

O Estado mínimo é um Estado de direito? Nozick contra Locke

Does the minimal state respect the rule of law? Nozick against Locke

Paulo Baptista Caruso MacDonald
paulo.macdonald@gmail.com
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Resumo: Os requisitos formais do ideal de Estado de direito respondem por alguns dos princípios mais caros ao liberalismo, a saber: a igualdade perante o direito, a segurança no usufruto dos direitos individuais e a previsibilidade na aplicação de sanções. A instituição do Estado no pensamento de Locke se dá exatamente em busca desses fins. Na linha de sua teoria política, o presente artigo pretende mostrar a necessidade da constituição de uma autoridade pública para que os requisitos formais do ideal de Estado de direito possam ser cumpridos, bem como argumentar que a concepção libertária de Estado mínimo apresentada por Nozick é incapaz de satisfazê-los.

Palavras-chave: Estado mínimo, Estado de direito, libertarianismo, liberalismo, estado de natureza, autoridade pública.

Abstract: The formal requirements of the rule of law embody some of the most cherished principles of liberalism, namely: equality before the law, security in the enjoyment of individual rights, and predictability in the application of sanctions. The establishment of the state in Locke's political thought precisely aims to achieve these ends. In line with his theory, this article seeks to show the necessity of setting up a public authority to fulfill the formal requirements of the rule of law and to argue that Nozick's libertarian conception of a minimal state is incapable of satisfying them.

Keywords: minimal state, rule of law, libertarianism, liberalism, state of nature, public authority.



O ideal de Estado de direito é parte essencial da concepção liberal da limitação do poder que uma pessoa possa exercer sobre qualquer outra, com especial preocupação para a limitação do poder que pode ser exercido por meio dos aparatos estatais. Embora haja variação quanto aos modos de caracterizar esse ideal, há certos requisitos formais que devem ser necessariamente atendidos para o exercício legítimo do poder do Estado, o qual se deve dar por meio de regras gerais, públicas, não retroativas, claras, consistentes entre si, estáveis e possíveis de serem cumpridas, as quais definem tanto os deveres das autoridades como os limites de sua atuação¹.

Para Locke, como veremos, além do cumprimento de tais requisitos formais, que corresponderiam à forma jurídica de exercício do poder, o poder do Estado também se encontraria limitado pelo respeito às razões de sua instituição: tornar mais segura e eficaz a proteção de direitos naturais que a razão humana pode reconhecer como atribuídos a todos os indivíduos. Como pretendemos esclarecer, para o autor apenas aquilo que poderíamos denominar um Estado de direito seria capaz de cumprir esse objetivo, de tal forma que apenas um Estado de direito estaria apto a exercer legitimamente o poder político. Por outro lado, a ausência do Estado tornaria a proteção dos direitos oriundos da lei da natureza bastante incerta e instável. Haveria, portanto, para o filósofo inglês, uma relação estreita entre o ideal de Estado de direito e a eficácia do direito natural.

Robert Nozick, na primeira parte de sua obra *Anarquia, Estado e utopia*, de 1974, não põe em questão essa relação, mas contesta a necessidade da instituição de uma autoridade propriamente pública para que os direitos naturais sejam efetivamente protegidos. Partindo de uma concepção lockeana de estado de natureza e de lei natural, mostra como transações feitas entre indivíduos em busca da proteção de seus direitos naturais levaria à formação de uma figura muito semelhante à de um Estado, sem que houvesse nenhuma possibilidade de reivindicação de poder legítimo além daquele conferido pelo somatório de tais transações individuais. Em outras palavras, para Nozick, não haveria a constituição de uma autoridade pública que estivesse autorizada a agir em nome da comunidade submetida ao seu poder, uma vez que as ações a que a agência de proteção dominante em um determinado território estaria autorizada com respeito a cada indivíduo se daria nos limites estabelecidos pela lei da natureza e pelas transações feitas entre ela e cada um deles. Por carecer de maiores poderes frente aos indivíduos, essa figura análoga à do Estado seria, segundo o argumento de Nozick, necessariamente um Estado mínimo, consistindo em uma violação dos direitos individuais qualquer extensão de seu poder (como, por exemplo, a pretensão de legislar).

Neste artigo, tentaremos mostrar que, ao desconstruir o vínculo entre a efetividade dos direitos naturais e a constituição do Estado como autoridade pública, Nozick acaba por atingir as condições para o cumprimento dos requisitos do ideal de Estado de direito, tão caros a Locke e ao liberalismo de um modo geral. Dito de outra maneira, o modelo de Estado mínimo apresentado por Nozick não poderia ser um Estado de direito.

1 A concepção de Estado de direito de John Locke

Para compreender como Locke concebe o exercício do poder político dentro da moldura daquilo que reconheceríamos como um Estado de direito, é necessário reconstruir, ainda que de forma abreviada, o contexto de instituição do governo civil segundo o autor. As razões que levam os indivíduos a abandonarem certos direitos que possuiriam no estado de natureza em favor de uma autoridade civil delimitam, na obra do autor, tanto o escopo como o modo legítimo de sua atuação.

Locke concebe o estado de natureza como um estado de liberdade, mas não de licenciosidade. A lei da natureza, cognoscível por todos por meio da razão, proibiria qualquer dano à vida, integridade física, liberdade ou posses dos demais (LOCKE, 1988, p. 270-271). A mesma lei de natureza também autorizaria

¹ Valho-me aqui da conhecida formulação apresentada por Lon Fuller (FULLER, 1969, p. 33-94).

que os indivíduos a impusessem aos outros, executando-a com suas próprias mãos (LOCKE, 1988, p. 271-272). Isso lhes concederia o direito de punir os infratores na medida necessária tanto para a reparação dos danos sofridos quanto para a prevenção de novas violações de direitos (LOCKE, 1988, p. 272). Embora a lei de natureza não forneça os detalhes sobre a punição devida em cada tipo de caso e como ela deve ser executada, certamente ela interdita o abuso de tal direito de fazer justiça com as próprias mãos, o qual se revelaria em ações desproporcionais aos fins de reparação e prevenção (LOCKE, 1988, p. 274-275).

Um tal direito recíproco de jurisdição, que todo indivíduo teria sobre todo indivíduo, seria consequência da igualdade entre todos os homens quanto à sua liberdade natural (LOCKE, 1988, p. 304). Na condição natural, não haveria razão para considerar que alguns estariam submetidos à autoridade ou arbítrio de outros, em uma relação de assimetria. Relações de autoridade entre seres humanos adultos seriam, para Locke, algo que poderia apenas ser legitimamente instituído pela vontade livre daqueles que participam da relação, como um meio de preservar e fortalecer a própria liberdade (LOCKE, 1988, p. 305-306).

Segundo o autor, não faltariam razões para que indivíduos livremente instituíssem o poder político, concebido como “o direito de fazer leis com pena de morte e, conseqüentemente, todas as penalidades menores para regular e preservar a propriedade, e de empregar a força da comunidade na execução de tais leis e na defesa da comunidade de dano exterior; e tudo isso tão somente com vistas ao bem público.” (LOCKE, 1988, p. 268)²

As razões se dariam principalmente pelas inconveniências apresentadas pela autotutela dos direitos pelos indivíduos, os quais poderiam atuar como juízes em sua própria causa, tendendo a ser parciais em sua aplicação da lei de natureza sobre os conflitos em que eles próprios ou seus amigos se encontram envolvidos. Além disso, a sede de vingança poderia facilmente fazer com que extrapolassem a justa medida de punição a quem tenha violado seus direitos, o que poderia facilmente desencadear uma descontrolada espiral de violência (LOCKE, 1988, p. 275-276). Faltariam, portanto, no estado de natureza:

- a. o estabelecimento de parâmetros comuns e detalhados de certo e errado para julgar os conflitos, uma vez que a vagueza da lei de natureza permitiria uma interpretação equívoca pelas partes em litígio, ainda mais estando o seu juízo distorcido pelo autointeresse (LOCKE, 1988, p. 351, 358-359);
- b. a definição de um juiz como um terceiro às partes em conflito, o qual esteja acima de qualquer suspeita de ter o interesse de favorecer ou desfavorecer qualquer uma delas, e o qual tenha também o devido distanciamento em relação ao caso para poder ter a medida adequada da resposta cabível de acordo com os critérios preestabelecidos (LOCKE, 1988, p. 351);
- c. um sistema unificado e eficaz de execução das decisões sobre o conflito, o que torna a efetivação da justiça dependente de circunstâncias completamente alheias e instáveis, como a superioridade de força daqueles dispostos a defender a lei da natureza em comparação à de seus violadores em cada contenda (sendo que, em função dos dois problemas precedentes, nem sempre é claro aos demais qual das partes está com a razão) (LOCKE, 1988, p. 351).

O governo civil institui-se para corrigir esses três defeitos do estado de natureza, tornando mais certo e seguro o usufruto dos direitos e liberdades individuais. Para tanto, devem ser renunciados pelos agora cidadãos dois dos direitos de que gozavam na condição natural:

² Cabe lembrar que o termo “propriedade” é muitas vezes empregado por Locke como um termo genérico para os direitos protegidos pela lei de natureza (vida, integridade física, liberdade e posses) (LOCKE, 1988, p. 350).

- a. o direito de “fazer tudo aquilo que considerasse adequado para a própria preservação e para a preservação do resto da humanidade”, o qual será substituído pela liberdade que lhe for conferida pelas leis civis (LOCKE, 1988, p. 352-353);
- b. o direito de fazer justiça com as próprias mãos como executor da lei da natureza, colaborando agora com as autoridades instituídas para tanto, de acordo com o estabelecido pela lei civil (LOCKE, 1988, p. 353).

A renúncia mútua de tais direitos constitui, portanto, uma condição necessária, segundo Locke, para remediar os defeitos do estado de natureza. Mas ela não é suficiente para se ter o efeito pretendido. A demanda por regras jurídicas e decisões de conflitos que possam ser reconhecidas por todos a elas submetidas, e cuja execução possa coordenar esforços conjuntos, depende também de que uma autoridade comum seja instituída:

“E assim todo homem, concordando com outros em formar um corpo político sob um único governo, assume a obrigação para com todos os membros dessa sociedade de submeter-se à decisão da maioria e acatá-la.” (LOCKE, 1988, p. 332)

Para resolver os problemas do estado de natureza, uma tal autoridade comum teria então de assumir as funções (1) jurisdicionais, para que os conflitos sejam decididos por um terceiro imparcial cuja autoridade pode ser reconhecida pelas partes que litigam (LOCKE, 1988, p. 326-327); (2) legislativas, para definir de modo claro e público o que é lícito e o que é ilícito, juntamente com a previsão das consequências para os atos ilícitos (LOCKE, 1988, p. 329-330, 358-359); (3) executivas, para garantir o cumprimento das leis e decisões judiciais³. Embora essas funções tenham que estar coordenadas pela atuação de um poder político unificado, elas não podem, de modo algum, encontrar-se concentradas na mesma pessoa ou órgão. Afinal, isso não seria outra coisa senão reproduzir a situação do estado de natureza, em que cada homem reúne os direitos de interpretar, aplicar e executar a lei da natureza, com o agravante de os aparatos do Estado criarem de modo estável uma assimetria de forças quase intransponível pelo cidadão que tem seus direitos violados pela própria autoridade política (LOCKE, 1988, p. 328). Não é mera coincidência o fato de Locke ter sido um dos maiores críticos daquilo que denunciava como governos absolutistas (LOCKE, 1988, p. 276). A separação das funções seria inclusive o modo de garantir que o próprio governo opere dentro dos limites estabelecidos pelas leis e em seu cumprimento, como fica claro nesta passagem:

“E como pode ser tentação demasiado grande para a fraqueza humana, a qual é capaz de tomar conta do poder, que as mesmas pessoas que têm o poder de elaborar as leis também tenham nas mãos o poder de executá-las, podendo de tal modo isentarem-se de obedecer às leis que criam e amoldar a lei, tanto em sua elaboração quanto em sua execução, em favor de sua vantagem própria, e assim passarem a ter um interesse distinto do resto da comunidade, contrário ao fim da sociedade e do governo. Portanto, em comunidades bem ordenadas, nas quais o bem do todo é levado em conta como se deve, o poder legislativo é depositado nas mãos de diversas pessoas que, devidamente reunidas, têm em si, ou conjuntamente com outras, o poder de criar leis; depois de as fazerem, separando-se novamente, ficam sujeitas às leis que criaram, o que consiste em um vínculo novo e mais estreito para que tenham o cuidado de elaborá-las tendo em vista o bem público.” (LOCKE, 1988, p. 364)

Chegamos, com isso, na preocupação central de Locke com que a autoridade civil cumpra com aquilo que chamaríamos contemporaneamente de requisitos formais do ideal de Estado de direito, os quais seriam responsáveis por tornar previsível a atuação das autoridades e trazer segurança jurídica aos cidadãos:

“Todo o poder que o governo possui, destinando-se apenas ao bem da sociedade, da mesma forma que não deve ser arbitrário ou caprichoso, também deve ser exercido mediante leis estabelecidas e promulgadas, para que tanto as pessoas possam saber qual o seu dever, encontrando-se garantidos e seguros dentro dos limites do direito, como também para que os governantes sejam mantidos dentro de seus devidos limites e não fiquem tentados pelo poder

³ Principalmente com respeito a tais funções “executivas”, não deve haver confusão com aquilo que atribuímos ao poder executivo nos estados contemporâneos.

que têm nas mãos a empregá-lo para certos objetivos e mediante certas medidas desconhecidos pelas pessoas e que elas não estariam dispostas a aceitar.” (LOCKE, 1988, p. 360)

Encontramos implícitos nessa passagem, que visa submeter a regras jurídicas preestabelecidas a atuação das autoridades, as exigências de generalidade, publicidade, não retroatividade⁴, clareza, consistência e estabilidade. Tais requisitos formais, conforme visto, não provêm de uma linha argumentativa paralela: ao contrário, o Estado apenas pode servir de remédio aos males presentes no estado de natureza se exercer suas funções de acordo com o modelo de um Estado de direito. Nenhuma outra forma de exercício de poder seria compatível com os direitos atribuídos a todos os indivíduos pela lei da natureza; por outro lado, resta claro que não haveria para o autor outra maneira de sanar as falhas que ele reconhece no estado de natureza.

2 O Estado mínimo de Robert Nozick

Apesar de não ser claramente afirmado em seu texto, podemos argumentar que o libertarianismo de Nozick se fundamenta nestas premissas fundamentais: (1) os indivíduos têm direitos sobre si mesmos e sobre coisas externas; (2) esses direitos devem ser concebidos como direitos absolutos de propriedade; (3) há condições para a aquisição original desses direitos (que ele não apresenta); (4) a vontade do indivíduo em relação à transferência ou renúncia desses direitos deve ser sempre respeitada; (5) os indivíduos têm direito à compensação por violações de seus direitos; (6) violadores de direitos podem ser punidos. Podemos reconhecer uma inspiração lockeana nas premissas (1), (3), (5) e (6).

Com esses pontos de partida em mente, Nozick tenta demonstrar em sua obra *Anarquia, Estado e utopia* que (1) o Estado mínimo libertário surgiria de um mecanismo de mão invisível no mercado de proteção, sem violar os direitos de ninguém; (2) qualquer expansão adicional do Estado inevitavelmente violaria os direitos de alguém; e (3) isso corresponderia a um estado de coisas desejável. Nesta seção, tentarei primeiro mostrar que o Estado mínimo de Nozick - o único estado legítimo, em sua opinião - inevitavelmente entra em conflito com a ideia de Estado de direito, já que os mecanismos de mercado impedem o cumprimento de um de seus requisitos formais mais elementares: a igualdade perante o direito. Em seguida, desenvolverei a noção de autoridade pública, ausente no libertarianismo, como condição necessária para satisfazer a a igualdade perante o direito.

O Estado mínimo de Nozick surge do comportamento de consumidores e fornecedores no mercado de proteção, que é propenso a criar monopólios de fato. Os indivíduos teriam motivos para contratar agências para proteger seus direitos e preferir as agências dominantes, que poderiam oferecer melhor proteção, às concorrentes menores. Essas agências menos poderosas seriam forçadas a se fundir com a dominante ou a sair do mercado. No final, o monopólio natural da agência dominante seria estabelecido apenas por meio de uma rede de contratos privados com seus clientes. Sendo responsável por “todas as funções de detecção, captura, determinação judicial de culpa, punição e exigência de compensação” (NOZICK, 1974, p. 13), ela desempenharia todas as funções de um Estado mínimo e apenas elas.

No entanto, para conquistar esse monopólio sobre um território, a agência dominante precisa lidar de maneira justa com os independentes, pois eles se recusaram a contratar seus serviços. Como a agência teria o direito de julgar um independente em conflito com um de seus clientes, se apenas uma das partes em disputa a autorizou?

⁴ Os três primeiros requisitos também estão contemplados nesta passagem: “[aqueles que exercem o poder legislativo] têm de governar por meio de leis estabelecidas e promulgadas, que não poderão variar em casos particulares, devendo ao invés haver a mesma regra para ricos e pobres, para o favorito na corte ou o camponês no arado.” (LOCKE, 1988, p. 363)



Neste ponto, Nozick apela ao direito da agência dominante de julgar e punir independentes por empregar qualquer procedimento não confiável ao aplicar a lei da natureza de Locke contra os clientes. Esse direito se baseia na noção de que é errado empregar procedimentos que tragam um risco injustificável de punir inocentes ou punir excessivamente pessoas culpadas. Sempre que alguém é submetido a um procedimento no qual não pode confiar (porque é irracional ou suas regras não foram anunciadas publicamente), ela tem o direito de resistir em legítima defesa (NOZICK, 1974, p. 96-101).

Apesar da centralidade dos direitos para explicar a legitimidade do Estado mínimo, muitas coisas permanecem indeterminadas na teoria de Nozick. Em seu trabalho, não encontramos diretrizes claras sobre quais limites os direitos naturais de propriedade e contrato deveriam ter. Pelo contrário, ele até levanta objeções contra pontos cruciais da teoria da aquisição original de Locke sem oferecer uma alternativa para seu lugar.

O problema é que, sempre que esses direitos estão em disputa, uma decisão claramente definida sobre as posições legais das partes deve ser tomada. Como Hume observou: “Pois, seja qual for o caso, com relação a todos os tipos de vício e virtude, é certo que direitos, obrigações e propriedades não admitem tal graduação imperceptível; em vez disso, um homem ou bem tem propriedade plena e perfeita, ou nenhuma; ou bem está totalmente obrigado a realizar qualquer ação, ou não tem nenhuma obrigação.” (HUME, 1896, p. 529).

Direitos naturais vagos e abstratos, como os de Nozick, podem justificar decisões contraditórias em casos individuais. Quando ocorre a transferência de direitos de propriedade em uma compra e venda entre ausentes? Quem deve suportar as perdas de um acidente quando o preço já foi pago, mas os bens ainda não foram entregues? Ou uma pergunta mais fundamental: o que constitui um contrato válido? Eu transferi a propriedade da minha casa se eu balançar a cabeça afirmativamente quando alguém sugere trocá-la por um par de sapatos velhos?

Não se espera que uma teoria de direitos naturais resolva esse tipo de pergunta. No entanto, teorias de direitos naturais geralmente abrem espaço para a constituição legítima de uma autoridade pública responsável por criar regras legais que resolvam essas questões. Como vimos na primeira seção, para Locke, a disputa interminável entre indivíduos sobre a determinação da lei da natureza para o caso concreto representa um inconveniente que só poderia ser remediado com a instituição de uma autoridade pública com poder legislativo.

No entanto, não encontramos espaço para uma autoridade pública legítima na obra de Nozick. A agência protetora dominante, como mencionado, tem apenas relações contratuais privadas com seus clientes. Ela age em nome de cada um individualmente, mas não está autorizada a agir como um corpo político unificado. Seu monopólio é apenas uma questão de fato, explicado por um mecanismo de mão invisível. Nenhum direito especial de representação pública é concedido.

Isso faria mesmo alguma diferença, ou seria apenas uma distinção teórica? Como pretendo mostrar, isso faz toda a diferença no que diz respeito ao Estado de direito. De fato, o contrato com uma agência protetora pode garantir alguma previsibilidade na medida em que os termos e condições acordados estabelecem os limites do poder discricionário da agência em interpretar e proteger os direitos naturais. Se esse tipo de previsibilidade for tudo o que é necessário de uma concepção de Estado de direito, não há incompatibilidade com o libertarianismo. Minha preocupação, todavia, é com a ideia de que os julgamentos devem se basear em regras jurídicas preexistentes para garantir a igualdade perante o direito, o que não pode prescindir da autoridade pública.



Não há impedimento na teoria de Nozick para que uma agência protetora tenha um contrato diferente com cada um de seus clientes (NOZICK, 1974, p. 13). O oposto seria, de acordo com o seu ponto de vista, uma restrição inadmissível à liberdade de escolha das pessoas. Isso implica não apenas que as pessoas podem adquirir planos diferentes de proteção de seus direitos, mas também, sendo seus direitos naturais vagos e abstratos, podem até negociar o plano de sempre serem favorecidas por alguma interpretação possível da lei da natureza que atenda aos seus interesses em uma disputa com alguém que adquiriu um plano de proteção de menor valor. Retomando alguns dos exemplos dados acima: as perdas relacionadas a um acidente com um bem não entregue sempre seriam suportadas pela outra parte, seja ela compradora ou vendedora, e um contrato pode ser considerado inválido sempre que a sua validade possa ser posta em dúvida e isso corresponda ao interesse do adquirente do plano mais caro.

Não é difícil imaginar as graves consequências para a estabilidade de todo o sistema contratual que isso traria, mas essa não é a questão que nos interessa neste artigo. O problema que quero destacar é a possibilidade de comprar um tratamento diferenciado em disputas sobre direitos. Isso não seria apenas algo que o libertarianismo de Nozick permitiria em tese, mas que dificilmente aconteceria na prática. Levando os mecanismos de mercado da mão invisível tão a sério quanto o autor os levou, podemos facilmente imaginar nos termos da teoria econômica marginalista a oferta de um plano básico por um valor n e de planos acima desse valor que concedem o direito de o adquirente sempre ser favorecido pela agência protetora em qualquer disputa com alguém que tenha pago por um plano mais barato, desde que alguma interpretação favorável de seus direitos naturais esteja disponível.

Um libertário poderia aceitar essa consequência perturbadora e afirmar que não haveria, em nenhum sentido relevante, arbitrariedade nesse mecanismo. A igualdade perante o direito seria, para ele, desprovida de valor se não pudesse ser derivada das premissas fundamentais. Podemos imaginar esse tipo de reação à incompatibilidade entre o libertarianismo e o Estado de direito. Nozick chega a sugerir que estar vinculado a qualquer coisa que não sejam os direitos naturais de outras pessoas ou obrigações contratadas pelo indivíduo consistiria em deferir ao paternalismo em detrimento da autonomia (NOZICK, 1974, p. 214).

No entanto, mesmo na hipótese de isso não implicar uma incoerência no interior do pensamento libertário, a rejeição da igualdade perante o direito torna o libertarianismo ainda menos atraente, revelando sua semelhança com ordens políticas pré-modernas baseadas em uma rede de pactos entre particulares, como o feudalismo (FREEMAN, 2018, p. 87-88). De Rousseau a Hayek, de Locke a Kant, de Fuller a Raz, o respeito igualitário pelos seres humanos depende de julgamentos que decidem casos particulares de acordo com regras gerais preexistentes.

Exceto pelos admiradores da distopia de Nozick, não encontramos motivo para aceitar um julgamento cujo resultado pode depender do preço que cada parte pagou a uma agência de proteção ao contratar seu plano. O mercado de proteção pode ser um excelente modelo para explicar a corrupção no funcionamento de instituições em sociedades profundamente desiguais, mesmo que o dinheiro não seja o único fator que explica a violação da aplicação igual das regras jurídicas. No entanto, uma tal dinâmica nunca poderá reivindicar legitimidade.

Parece não haver necessidade de fornecer muitos argumentos para sustentar que as decisões sobre disputas só podem ser legítimas se afirmarem estar aplicando ao caso concreto regras que vinculam igualmente todos. Mas quais são as condições necessárias para atender a esse requisito? Vimos que as regras jurídicas não podem surgir de uma rede de contratos privados. Elas podem advir da legislação, precedentes ou costume. Nas duas primeiras alternativas, o papel indispensável da autoridade pública é evidente: a legislação deve ser promulgada por um corpo legislativo estabelecido, e o precedente a ser seguido no julgamento do caso em discussão é sempre uma decisão que foi tomada anteriormente por



tribunal cuja autoridade é reconhecida. O que diríamos quanto ao costume, que não é produzido pela atividade de qualquer autoridade?

Normas costumeiras não podem ser consideradas fontes de regras jurídicas uniformes a menos que aplicadas por uma autoridade reconhecida. Como acontece com o direito natural no estado de natureza, na ausência de autoridade judicial, todos são simultaneamente intérpretes e executores de normas costumeiras (HART, 2012, p. 91-99). Não há esperança de um julgamento imparcial, já que qualquer pessoa pode ser juiz em causa própria. Somente quando regras acerca do exercício da jurisdição são introduzidas, estabelecendo qual interpretação e execução seriam levadas em consideração e por qual procedimento, a igualdade perante o direito pode fazer sentido. Somente a presença de autoridade pública, portanto, torna possíveis reivindicações de julgamento imparcial fundamentadas em um conjunto de regras jurídicas.

Se a aplicação não arbitrária do direito consuetudinário também depende da instituição da autoridade pública, podemos concluir que a autoridade pública é necessária para a igualdade perante o direito. E a autoridade pública é precisamente o que Nozick orgulhosamente rejeita. O monopólio conquistado pela agência protetora dominante por meio de um mecanismo de mercado de mão invisível é apenas um monopólio de fato; em outras palavras, a agência protetora dominante não tem o direito exclusivo de exercer suas atividades dentro de um território.

Introduzir a autoridade pública possibilita a igualdade perante o direito, mas não a garante. Outra condição necessária, mas ainda insuficiente, para a uniformidade do sistema jurídico é a exclusividade da autoridade a ser instituída. Uma autoridade única publicamente reconhecida deve exercer jurisdição para um caso específico, para evitar que vários tribunais emitam decisões contraditórias. Isso implica a necessidade de que alguma autoridade única possa alegar agir em nome de todo o corpo político, como vimos ser defendido por Locke na seção anterior. A noção de representação pública, totalmente ausente na ideia de Estado de Nozick, é necessária para que o Estado de direito possa existir.

Os outros pré-requisitos para a igualdade perante o direito são bem conhecidos, sendo comumente expostos pela literatura. Eles são encontrados, por exemplo, na noção de devido processo legal. Além dos requisitos de julgamento imparcial e justo, necessários para descobrir os fatos do caso particular e tratá-los de acordo com o que está estabelecido em regras preexistentes, é essencial tornar público qual regra jurídica foi aplicada ao caso concreto para que as partes possam aceitar a decisão como legítima. De maneira semelhante ao devido processo legal, exigido em virtude da posição epistêmica do juiz de ignorância inicial em relação aos fatos do caso, a publicidade dos critérios utilizados para fundamentar a decisão é necessária para o respeito à igualdade perante o direito poder ser conhecido por todos, levando em consideração a posição epistêmica das partes. Caso contrário, a decisão teria que ser aceita como oracular, o que entra em conflito com a autonomia daqueles que são submetidos ao julgamento da autoridade.

Além da publicidade dos fundamentos da decisão judicial, a conformidade com o direito só pode ser reconhecida pelas partes (e pela sociedade em geral) se as regras jurídicas correspondentes também estiverem publicamente disponíveis para elas. Não é exigido que tenham conhecimento efetivo delas, mas a condição muito mais fraca de que, uma vez apresentadas como fundamentos da decisão, possam ser reconhecidas como normas do sistema que de alguma forma existiam antes do julgamento.

Todas essas considerações sobre aquilo que requer uma concepção mínima de Estado de direito vem a reforçar a tese de Locke segundo a qual apenas com a presença da autoridade pública tais requisitos podem vir a ser satisfeitos. O Estado mínimo de Nozick é, portanto, incapaz de cumpri-los. Na próxima seção, tentaremos deixar mais claro por quê.

3 A incompatibilidade do Estado mínimo nozickeano com o Estado de direito lockeano

Nozick apresenta como a grande força de seu argumento o fato de sua concepção mínima de Estado – e nada além do Estado mínimo seria legítimo – ser o produto esperado de transações individuais em um mecanismo de mão invisível dentro do marco normativo do estado de natureza. Em outras palavras, o único Estado legítimo para Nozick não seria uma criação artificial com o efeito de romper com a dinâmica do estado de natureza, mas sim o produto esperado dessa condição. Como o argumento seria dirigido a anarquistas, os quais sustentam a impossibilidade de qualquer poder análogo ao exercido pelas autoridades estatais ser legítimo, pode-se mesmo considerar o argumento, ao menos sob essa perspectiva, como bem sucedido.

No entanto, o único Estado legítimo para Nozick não cumpre com o requisito fundamental de legitimidade do exercício da função jurisdicional segundo os autores liberais, a começar por Locke: que um tal poder seja exercido dentro do quadro normativo de um Estado de direito. Esta condição é algo não apenas bastante distinto do modo como a jurisdição é exercida por cada indivíduo no estado de natureza como também – especialmente para o filósofo inglês – constitui a principal razão para que o direito de aplicar e impor a lei da natureza em nome próprio seja renunciado de modo a possibilitar a instituição da autoridade pública.

É precisamente a noção de autoridade pública que Nozick pretende atacar: salvo em condições historicamente improváveis de um contrato social ter sido deliberadamente firmado entre indivíduos⁵, os direitos a todos atribuídos pela lei da natureza impediriam a instituição de algo como uma autoridade pública legítima. A legitimidade da agência de proteção dominante, a qual teria conquistado o monopólio *de facto* para o exercício de direitos estaria baseada no conjunto de contratos que possui com cada indivíduo e na autorização que teria para exercer a jurisdição em conflitos entre seus clientes e pessoas que optaram por não contratar seus serviços. Essa agência, por conta disso, não estaria investida de poder para legislar, o que lhe permitiria estabelecer de antemão os critérios a serem utilizados em sua atuação em regras gerais, públicas, não retroativas, claras, consistentes entre si e estáveis⁶.

O Estado mínimo nozickeano não teria, portanto, condições de cumprir aquilo que Locke concebeu como condições necessárias para a legitimidade do exercício do poder jurisdicional. O que é pior: se o argumento desenvolvido na segunda seção for correto, permitiria inclusive uma espécie de leilão de planos de proteção por parte das agências, permitindo o favorecimento daqueles que adquiriram os planos mais caros sempre que a vagueza e a equivocidade da lei natural permitir uma interpretação que lhes seja mais benéfica. Isso seria uma violação frontal ao preceito de que os critérios de tratamento “não poderão variar em casos particulares, devendo ao invés haver a mesma regra para ricos e pobres” (LOCKE, 1988, p. 363).

Nozick não precisa discordar de Locke que contratos individuais que não instituem um corpo político unificado são incapazes de retirar as pessoas do estado de natureza (LOCKE, 1988, p. 276-277). No entanto, ele não vê problema algum onde Locke apontaria a persistência dos problemas que tornam a execução da lei da natureza incerta, perigosa e ineficaz:

“O homem, tendo nascido, conforme se provou, com direito à perfeita liberdade e ao gozo irrestrito de todos os direitos e privilégios da lei da natureza, de modo igual a qualquer outro homem ou grupo de homens do mundo, tem, por natureza, o poder não somente de preservar a sua propriedade — isto é, a sua vida, liberdade

⁵ Ainda assim, como Nozick deixa claro no nono capítulo de sua obra, esse “contrato social” seria muito mais semelhante ao contrato de fundação de uma sociedade empresarial com o estranho objeto de dispor de parte da liberdade de seus integrantes (NOZICK: 1974, p. 276-294). Não parece haver espaço no pensamento do autor para instituições de direito público que possam ser pensadas de modo categorialmente distinto daquelas de direito privado.

⁶ No que diz respeito ao requisito de as regras não criarem obrigações impossíveis de serem cumpridas, podemos pressupor que a mera conformidade com a lei da natureza já o satisfaria, pois ela não demandaria das pessoas nada que esteja fora de seu alcance fazer ou deixar de fazer.

e bens — contra os danos e investidas de outros homens, mas também de julgar e punir as infrações a essa lei por outros conforme estiver persuadido que a ofensa mereça, mesmo com a própria morte nos crimes em que o caráter hediondo do fato o exija, de acordo com a sua opinião. Contudo, como qualquer *sociedade política* não pode existir nem subsistir sem ter em si o poder de preservar a propriedade e, com vistas a isso, punir os delitos de todos os membros dessa sociedade, haverá *sociedade política* somente quando cada um dos membros renunciar ao próprio poder natural, passando-o às mãos da comunidade em todos os casos que não lhe impeçam de recorrer à proteção da lei por ela estabelecida. E assim, excluindo-se todo julgamento privado de qualquer cidadão particular, a comunidade toma-se árbitro em virtude de regras estáveis estabelecidas, imparciais e as mesmas para todas as partes, e, por meio de homens, que derivam a autoridade da comunidade para execução dessas regras, decide todas as diferenças que porventura surjam entre quaisquer membros da sociedade com respeito a qualquer questão envolvendo direitos, e pune os delitos cometidos por qualquer membro contra a sociedade com as penalidades estabelecidas pela lei. Dessa forma, é fácil distinguir quem está e quem não está em sociedade política. Os que estão unidos em um corpo único e possuem lei comum estabelecida e judicatura para a qual apelar, com autoridade para decidir controvérsias entre eles e punir os infratores, *estão em sociedade civil* uns com os outros. Aqueles, porém, que não têm em comum esse poder de apelar, quero dizer, sobre a Terra, ainda se encontram no estado de natureza, sendo cada um, onde não há outro, juiz por si mesmo e executor, o que constitui, conforme mostrei anteriormente, o perfeito *estado de natureza*.” (LOCKE, 1988, p. 323-324, grifo nosso)

O abismo entre as concepções de ambos os autores, que partem de uma mesma lei da natureza, abre-se precisamente nas passagens grifadas. Para Locke, a jurisdição só pode ser propriamente exercida como aplicação de regras jurídicas publicamente estabelecidas por uma autoridade que legisla em nome da sociedade política; para Nozick, essas exigências não são apenas dispensáveis como também a sua satisfação apenas poderia corresponder ao exercício de um poder legítimo na situação historicamente improvável de ter havido consentimento expresso por parte de todos aqueles submetidos a um tal poder com respeito aos termos precisos do modo como o poder é exercido⁷. De qualquer modo, são exatamente essas as diferenças que fazem com que o Estado mínimo nozickeano não possa ser um Estado de direito nos termos idealizados por Locke: este dependeria da existência de autoridades públicas instituídas por regras específicas (LOCKE, 1988, p. 397-398), algo que se encontra fora daquilo que pode ser construído a partir das premissas normativas do autor americano⁸.

Considerações finais

As teorias políticas libertárias, como a de Nozick, caracterizam-se por conferir um caráter absoluto aos direitos de propriedade e de contrato, como se o seu conteúdo fosse natural, inequívoco e auto-evidente e como se consistissem nas condições necessárias e suficientes para a proteção da liberdade e autonomias humanas. Esses dois institutos de direito privado – propriedade e contrato, e apenas eles – estariam na base de qualquer construção normativa legítima, seja o resultado dela a escravidão, a venda de órgãos vitais, o monopólio desregulado sobre o fornecimento de algum bem essencial, ou uma brutal concentração de riqueza. Qualquer intervenção jurídica que tentasse impedir esses resultados, que parecem frontalmente contrários a qualquer concepção razoável de liberdade e autonomia (razoável no sentido de não ser restritiva e reducionista, e de dar conta desses exemplos como comumente são tomados, isto é, como paradigmas de violação de direitos humanos), seria acusada de violar direitos individuais. Para os libertários, o exercício do poder encontra como única restrição o respeito à propriedade dos outros (inclusive aquela que teriam sobre o seu próprio corpo) e o cumprimento de contratos firmados com eles.

Em oposição ao que posteriormente foi sustentado pelos libertários, Locke reconhece que as relações entre poder e direito são categorialmente distintas no estado civil em comparação com o modo como se dão no estado de natureza. Apenas a instituição de uma autoridade pública é capaz de criar o poder legítimo

⁷ Não serão objeto deste artigo analisar em que medida essa exigência se aproxima da exigência de consentimento do contratualismo lockeano e se Locke, de forma não intencional, também acaba por impor condições que nenhum (ou quase nenhum) Estado real tenha satisfeito na história.

⁸ Mesmo na hipótese tratada no nono capítulo de sua obra, conforme explicado na nota 5.



de criar direito, o qual deve limitar o próprio exercício de poder pela autoridade em nome da segurança jurídica dos indivíduos. Na ausência do poder político – como no Estado mínimo de Nozick – inexistirá tal segurança (LOCKE, 1988, p. 350), não podendo ser esse Estado mínimo um Estado de direito.

Referências bibliográficas

FREEMAN, Samuel. 2018. *Liberalism and distributive justice*. New York: Oxford University Press.

FULLER, Lon L. 1969. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press.

HART, Herbert L. A. 2012. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press.

HUME, David. 1896. *A treatise on human nature*. Oxford: Clarendon Press.

LOCKE, John. 1988. *Two treatises of government*. Cambridge: Cambridge University Press.

NOZICK, Robert. 1974. *Anarchy, state, and utopia*. New York: Basic Books.

Recebido em 30 de dezembro de 2023. Aprovado em 05 de abril de 2024.