possível, se o indivíduo a ser julgado assim o consentisse, a utilização de procedimento não confiável.³³ Essa posição não nos parece compatível com a argumentação baseada na estrutura epistemológica da moral, já que torna tal procedimento não confiável. Salvo se entendermos que nesse caso o indivíduo não está sendo punido, mas participando de um procedimento semelhante com o mesmo fim por vontade própria, pois sua autorização não afasta a necessidade da razoável certeza do ato. Em outras palavras, não se trata de direito disponível, mas de requisito inerente ao ato de punir.

Não é imperativo determinar qual dos argumentos se sustenta melhor. Vale dizer que, tanto sob um quanto sob o outro, a agência de proteção possui o direito de defender seu cliente de procedimentos jurisdicionais não confiáveis ou de credibilidade desconhecida, mesmo no caso de ser seu cliente culpado.

³² NOZICK, Robert. Op. cit. No original: On this view, what a person may do is *not* limited only by the rights of others. An unreliable punisher violates no right of the guilty person; but still may not punish him. This extra space is created by epistemic considerations. [...] On this view, many procedural rights stem not from the rights of the person acted upon, but rather from moral considerations about the person or persons doing the acting. P. 107.

³³ Ibidem. P. 107. Ainda que ele possa, se assim o desejar, dar a outrem permissão para que utilize um procedimento menos confiável no seu caso (Even though he may, if he so chooses, give another permission to use a less reliable procedure on him).

Resta examinar se a agência de proteção dominante nesse cenário atua efetivamente como um Estado ou não. Para tanto, necessário se faz analisar a presença ou não de monopólio do uso da força, presente nas definições de Estado que seguem a vertente weberiana.

Até aqui, observou-se que todos possuem o direito de se defender contra procedimentos jurisdicionais ou de execução cuja justeza e credibilidade não sejam conhecidas. A agência dominante apenas sub-roga-se nos direitos de defesa de seus clientes, impedindo que métodos não aprovados sejam aplicados contra eles. A associação protetiva considera seus próprios processos jurisdicionais confiáveis e justos, aplicando-os sobre todos os que se envolverem com seus clientes. Não permitirá que ninguém se defenda contra a aplicação de seus métodos, punindo aqueles que tentarem fazê-lo. Nas palavras de Nozick: A associação de proteção dominante irá atuar livremente com base no seu próprio entendimento da situação, enquanto ninguém mais será capaz de fazê-lo com impunidade.³⁴

Essa posição privilegiada, consequência de seu poder, permite que a agência dominante imponha proibições sobre as formas de jurisdição e execução de direitos de outros de maneira unilateral. Por sua capacidade organizativa e poder de fogo, somente os procedimentos aprovados por ela poderão ser utilizados. Nenhum monopólio sobre o uso da força foi proclamado, nem o ente de proteção dominante se arvorou esse direito, mas há inequívoca vantagem na forma como os direitos de todos são mais aplicados pela agência que por não clientes independentes.

Tal situação devém de um processo legítimo do uso da força, completamente em conformidade com os direitos individuais no estado de natureza. Como mais poderoso aplicador dos direitos que julga corretos, o ente protetor exerce os direitos que julga corretos. Isso impede que terceiros apliquem seus próprios métodos, pois uma tentativa de uso de sistema não reconhecido pela agência implicaria que essa agisse julgando-se em legítima defesa.

Importante observar que se toma como critério o uso de fato, e não de direito, da força, isto é, seu monopólio na prática. Nesse sentido, Nozick se afasta da tradição weberiana no conceito de Estado, pois esse clama para si o monopólio de direito do uso da força, muitas vezes convivendo com organizações que o

³⁴ NOZICK, Robert. Op. cit. P. 108. No original: The dominant protective association Will act freely on its own understanding of the situation, whereas no one else Will be able to do so with impunity.

monopolizam na prática ou o dividem com o Estado. Caso clássico de traficantes e milícias nas favelas brasileiras.

Por que se pode afirmar que Nozick não incorre em critérios de mais ou menos no exercício de direitos de defesa, entrando no conceito de exercício material do direito e abrindo as portas para doutrinas como a igualdade material, liberdade material etc.?³⁵ Pois o exercício da força é distinto do exercício da propriedade. O uso da força é necessariamente compartilhado, na medida em que envolve dois ou mais indivíduos relacionados por um mesmo interesse ou situação jurídica. Essa é uma característica intrínseca a esse direito, mas que não resiste a uma análise mais aprofundada na liberdade e na propriedade. Ambas podem ser exercidas em particular ou sem afetar por completo o seu uso por outros indivíduos³⁶.

A verdade é que esse exercício do poder não constitui por si um monopólio. Entretanto, garante à empresa dominante grandes vantagens de mercado. Ainda se trata de um mercado livre à iniciativa de particulares, podendo outras agências buscarem estabelecer sua clientela. Quer parecer-nos que outras empresas surgiriam, competindo com a dominante e encontrando nichos próprios de mercado. Nozick, por outro lado, acredita que a posição privilegiada exposta no slogan “somente os procedimentos que *nós* julgamos apropriados serão utilizados sobre nossos clientes”³⁷ seria suficiente para impedir que surgisse concorrência. Estaríamos diante de um monopólio natural.

Contudo, os poderes da agência dominante não se estendem às contendas entre não clientes ou independentes. Nessa seara, não haveria possibilidade de intervenção senão a permitida a todos de ajudar uma vítima involuntária em situação de perigo. Nada poderia ser feito se ambos os envolvidos julgassem seu procedimento de justiça adequado e seguissem suas regras por vontade própria. Nozick aponta, entretanto, que:

Isso não mostra que a associação de proteção dominante não é um Estado. Um Estado também pode abster-se de disputas nas quais

³⁵ SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Anchor Books, 1999.

Tal posição é defendida por Amartya Sen, que prega a necessidade de possibilitar ao povo uso das liberdades materiais, isso é, não a possibilidade de possuir propriedade ou a igualdade perante a lei do Estado liberal clássico, mas o efetivo exercício da liberdade e a igualdade material, bem no sentido das tendências dos ordenamentos dos Estados modernos.

³⁶ Nesse ponto a propriedade e liberdade devem ser entendidas como direitos, e não materialidades. Faz-se uma análise em abstrato, concernente ao exposto logo acima.

³⁷No original: “Only those procedures we deem appropriate will be used on our customers” p. 109.

todas as partes envolvidas optam por manter-se fora do aparato jurisdicional estatal. [...] E não seria melhor (ou imperativo) que cada Estado permitisse essa opção a seus cidadãos?³⁸

A agência de proteção dominante pode fácil e legitimamente proibir os independentes de aplicar seus próprios métodos jurisdicionais sobre seus clientes. Se desconfiar da sua justeza e credibilidade, pode fazê-lo como exercício do direito à defesa que lhe foi outorgado por seus clientes. Entretanto, é perfeitamente possível que tais procedimentos sejam justos e confiáveis, de modo que seus clientes se beneficiariam e prejudicariam terceiros com essa proibição. Surge, portanto, a necessidade de indenizar os independentes, fundamentada no princípio da compensação examinado acima.

De todo modo, a maneira mais barata e fácil de indenizar os não clientes é oferecer-lhes serviços de proteção nas suas relações com os clientes, já que nas relações entre não clientes não há intromissão. Importante recordar que esses devem ser indenizados na medida do prejuízo que sofreram com a proibição. Um particular não exerceria sua justiça privada sem custos, de tal modo que somente essa diferença deve ser compensada, analogamente ao caso do epilético e da proibição de dirigir.³⁹ Tudo leva a crer que tal diferença seria utilizada na compra de serviços de proteção, pois se fosse mais interessante contratar um seguro a lógica econômica levaria todos a abandonarem paulatinamente a agência.

Outra é a situação quando o independente, por sua situação econômica, possuir custos não monetários de busca do cumprimento dos seus direitos e jurisdição. Um indivíduo pobre, incapaz de contratar serviços de proteção, teria de exercer seus direitos de proteção e busca de reparação por si mesmo. Ao ver-se proibido de fazê-lo, não lhe resta qualquer opção. O princípio de compensação exige, logo, que lhe seja concedido o valor monetário equivalente ao pacote mais barato de serviços de proteção, uma vez que não lhe restam alternativas.

O autor de *Anarquia, Estado e Utopia* expõe o ponto com total clareza:

³⁸ No original: this does not show that the dominant protective association is not a state. A state, too, could abstain from disputes where all concerned parties chose to opt out of the state's apparatus. [...] And shouldn't (and mustn't) each state allow that option to its citizens? P. 110.

³⁹ Não sairia de graça para o epilético dirigir, pois esse deveria possuir um carro, gastos com gasolina, etc. recompensá-lo sem levar em consideração seus custos caso usufrísse o direito seria deixá-lo em situação mais confortável que a anterior à proibição, violando o princípio que se baseia na lógica comutativa e acarretando distribuição indevida.

“Como o único fornecedor efetivo, a agência de proteção dominante deve oferecer em compensação a diferença entre sua própria taxa e custos monetários para esse particular proibido de execução por conta própria. Ela quase sempre irá receber esse valor de volta como pagamento parcial da compra da proteção. Necessário dizer que esses tratos e proibições se aplicam somente àqueles utilizando procedimentos injustos ou não confiáveis.⁴⁰

Tal raciocínio mostra que a associação de proteção possivelmente terá de oferecer serviços de proteção a alguns por um valor abaixo de seu preço de mercado. Isso é consequência da necessidade de compensação. Evidente que podem os compensados optar por não pagarem a proteção e ficarem com o dinheiro, sob sua própria conta e risco. A maior parte dos clientes, no entanto, não abandonará a agência para ser compensado, já que a compensação é paga na medida do prejuízo imposto pela proibição menos o montante que seria gasto na persecução particular dos seus direitos⁴¹. A empresa somente protege os independentes contra seus próprios clientes, não em contendas exclusivamente de não clientes. Desse modo, quanto menos clientes houver, mais interessante se torna figurar entre os segurados da associação protetiva. Esse mecanismo de mão invisível mantém os níveis de adesão à empresa próximos da totalidade.⁴²

Até aqui foi descrito o modo como um Estado mínimo poderia surgir a partir do estado de natureza, sem a postulação de direitos próprios do coletivo que não sejam a soma dos outorgados ao ente estatal pelos indivíduos. Buscou-se explicar como, a partir de um modelo de mão invisível, o Estado clássico do “guarda noturno”⁴³ poderia se estabelecer, sem ferir os direitos ou a moral de cada um dos indivíduos envolvidos no processo.

⁴⁰ As the only effective supplier, the dominant protective agency must offer in compensation the difference between its own fee and monetary costs to this prohibited party of self-help enforcement. It almost always will receive this amount back in partial payment for the purchase of protection policy. It goes without saying that these dealings and prohibitions apply only to those using unreliable or unfair enforcement procedures. Ibidem. P. 112. Importante acrescentar que, quanto àqueles que se utilizam de procedimentos que ao fim se provam confiáveis, a agência deverá proceder conforme o já exposto, no sentido de indenizá-los pelo tempo de espera.

⁴¹ Esse ponto parece frágil, haja vista que Nozick se refere ao montante que uma pessoa poderia confortavelmente pagar (... when added to the sum of monetary costs of self-help protection plus whatever amount the person comfortably could pay. P. 113). Ao introduzir considerações de ordem da capacidade econômica, é possível que o autor enfraqueça seu argumento baseado em liberdade e igualdade formais.

⁴² Nozick faz referência a outros fatores que agiriam no sentido de estimular essa adesão sem citá-los. Não conseguimos imaginar outros que atuassem no sentido da mão invisível. P. 113

⁴³ Expressão comumente utilizada na literatura política estadunidense.

No entanto, é verdade que, pelo conceito weberiano clássico, a associação de proteção dominante dentro de um determinado território não constitui um Estado, na medida em que não se arroga o monopólio de jure do uso da força. Cabe notar, por outro lado, que o conceito de Estado definido pela maior parte da antropologia veste de maneira perfeita o resultado do processo descrito até agora.⁴⁴

Noções internas quanto à possibilidade e dimensões de um Estado, contudo, seguem obscuras. Qual o tamanho mínimo de um território para configurar um Estado? Quantos devem viver dentro dele para que possa ser assim considerado? Quais os percentuais limites de clientes e independentes para que um monopólio possa ser considerado? Essas são questões interessantes, inerentes a uma qualificação como a empreendida por Nozick⁴⁵

Tais questões não precisam ser enfrentadas aqui, embora sua relevância para o tema seja patente. Pode-se tomar como requisitos situações em que haja consenso de que esses requisitos estão preenchidos. De qualquer forma, a presente explanação parece suficiente para demonstrar de que modo o Estado surgiria por um processo de mão invisível, em que cada um, na persecução de seus próprios interesses, termina por contribuir para o surgimento de uma estrutura lógica e consistente, gerando ordem a partir do caos.

1.6. Crítica Libertária Ao Estado Criado Pela Mão Invisível De Nozick

Antes de tratar da teoria de Rawls acerca da justiça, cumpre examinar os limites da teoria de Nozick divisados pelo extremo de sua linha de pensamento político, isto é, as idéias propaladas pelo anarco-capitalismo libertário. Tal crítica é

⁴⁴ KRADER apud NOZICK, op. cit. p. 116-117. O autor enumera como características do Estado a manutenção de órgãos especializados de administração da jurisdição, execução dos atos do poder e decisões judiciais, monopólio de fato do uso da força, sendo possível sua concessão a terceiros, mas somente mediante autorização, como requisitos para definir a existência de um Estado. Cumpre notar que no entendimento do autor nem todos os pressupostos devem estar presentes para que se configure um Estado.

⁴⁵ A mera tentativa de estabelecer critérios para a determinação de uma categoria raramente escapa de elementos quantitativos. Boa parte dos problemas do direito consiste na qualificação das categorias que, quando de natureza quantitativa, sempre desembocam na questão da determinação das fronteiras, quase por certo arbitrária. A malfadada zona gris e suas implicações.

importante por destacar com clareza as falhas contidas na argumentação do autor de *Anarquia, Estado e Utopia*, demonstrando saltos lógicos e inconsistências.

Rothbard, expoente da escola austríaca de economia, focada mais no viés filosófico e psicológico das relações humanas e econômicas, aponta várias incongruências na teoria de Nozick. Segue-se a uma análise breve dos principais pontos atacados.

Em primeiro lugar, aponta-se a problemática já levantada ao longo do trabalho da inexistência histórica de um Estado nascido da forma imaginada pela sequencia de passos da mão invisível. Os entes estatais existentes encaixam-se melhor na definição dada por Thomas Paine:

Se pudéssemos retirar a cobertura turva da antiguidade e rastrear o princípio de suas origens, não encontramos nada melhor que o principal rufião de alguma quadrilha turbulenta cujos modos selvagens ou astúcia superior lhe valeram o título de chefe entre os saqueadores e que, ao aumentar seu poder e estender o campo de suas depredações, intimidou as pessoas pacíficas e indefesas a comprar sua salvação em troca de tributos freqüentes.⁴⁶

Portanto, ao não haver Estado nascido de forma imaculada, Nozick torna-se capaz apenas de justificar um poder emergente de um estado de natureza de cunho anarco-capitalista. Caberia ao autor defender a abolição do Estado a fim de que um poder legítimo pudesse surgir segundo suas regras. Isso não afasta a utilidade filosófica da explanação empreendida, uma vez que permite uma maior compreensão das relações entre cidadão e poder.

Em segundo lugar, a pretensão meramente moral de que a agência dominante agiria de boa-fé dentro dos limites da lei natural de Locke entra em conflito direto com a forma de agir em outras situações caras a Nozick. Ele pressupõe que as agências exigiriam de seus clientes o monopólio do uso da força, numa renúncia completa ao direito que eles próprios teriam de exigir reparações e defender-se, sob pena de não mais os defender de contra-retaliações. Ora, num mercado competitivo seria plenamente possível que houvesse agências dispostas a

⁴⁶ PAINE, Thomas. Apud ROTHBARD, Murray. *A Ética da Liberdade*. Tradução: Fernando Fiori Chiocca. 1.ª edição. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 308.

permitir a seus clientes esse modo de agir, tornando seus serviços ainda mais atraentes e angariando a preferência deles.

As razões que levariam a agência a atuar moralmente não parecem valer no momento em que esta deve estabelecer relações com outras associações de proteção, pois apenas dois cenários são divisados: a guerra de todas contra todas, diametralmente contrário ao comportamento não agressivo pressuposto nesse momento posterior de hegemonia; ou a unificação de todas num sistema federativo de jurisdição.

Essa pretensão de unificação num sistema semelhante ao federativo de jurisdição não se sustenta, consistindo em salto lógico, isto é, na interposição de uma premissa oculta. Nas palavras de Rothbard:

O fato de que todas as agências de proteção terão acordos com todas as outras para submeter disputas a específicos tribunais de apelação ou arbitradores não implica em um sistema judiciário unificado. (...) Pelo contrário, pode muito bem existir, e provavelmente existiriam, centenas, até milhares, de arbitradores ou juizes de apelação que poderiam ser escolhidos, e não existe razão para considerá-los parte de um único sistema judiciário. (...) Uma vez que toda disputa tem duas e somente duas partes, só precisa haver uma terceira parte, juiz ou arbitrador.⁴⁷

Em terceiro lugar, a conclusão de que sempre surgiria uma agência de proteção dominante dentro de um espaço territorial certamente não é auto-evidente. Razões como uma economia de escala ou serviços de proteção máxima de diversas fontes não podem existir falham em fundamentar tal conclusão, eis que a própria história dá mostras do contrário:

Por centenas de anos, as feiras de Champagne foram o principal centro comercial da Europa. Vários tribunais, dos comerciantes, dos nobres, da Igreja, etc. competiam por clientes. (...) Por mil anos, a antiga Irlanda, até ser conquistada por Cromwell, desfrutou de um sistema de muitos juristas e escolas de juristas, e muitas agências de proteção, que competiam dentro de áreas geográficas sem nenhuma se tornar dominante.⁴⁸

⁴⁷ Ibidem, P. 310

⁴⁸ Ibidem, P.312

Em quarto lugar, a argumentação baseada no direito legítimo de proibir atividades arriscadas é o passaporte do Estado mínimo de Nozick para a justificação do Estado máximo, já que torna a questão dos limites da interferência do poder suscetível a considerações de maior ou menor risco, em vez de considerações de certo ou errado. Qualquer atividade entendida como arriscada por uma dada sociedade poderia ser proibida, desde que compensação supostamente equivalente fosse paga. Poder-se-ia pensar na possibilidade de trancafiar detentos para sempre por crimes pequenos, a fim de evitar o risco de reincidência, como legítima se acompanhada de compensação. Critérios de mais ou menos são a desvirtuação da teoria liberal, pois borram os limites do legítimo e do justo. Os riscos sem dúvida existem, mas não podem justificar a priori a proibição de uma conduta sem atentar para a liberdade individual.

Em quinto lugar, a idéia de que direitos podem ser violados desde que sejam compensados contém em si o germe da aniquilação do direito. A compensação não é em si uma troca voluntária, mas uma forma de restituir a situação da melhor maneira possível ao seu estado anterior. Ela serve para mitigar uma injustiça, jamais para a justificar, sob pena de tornar o direito demasiado sensível ao poder econômico de quem o viola. Tal entendimento ignora o caráter universal do direito, sua independência com relação à maior ou menor riqueza dos submetidos.

Além disso, a compensação paga pela agência dominante de Nozick não o é em pecúnia, mas em mais serviços como aquele que fomentou a necessidade de reparação. Isso viola a escolha do indivíduo e torna em tal mecanismo ainda mais visível a força da coerção. Enfim, aceitar tal compensação que não pode ser usada para comprar proteção alhures é receber o injusto como pagamento por ele mesmo. Coagir e compensar não é o mesmo que não coagir de forma alguma, duas formulações tomadas como equivalentes na exposição do nascimento imaculado do Estado.

Em sexto lugar, a bem de que a teoria de Nozick não caísse na vala comum das teorias contratualistas, seria necessário permitir a cada indivíduo dentro da área de influência da agência dominante a possibilidade de não pagar impostos, eximindo-se da cobertura proporcionada pelo Estado. De outra forma, incorrer-se-ia no malfadado “pacto de gerações”, com o contrato social dos pais obrigando os

filhos, ou ainda na clássica assunção do acordo com os termos gerais da relação indivíduo – poder estatal.

Por último, pode-se observar que a mão invisível de Nozick levaria inexoravelmente do Estado mínimo ao anarquismo, conforme brilhante explanação de Childs:

Admitamos a existência de um Estado mínimo. Uma agência que copia os procedimentos de um Estado mínimo surge, permitindo que o Estado tome parte em seus julgamentos, processos, e assim por diante. Nessa situação, não se pode dizer que esta agência ofereça “mais riscos” que o Estado. Se ela ainda é muito perigosa, então temos razão o suficiente para dizer que o Estado é muito perigoso, e para proibir suas atividades, contanto que compensem aqueles que são prejudicados por essa proibição. Se seguirmos esta linha, o resultado é a anarquia. Se não, então “a agência dominante”, transformada em Estado mínimo, encontra-se em uma posição de concorrência contra outra agência supostamente vigiada. Mas espere: a segunda agência espionada e oprimida descobre que pode cobrar um preço menor por seus serviços, já que o Estado mínimo tem que compensar aqueles que teriam preferido agências que utilizam procedimentos arriscados. Ele também tem que pagar os custos de espionar a nova agência.⁴⁹

A partir desse ponto, a agência dominante abandona as compensações, uma vez que se escudam em obrigação meramente moral, cessando a proibição do uso de outros métodos de jurisdição. Os indivíduos livres podem buscar ou não a proteção da outra agência. O passo importante, no entanto, é que o antes orgulhoso Estado mínimo volta à condição de Estado ultramínimo.

O processo continua. A agência independente oferece vários serviços diferentes, buscando amealhar os clientes da dominante. Joga com preços, promoções, faz ofertas e pouco a pouco se torna uma alternativa cada vez mais atraente. A associação dominante, por outro lado, segue incorrendo nos custos de vigiar os métodos da independente, tentando controlar seus métodos e procedimentos.

Outros empreendedores vêm nesse mercado uma chance de negócio, seguindo os passos da agência independente e sendo também vigiados de perto pela dominante, cujos custos em controle e observação crescem a cada dia, tomando-lhe competitividade. Logo, o Estado ultramínimo abandona a vigilância e se torna uma mera agência dominante, pois as outras agências estabeleceram um

⁴⁹ CHILDS, Roy apud ROTHBARD. Op. Cit. P. 327

retrospecto notável, sendo mais racional parar de espioná-las e arranjar acordos menos custosos.

Desse modo, o dinamismo do mercado faz com que essa agência, ainda que maior, devesse em apenas mais uma entre outras, num amplo mercado legal de proteção. Nas palavras de Childs:

O sinistro Estado mínimo é reduzido, através de uma série de passos moralmente admissíveis que não violam os direitos de ninguém, a meramente uma agência dentre muitas. Em suma, a mão invisível contrataca.⁵⁰

Esse é o resultado da própria teoria de Nozick. Embora eivada de falhas, a possibilidade de um Estado surgir do estado de natureza se mantém, ainda que improvável e mais limitado que o inicialmente imaginado. O presente estudo, no entanto, tem o condão de lançar luz sobre a questão da coerção e da legitimidade estatal, bem como permite chegar a conclusão defendida no começo da exposição: o Estado de direito nos moldes atuais fundamenta-se essencialmente sobre os direitos de liberdade e propriedade, e cada vez que os limita em nome do pretense bem comum sem outorga expressa desse direito torna-se mais e mais ilegítimo, incoerente, teratológico. O Estado mínimo liberal baseado na representação só se sustentou sem maiores discussões juspolíticas porque limitou sua intervenção ilegítima a um campo limitado da vida humana.

É possível notar que, à medida que o Estado mínimo avança em direção a um maior controle da liberdade dos indivíduos, termina por desvirtuar-se cada vez mais. No capítulo que segue, visa-se a determinar os limites desse Estado legítimo, pois isento de coerção, argumentando pela impossibilidade da justiça distributiva sem inequívoca violação dos direitos e de seus princípios estruturantes. Tais tarefas prometem um exercício ao menos instigante.

CAPÍTULO 2

RAWLS E A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

⁵⁰ CHILDS apud ROTHBARD, op. cit. p. 328.

No capítulo anterior, demonstrou-se como um Estado mínimo poderia surgir de um estado de natureza. No presente, intenta-se expor os limites do poder desse Estado, delineando porque a teoria de Rawls quanto ao conceito de justiça é falha, bem como as razões que fazem de sua aplicação a ruína da legitimidade do Estado.

Em sua obra de grande envergadura⁵¹, *Uma Teoria de Justiça*⁵², Rawls busca determinar o melhor e mais justo modelo jurídico para a existência de uma sociedade. Ver-se-á quais os princípios que delineiam essa estrutura e como esses se aplicam.

Rawls parte da idéia de que um grupo de indivíduos está reunido com o fito de estabelecer uma sociedade justa, dentro da qual todos poderão atingir seus potenciais e viver da melhor maneira possível. Eles estão tomados por um véu de ignorância, pálio esse que os impede de saber suas reais aptidões e posições dentro da sociedade que está por vir⁵³, por ser contratada. O próprio autor se insere na tradição contratualista, em passagem reescrita por sua clareza e didática:

Meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generalize e leve a um nível mais alto de abstração a teoria familiar do contrato social encontrada, digamos, em Locke, Rousseau e Kant. A bem de fazer isso, nós não devemos pensar o contrato original como um contrato para entrar em uma sociedade particular ou para estabelecer uma determinada forma de governo. Ao contrário, a idéia que nos guia é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do acordo original. Eles são os princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em alcançar seus próprios objetivos, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios deverão regular todos os acordos posteriores; eles especificam os tipos de cooperação social que podem ser pactuados

⁵¹ O próprio Nozick define a obra nas seguintes palavras: *A Theory of Justice* é uma poderosa, profunda, sutil, de grande alcance e sistemática obra sobre filosofia política e moral como não se via semelhante desde os escritos de John Stuart Mill, se então. É uma fonte de idéias iluminadoras, integradas num adorável sistema. Filósofos políticos afora devem ou trabalhar dentro dos marcos da teoria de Rawls ou explicar porque não. No original: a theory of Justice is a powerful, deep, subtle, wide-ranging, systematic work in political and moral philosophy which has not seen its like since the writings of John Stuart Mill, if then. It is a fountain of illuminating ideas, integrated together into a lovely whole. Political philosophers now must either work within Rawls' theory or explain why not. P. 183.

⁵² RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised Edition. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, 1999.

no original.

⁵³ RAWLS, John. Op. cit. P.118 e seguintes.

e as formas de governo que podem ser estabelecidas. Esse modo de encarar princípios de justiça eu chamarei de justiça como equidade.⁵⁴

Note-se que o próprio Nozick, autor cujas posições vinham-se delineando até aqui, afasta-se da noção contratualista, isentando-se dos problemas gerados pela postulação de um contrato assinado por todos tacitamente. As razões que o excluem dessa tradição foram investigadas no primeiro capítulo.

Com esse objetivo determinado de maneira clara e patente por Rawls, parte-se da constatação dos benefícios gerados pela vida em sociedade, mais especificamente pela cooperação social na economia. Esses são explicados na teoria de David Ricardo, sendo resultado da vantagem comparativa e da vantagem absoluta, podendo servir ainda como justificadoras da globalização. O problema maior parece ser a determinação de como esses benefícios extras devem ser distribuídos entre aqueles cuja cooperação os gerou.

Rawls vai ainda mais longe. Ele afirma que a cooperação cria o problema da justiça distributiva, isto é, se não houvesse cooperação e cada um produzisse apenas para si, não haveria a necessidade de distribuir ou até mesmo de justiça. Tal formulação segue o bom senso geral no sentido de que exige a participação do indivíduo na produção de algo para que esse possa tomar parte na distribuição final. Entretanto, se levada em consideração, essa conseqüência lógica do exposto da idéia defendida por Rawls termina por minar o direito à fatia do bolo daqueles que nada produzem, via de regra os principais destinatários de políticas distributivas.⁵⁵

Quando ausente a cooperação social, ausente também a justiça distributiva para Rawls. O todo produzido só deve ser dividido de maneira distributiva

⁵⁴ No original: My aim is to present a conception of justice which generalizes and carries to a higher level of abstraction the familiar theory of the social contract as found, say, in Locke, Rousseau, and Kant. In order to do this we are not to think of the original contract as one to enter a particular society or to set up a particular form of government. Rather, the guiding idea is that the principles of justice for the basic structure of society are the object of original agreement. They are the principles that free and rational persons concerned to further their own interests would accept in an initial position of equality as defining the fundamental terms of their association. These principles are to regulate all further agreements; they specify the kinds of social cooperation that can be entered into in the forms of government that can be established. This way of regarding the principles of justice I shall call justice as fairness. P. 10

⁵⁵ Deficientes não poderiam receber nada de maneira legítima sob a lógica dessa concepção. Aposentados, por outro lado, poderiam estar recebendo partes daquilo para que contribuíram durante a vida. Vale notar que o próprio sistema previdenciário brasileiro, a previdência social, segue essa lógica: somente os que contribuíram possuem direito a benefício em caso de acidentes ou aposentadoria.

porque produzido em conjunto. Nesse ponto, contudo, Nozick aponta uma falha no raciocínio, pois ao autor da obra *Theory of Justice* quer parecer que o montante total, o resultado dos esforços combinados de todos, deve ser dividido, quando na verdade somente o incremento gerado pela produção cooperativa deveria ser distribuído.⁵⁶

A isso seria possível contrapor que o montante produzido separadamente é tão ínfimo em comparação com a produção em sociedade, eivada pela especialização, vantagens comparativa e absoluta, economia de escala etc., que esse produto seria desprezível. Entretanto, seguindo o segundo princípio da justiça apresentado por Rawls, o princípio da diferença, que será mais adiante esmiuçado, ver-se-á que sua teoria não só admite a produtividade maior de uns que de outros, como também propugna que incentivos devem ser alocados para que os melhores produzam o máximo possível, dando guarida, assim, a idéia de que o produto marginal da cooperação pode ser medido. Contudo, somente nas situações em que, sem esses benefícios, os piores colocados na sociedade se encontrariam em situação ainda mais nefasta, o que confirma a mensurabilidade do produto da cooperação social.

Rawls afirma ainda que, fora das relações de produção cooperativas, não há que se falar em princípios de justiça. Nozick, por outro lado, aponta para o fato de que há sim um princípio de justiça, o princípio do direito àquilo que foi produzido pelas próprias mãos. Um princípio do direito ao fruto do seu trabalho⁵⁷ que parece subjacente à lógica distributiva ora apresentada, na medida em que é necessário tomar parte no trabalho para fazer jus a uma parcela. Ao demonstrar como não se sustentam os princípios de justiça propostos em *a Theory of Justice*, observar-se-á que somente o direito ao fruto do próprio trabalho permanece, imponente, como guia das relações entre indivíduos e da justiça.

⁵⁶ Nozick retrata essas dificuldades citando o exemplo de homens que vivem independentemente, cada um em uma ilha, subitamente descobrindo a existência um dos outros. Aquele com a menor ou mais hostil a sobrevivência ilha teria o direito de exigir a ajuda dos outros? Pela argumentação exposta por RAWLS, John. Op.cit. e suas razões, não. P. 185 e SS.

⁵⁷ NOZICK, Robert. Op. cit. P. 186. Em inglês, the entitlement theory. A tradução mais literal por teoria da titularidade, embora não de todo afastada do sentido pretendido pelo autor, parece trazer problemas referentes ao significado próprio do termo dentro do Direito brasileiro.

2.1. O Princípio Da Equidade⁵⁸

Tal princípio foi inicialmente sugerido por Herbert Hart e encampado por Rawls, exprimindo um conceito caro a todas as teorias contratualistas da filosofia política. Transcreve-se a bem de manter a clareza da formulação de Nozick:

Esse princípio determina que, quando um dado número de pessoas se engaja em uma justa, mutuamente vantajosa e cooperativa empreitada de acordo com regras e assim restringindo sua liberdade no modo necessário para gerar vantagens para todos, aqueles que se submeteram a essas restrições têm o direito à aquiescência similar no tocante àqueles que se beneficiaram da sua própria submissão. A aceitação de benefícios (mesmo quando isso não é o oferecimento de uma concordância explícita ou tácita para cooperar) é suficiente, de acordo com esse princípio, para obrigar o aceitante.⁵⁹

Se essa obrigação for passível de ser exigida, cria-se o direito de proibir pessoas de beneficiarem-se de atividades sem contribuir ou o direito de obrigar indivíduos a trabalhar em prol da comunidade. É um argumento utilizado para evitar que “se pegue carona” nos benefícios oriundos do trabalho árduo dos outros. Esse é um dos argumentos que subjazem à cobrança obrigatória de tributos, já que se fossem opcionais haveria aqueles que usufruiriam daquilo que foi pago por outros.

Nozick rebate a coerência do princípio a partir de um exemplo um tanto esdrúxulo, mas cuja correspondência com os casos de aplicação usualmente imaginados do princípio é estarrecedoramente clara. A história é mais ou menos essa: em uma comunidade de 365 pessoas, parte delas decide que diariamente um indivíduo cuidará da rádio local, selecionando músicas, realizando leituras etc. Depois de vários meses, chega a sua vez de passar um dia cuidando da programação. Você riu das piadas contadas por outros, relaxou ouvindo as músicas

⁵⁸ Em inglês, denomina-se the principle of fairness. A tarefa de traduzir fairness é das mais ingratas, já que não existe correlato que exprima claramente o sentido. Está relacionado ao justo, como em jogo justo.

⁵⁹ No original: this principle holds that when a number of persons engage in a Just, mutually advantageous, cooperative venture according to rules and thus restrain their liberty in ways necessary to yield advantages for all, those Who have submitted to these restrictions have a right to similar acquiescence on the part of those Who have benefited from their submission. Acceptance of benefits (even when this is not a giving of express or tacit undertaking to cooperate) is enough, according to this principle, to bind one. P. 90.

selecionadas e escutou as leituras em várias ocasiões anteriores. Você está obrigado de alguma forma a passar um dia do seu ano cuidando da programação?⁶⁰

Nozick argumenta que não houve escolha por parte desse indivíduo, que ele pôde optar por ouvir a música ou não, mas que sua obrigação de passar um dia cuidando da programação se dará de qualquer maneira. Não é uma escolha pessoal determinar se o benefício de 364 dias de rádio vale o custo de um dia de trabalho? Essa não é uma escolha individual?

Uma das condições impostas pelo autor de *Anarquia, Estado e Utopia* é que ao menos o benefício obtido seja maior que o custo imposto. Ele vai ao cerne do problema quando argumenta:

...executar (ou obrigar) o princípio da equidade é objetável. Você não pode decidir me dar alguma coisa, por exemplo um livro, e depois tomar dinheiro de mim para pagar por ele, mesmo que eu não tenha uma opção melhor para gastar meu dinheiro.⁶¹

A conclusão a que se deve inexoravelmente chegar é a seguinte: que o mero fato de sermos em parte construídos sociais em razão de nos beneficiarmos dos padrões e formas criadas pelas ações e idéias de um número incontável de indivíduos esquecidos pela história, com instituições, modos de produzir e linguagem (especialmente criada pela interação geral dos indivíduos ao longo do tempo. O mesmo se aplica ao direito na metáfora criada por Dworkin, que o compara a uma obra literária em constante escritura e releitura, outro processo de mão invisível) não cria de forma alguma uma dívida em relação à história ou sociedade, um débito que pode ser cobrado e utilizado pelo atual governo no comando do Estado como este bem entender.⁶²

2.2. O Princípio Da Diferença

⁶⁰ NOZICK, Robert. Op. cit. páginas 93 e seguintes. Após o exemplo, a semelhança com a tributação pode ser mais facilmente visualizada.

⁶¹No original: ... enforcing the principle of fairness is objectionable. You may not decide to give me something, for example a book, and then grab money from me to pay for it, even if I have nothing better to spend the money on. P. 95 A parte final da citação demonstra claramente que o fato de eu não ter outro Estado para escolher como meu soberano num território, e portanto estar sujeito aos efeitos benéficos de sua proteção, não é razão suficiente para me obrigara a pagar tributos.

⁶² NOZICK, Robert. Op. cit. P. 95.

O segundo princípio defendido por Rawls como estruturante de uma sociedade justa é o princípio da diferença. Esse determina que desigualdades na distribuição só podem ser toleradas na medida em que maximizem a situação dos membros em pior condição na sociedade. O critério utilizado é utilitarista, gerando por si só toda uma gama de dificuldades da ordem de estabelecer o que é o máximo, qual o arranjo mais eficiente dentro de uma estrutura em que pouca experimentação é possível etc. Ressalvadas essas dificuldades, Rawls define assim o princípio:

... as expectativas mais altas daqueles melhor situados são justas se, e somente se, trabalharem como parte de um esquema que aumenta as expectativas dos membros menos aquinhoados da sociedade. A idéia intuitiva é que a ordem social não deve estabelecer e assegurar os prospectos mais atrativos dos melhores colocados na sociedade a não ser que a sua realização seja vantajosa para aqueles menos afortunados.⁶³

Cumprir lembrar que o simples fato de um indivíduo estar em melhor condição que outro não significa que a razão de o primeiro estar melhor se deve a ter colocado o segundo em pior posição. É possível (e provável) que um esteja melhor que o outro sem que a melhoria do primeiro cause, ou se deva, a piora do segundo. Isto é, as condições de ambos não precisam, e numa sociedade pautada pela não iniciação da violência não devem, estar relacionadas, podendo ter causas independentes.⁶⁴

Considerando que a cooperação é a razão pela qual deve haver distribuição, seria possível argumentar que, como os menos favorecidos⁶⁵ obtêm mais dessa relação, eles deveriam ser aqueles que ficam com uma fatia menor. Pode-se objetar que se beneficiam mais pelo simples fato de que as ações de

⁶³ No original: ... the higher expectations of those better situated are Just if and only if their work as part of a scheme which improves the expectations of the least advantaged members of society. The intuitive idea is that the social order is not to establish and secure the more attractive prospects of those better off unless doing so is to the advantage of those less fortunate. Rawls, John. Op.cit. P. 65.

⁶⁴ Rawls não faz essa afirmação, mas é muito fácil incorrer nessa confusão. Nozick, Robert. Op. cit. P. 192.

⁶⁵ Importante notar que o critério utilizado por Rawls para definir melhor ou pior condição é o de ganho econômico dentro da sociedade, o de potencial de geração de riqueza, independente do modo como essa é obtida, seja por herança ou por mérito individual. É o critério que simplesmente separa entre aqueles que têm maior e menor renda. Nozick, Robert. Op. cit. P. 194.

alguns grandes indivíduos, claramente pertencentes à camada superior, trazem um bem gigantesco para a sociedade como um todo. Isso resta evidente quando se analisam grandes invenções, tais como a penicilina, a linha de montagem etc. Portanto, a cooperação traz muito mais vantagens para aqueles que contribuem apenas com sua força de trabalho do que para aqueles que contribuem com invenções ou sua inteligência.

Em passagem assaz esclarecedora, Nozick emula as palavras que poderiam ser ditas por um menos favorecido dentro da teoria de Rawls:

“Olha, mais favorecido: você ganha por cooperar conosco. Se você quiser nossa cooperação, terá de aceitar termos razoáveis. Nós sugerimos estes: nós cooperaremos com você somente se nós obtivermos o máximo possível dessa relação. Isto é, os termos da nossa cooperação deverão nos dar a parcela máxima no sentido de que se tentássemos obter mais, terminaríamos por receber menos.”⁶⁶

O faz apenas para mostrar, em momento seguinte, que o mesmo poderia ser dito por um mais favorecido em relação a um menos, de uma forma equivalente inversa, mas que nesse caso os argumentos pareceriam ultrajantes. Entretanto, ao questionar o porquê de parecerem ofensivos e injustos na segunda formulação, ressalta-se o fracasso de Rawls na tentativa de justificar essa diferença. Os fundamentos aduzidos pelo proponente da justiça distributiva são: a) talvez seja necessário que os mais favorecidos recebam menos, pois possuírem mais resultaria em alguma perda para os menos aquinhoados; b) a cooperação é necessária para que todos tenham um padrão de vida melhor; c) a cooperação de todos só pode ser demandada sob termos razoáveis.⁶⁷

Das premissas acima expostas não se pode concluir no sentido proposto pelo autor de *Theory of Justice*, pois os argumentos são verdadeiros tanto para os mais quanto para os menos dotados. Nenhuma distinção é explicitada, nenhuma razão que justifique tal diferenciação é aduzida. Donde se segue que, sob o impacto do terceiro argumento, somente alguém que já considera de antemão o

⁶⁶ No original: “Look, better endowed: you gain by cooperating with us. If you want our cooperation, you’ll have to accept reasonable terms. We suggest these terms: We’ll cooperate with you only if we get *as much as possible*. That is, the terms of our cooperation should give us that maximal share such that, if it was tried to give us more, we’d end up with less. P. 195.

⁶⁷ Rawls, John. Op. cit. P. 103.

esquema proposto pode considerá-lo razoável, visto que tal conclusão não se desprende das premissas.

2.3. O Princípio Do Direito Ao Produto Do Próprio Trabalho

Como já se observou, o direito contido nesse princípio é desconsiderado por Rawls de maneira expressa, porém esconde-se sob a idéia de que somente mediante a participação se adquire direito à distribuição. A máxima contida sob esse princípio é a mesma defendida por Locke, Nozick e inúmeros outros filósofos compreendidos nessa tradição.

Tal princípio fundamenta-se na idéia de que cada um tem direito ao fruto de seu trabalho. Sua aplicação obriga uma análise histórica da concepção dos bens, a forma como determinados resultados foram atingidos alçada à máxima importância.

Dentro da teoria lockeana, a aquisição da propriedade é ou não justa dependendo do modo como se deu: se ocorreu pelo trabalho sobre uma área, idéia ou insumos não pertencentes a outro; ou se é decorrência da pactuação das vontades livres dos indivíduos, incluída aqui a possibilidade de transmissão por herança, decorrente do alvedrio do testador.

A proposta de Rawls de uma sociedade com instituições baseadas nos princípios da equidade e da diferença ignora esse caráter histórico, tomando o produto da soma do trabalho de todos (ainda que cooperando) como maná caído dos céus. Sua teoria ignora o mérito individual na produção dos bens tanto quanto ignora sua história. Para ilustrar essa situação, recorre-se a um exemplo⁶⁸: vários alunos de uma turma estudaram o ano inteiro para a prova final da disciplina. Dias depois de realizá-la, encontram o professor, que lhes diz que as notas serão divididas de acordo com a vontade dos alunos. O montante a ser distribuído é

⁶⁸ O mesmo exemplo é tomado por NOZICK, Robert. Op. cit. P. 200. Embora a situação seja diferente, pois não há produção coletiva dos resultados, acrescentando-se ao ocorrido a condição de haverem estudados todos juntos, beneficiando-se das anotações uns dos outros, pode-se superar essa objeção.

equivalente à soma das notas obtidas individualmente pelos discentes, e esses não sabem o quanto cada um de fato recebeu.

Qual seria o critério escolhido pelos estudantes para determinar as notas de cada um? A divisão das notas igualmente por todos certamente teria grande apelo, e poderia parecer um modo justo. Entretanto, supondo que cada um deles tivesse ciência da nota que lhe foi atribuída pelo professor, da nota a que fariam jus, qual seria o critério adotado?

Os que receberam avaliações piores dificilmente concordariam em receber tão somente aquilo a que fariam jus (considere-se que esses alunos não sabem o que significa fazer jus, para que seja possível emular o estado inicial de decisão dos princípios gerais sob o véu da ignorância). Buscariam uma forma de maximizar as notas e se descobrissem que dar notas maiores a alguns aumentaria o montante total a ser distribuído (talvez estimulando os mais propensos aos estudos), optariam por uma estrutura levemente desigual.

Ainda assim, dificilmente teriam qualquer incentivo para adotar o critério de fazer jus ao resultado como base. Isso se deve ao fato de que, quando confinadas a uma situação original em que devem decidir detrás de um véu de ignorância, as pessoas se vêem limitadas a princípios de distribuição de estado final, ou seja, relacionados à divisão dos resultados.

Daí a razão de, numa situação em que há um véu de ignorância limitando os indivíduos ao cálculo das probabilidades de se encontrarem futuramente numa ou noutra situação, de modo que impedem o surgimento de uma noção de merecimento⁶⁹ histórica. Qualquer princípio semelhante ao direito ao fruto do próprio trabalho só pode se justificar, sob o pálio da teoria de Rawls, como princípios similares ordenados pela lógica utilitária, numa tentativa de maximizar o montante final, mas muitas vezes conflitantes e distorcidos em relação ao verdadeiro princípio histórico.⁷⁰

⁶⁹ O termo merecimento, embora não corresponda perfeitamente ao sentido do inglês "entitlement", é utilizado aqui na acepção de *noção ou crença de que alguém é merecedor de alguma recompensa ou benefício*.

⁷⁰ NOZICK, Robert. Op. cit. P. 202. And any derivations from end-state principles of approximations of the principles of acquisition, transfer, and rectification would strike one as similar to utilitarian contortions in trying to derive (approximations of) usual precepts of justice; they do not yield the particular result they try to get. If historical-entitlement principles are fundamental, then Rawls' construction will yield approximations them at best; it will produce the wrong sorts of reasons for them, and its derived results sometimes will conflict with the precisely correct principles. The whole procedure of persons choosing principles in Rawls' original position presupposes that no historical-

Outro aspecto falho da teoria ora apresentada é o fato de seu próprio autor aduzir que seus princípios devem ser aplicados somente ao nível macro e não ao micro. É fácil entender a razão: jamais se poderia tomar por aceitável o entendimento de que uma família deve investir o máximo de seus recursos no filho que tem menor potencial, só investindo um pouco mais no dotado intelectualmente quando esse investimento reverter em benefício maior do que sua inexistência para o primeiro. O fundamento que torna tal princípio defensável no macro não pode ser isolado na obra, constituindo nova arbitrariedade.⁷¹

Por todas as razões expostas, conclui-se que os princípios defendidos por Rawls não se sustentam, assim como seu requisito do véu da ignorância distorce e limita a compreensão das relações. Resta somente o princípio do merecimento-histórico, do direito ao fruto do próprio trabalho. Esse princípio, como comentado no início deste capítulo, subjaz à teoria distributiva ora analisada, na medida em que é necessária cooperação do indivíduo para que se esteja qualificado a exigir parte do produto da sociedade. Vale notar que esse princípio se encontra presente, entranhado, em todos os ordenamentos, sendo resultado da aplicação do bom senso.⁷² Mesmo teorias de cunho distributivo mais extremas (e menos

entitlement conception of justice is correct. E quaisquer desvios de princípios de aquisição, transferência e retificação como aproximações a partir de princípios de estado final iriam parecer similares a contorcionismos utilitaristas na tentativa de dar ensejo a (aproximações de) preceitos usuais de justiça; eles não contêm o resultado particular que almejam alcançar. Se princípios de merecimento-histórico são fundamentais, então a construção de irá contê-los na melhor das hipóteses. Ela irá produzir os tipos errados de razões para eles, e seus resultados irão às vezes conflitar com os princípios corretos. O procedimento como um todo de pessoas escolhendo princípios na posição original de Rawls pressupõe que nenhuma concepção de justiça como merecimento-histórico é correta.

⁷¹Ibidem. P. 204-212. O autor de *Anarquia, Estado e Utopia* desvela uma série de exemplos que ilustram essa dificuldade, bem como investiga as possibilidades de traçar uma linha limite para a aplicabilidade ou não desse princípio. Tal procedimento segue a filosofia defendida por Nozick e por este trabalho, que buscam prescindir de critérios quantitativos, tais como o tamanho da situação, sempre que possível (difícil imaginar a plausibilidade de uma teoria totalmente livre). Um exemplo de critério quantitativo na teoria de Nozick, do qual se discorda, é a necessidade imposta pelo princípio de indenização ou retificação, que em situações mais graves poderia justificar uma maior intervenção do Estado. p. 231. Qual a linha divisória, a partir de que nível de injustiça seria necessária a intervenção estatal? Essas são questões de extrema dificuldade.

⁷² Interessante notar que esse princípio é o legitimador das relações de poder e mantenedor da paz social em boa parte da Ásia, haja vista que a crença na reencarnação presente no hinduísmo, budismo e taoísmo acrescenta o elemento histórico necessário para explicar as desigualdades. Assim, um indivíduo de maiores posses, aptidões ou melhores relações sociais merece-as em razão de encarnações anteriores, nas quais fez por merecer sua situação privilegiada ou desastrosa. Longe de intentar investigar a veracidade ou utilidade da crença, visa-se a ilustrar a onipresença do princípio do merecimento-histórico como corolário da justiça amplamente aceita. Para maiores informações sobre essas religiões, veja-se GAARDNER, Jostein, *Livro das Religiões*.

elaboradas) que a de Rawls não prescindem dele, mas buscam atacar seus pressupostos, notadamente a definição do próprio merecimento.

Outra ironia constante do arcabouço proposto reside na natureza da legitimação da estrutura derivada a partir da posição original sob o véu de ignorância. Ao contrário de extrair sua fundamentação de uma argumentação dedutiva, remetendo-se a princípios como aquilo que as pessoas escolhem de comum acordo deve ser seguido, o critério de determinação dos princípios norteadores da sociedade por Rawls é o resultado de um processo, extraindo sua validade das condições em que foi concebido.

Propugna-se que qualquer resultado atingido a partir da escolha de pessoas numa posição original sob o véu da ignorância é um critério de justiça válido. Ora, essa é a mesma lógica embutida nos princípios da aquisição, transferência e retificação (indenização ou compensação). Não se atenta para o resultado de sua aplicação – como nos princípios de estado-final defendidos por Rawls – mas para a legitimidade do modo como a situação foi gerada, dentro de uma perspectiva histórica de processo.

CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi mostrar a problemática da relação entre o poder estatal e o indivíduo na sua legitimação filosófica e política, atentando especialmente para o nascimento do Estado e sua perspectiva histórica. Buscou-se examinar, a partir especialmente da obra de Robert Nozick, importante filósofo americano, a relação entre liberdade e poder, distribuição e coerção.

Para tanto foi preciso recorrer à teoria do estado de natureza como explicadora das interações que levam à constituição do Estado, partindo da idéia de que esse é mera construção do homem, e não parte essencial da busca pela finalidade maior da vida humana, como defendido por Aristóteles. Essa visão marcante do mundo moderno traz à tona problemas jamais imaginados pelo filósofo grego, para quem a existência da pólis não necessitava de justificação.

A partir de então, o poder estatal deve ser legitimado e fundamentado, suas razões reveladas e justificadas perante a razão popular. O poder não é mais um direito divino dos reis, mas uma construção teórica passível de crítica e aprimoramento, já não há mais distinções intrínsecas de classes, todos são iguais e tudo deve poder ser universalizado.

As teorias do contrato social evoluem numa linha de pensadores formidáveis, começando por Hobbes e passando por Locke, Rousseau, Kant e Rawls, último e mais atual pensador dessa corrente. Objetivou-se traçar os principais passos dessa evolução, detendo-se especialmente nas teorias de Locke e Rawls, por sua atualidade e sistematização.

A obra de Nozick ofereceu um caminho para essa análise sem, no entanto, limitar-se aos seus subsídios. A idéia de um Estado mínimo surgido a partir de um estado de natureza por um processo de mão invisível, ou seja, uma situação em que todos na busca apenas de seus próprios interesses terminam por gerar uma ordem a partir do caos (nesse caso um Estado), mostrou-se extremamente adequada para perquirir acerca da legitimidade do poder e do uso da força.

Concluiu-se ante o exposto no primeiro capítulo que um Estado ultramínimo poderia sim surgir de um estado de natureza, embora com as limitações e pequenas probabilidades apontadas por Rothbard. A teoria da compensação de Nozick, embora seja base esplendida para o estudo dos limites do indenizável e as condições de uso da liberdade humana, fraqueja ao igualar violação e compensação com a total ausência de violação de direitos de outros. Embora sedutora, tal falha termina por impossibilitar a passagem do Estado liberal ultramínimo, isto é, que oferece proteção apenas àqueles que pagam por ela, para o Estado liberal mínimo, que oferece proteção como compensação mesmo aos que não a compram, em troca da limitação do uso de procedimentos judiciais potencialmente arriscados.

A própria teoria do risco de Nozick mostra-se carente de consistência, já que traz em seu âmago a possibilidade da criação de um Estado tirânico baseado no risco. Ignora a maior beleza conceitual existente nas teorias liberais: a ausência de critérios de mais ou menos, ligados a graus de intensidade; a elegância na simplicidade de que as coisas ou são, ou não são, legítimas.

Porém, mesmo os problemas na teoria deste filósofo americano servem ao propósito de consolidar o único modo legítimo de exercício do poder, isto é, como o outorgado diretamente pelo indivíduo, trazendo a liberdade de volta ao seu local de destaque. Apresenta-se ainda como aviso de que, ainda que nosso sistema esteja baseado em relações de mais ou menos, com núcleos de direitos que não podem ser invadidos, quanto maior o respeito à liberdade e à propriedade dentro de um ordenamento jurídico, menores serão os problemas com relação à legitimidade do Estado.

Numa sociedade em que o pluralismo é cada vez mais a regra, apenas esse respeito às regras do jogo pode sustentar a paz social, pois a mera introdução de finalidades a serem buscadas, a rele insinuação de um programa social conjunto soa como artificialismo e dá ensejo à apropriação do poder por uma maioria nem sempre ciosa dos direitos individuais. A reintrodução de conceitos de merecimento, da justiça como aquilo que é devido como recompensa pelo próprio esforço, numa noção comutativa, eleva a história como único marco possível da legitimidade, seja da propriedade, seja do estado.

Assim, somente aquilo que não foi imaculado pela agressão ou ameaça, somente aquilo que foi conquistado pelo esforço individual ou pelo uso de seus recursos conquistados por esforço é legítimo. Essa lição torna-se ainda mais válida no segundo capítulo, quando a estrutura estatal imaginada por Rawls é examinada.

O autor de *A Theory of Justice* pretende fundar sua sociedade a partir de um contrato social. Nesse momento primordial, ninguém possui nada nem tampouco sabe suas habilidades potenciais; todos se encontram cobertos pelo que é denominado véu da ignorância. A partir daí, Rawls estabelece que dois princípios seriam escolhidos como base dessa sociedade, com todo o seu arcabouço jurídico alicerçado nos seus conteúdos.

O primeiro princípio é o da equidade, que assume ser obrigação do indivíduo que se beneficia por uma dada situação pagar por essa vantagem, ainda

que não a deseje. Esse princípio é utilizado para justificar a necessidade de distribuição de renda, pois a cooperação geral cria um excedente que não é remunerado. Tal princípio falha por não aduzir a razão que leva à supressão da liberdade, passando por cima da vontade particular sem que haja qualquer consentimento.

O segundo princípio, natimorto pelo afastamento do primeiro, é o da diferença, que postula a necessidade de que a ordem social favoreça os que se encontram na base da pirâmide, orientando para eles a distribuição desse montante extra da cooperação. Várias incongruências menores, porém de grandes conseqüências para o sistema filosófico como um todo, são mostradas no raciocínio de Rawls, como a pretensa impossibilidade de isolar essa maior contribuição que em outros pontos é admitida como possível, e.g. Porém, e mais impressionante de tudo, nenhuma razão é aduzida para justificar a priorização dos menos favorecidos na distribuição de renda, sendo possível sustentar, nos moldes do modelo exposto, que tal deveria se dar ao contrário, privilegiando os mais favorecidos.

Rawls fracassa em sua tentativa de justificar uma estrutura distributiva de Estado, mas, ao mesmo tempo em que defende sua teoria, não prescinde de razões históricas que justifiquem o direito ao montante total produzido pela sociedade, embora trate a produção como não-histórica em vários momentos. Sua confissão se dá ao estabelecer como condição para receber da distribuição o fato de ter participado da produção, colocando como critério excludente o preceito defendido por Nozick do direito ao próprio trabalho.

O problema da existência de direitos fora do Estado surgiu como ramo interessante para pesquisa, uma vez afastadas justificativas divinas e jusnaturalistas como a lockeana que, salvo pela sua possibilidade de universalização, mantêm-se equivalentes às justificativas do direito divino dos reis da Idade Média, embasadas tão somente na crença de que algo ou alguém os outorgou.

Iniciou-se esse trabalho como o fito de demonstrar a possibilidade da criação de um Estado a partir do estado de natureza. Entretanto, a única conclusão a que se pode chegar foi referente à impossibilidade de um Estado legítimo, pelo menos a de qualquer dos apresentados até agora na história. Somente um mecanismo de mercado, ligado a associações ou agências de proteção, baseado na livre concorrência seria realmente capaz de oferecer um sistema mais seguro, com

freios e contrapesos relacionados não à arbitrariedade da política, mas as condições criadas por indivíduos livres dentro de um universo marcado pelas relações e trocas voluntárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTMAN, Andrew. *Critical Legal Studies. A Liberal Critique. Studies in Moral, Political, and Legal Philosophy*. Princeton: Princeton University Press, 1989.

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 15.^a edição. São Paulo: Editora Escala.

BOAZ, David. edited by. *The Libertarian Reader. Classic & Contemporary Writings from Lao-Tzu to Milton Friedman*. New York: The Free Press, 1998.

FRIEDMAN, David. *The Machinery of Freedom. Guide to a Radical Capitalism*. Second Edition. Illinois: Open Court Chicago and La Salle, Illinois, 1995.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Free to Choose. A Personal Statement. The Classic Inquiry into the Relationship between Freedom and Economics*. San Diego: A Harvest Book HARCOURT, INC, 1990.

GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. *O Livro das Religiões*. Tradução de Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude. Um Estudo em Teoria Moral*. Tradução de Jussara Simões. Revisão Técnica de Helder Buenos Aires de Carvalho. São Paulo: EDUSC, 2001.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Tradução de Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L&PM, 1998.

NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. USA: Basic Books, 1974.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised Edition. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, 1999.

ROTHBARD, Murray. *A Ética da Liberdade*. Tradução: Fernando Fiori Chiocca. 1.^a edição. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Anchor Books, 1999.