



A CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA DE DIREITOS HUMANOS¹

DEMOCRATIC CONCEPTION OF HUMAN RIGHTS

Tomáš L'álík

Professor de Direito Constitucional na Universidade Comenius, de Bratislava, na Eslováquia. Consultor jurídico do Tribunal Constitucional Eslovaco e Juiz ad hoc representando a Eslováquia no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (2016-2022).

RESUMO

O artigo é uma crítica à concepção liberal de direitos, que enfatiza a autonomia individual, o livre arbítrio e um espaço público neutro. A consequência é a erosão da democracia, da comunidade e a perda dos laços sociais entre as pessoas. Em contrapartida, o artigo traça características da concepção democrática de direitos, o que refuta algumas teses defendidas pela concepção liberal. A concepção democrática está orientada para a criação do bem comum no projeto de autogoverno. Além das considerações teóricas, o artigo também contém dois exemplos práticos que apontam a inadequação da concepção liberal de direitos.

Palavras-chave: bem comum, liberalismo, republicanismo, direitos

ABSTRACT

The article is a critique of the liberal conception of rights, which emphasizes individual autonomy, free will and a neutral public space. The consequence is the erosion of democracy, community, and the loss of social bonds between people. As a contrast, the article outlines feature of the democratic conception of rights, which refutes some theses held by the liberal conception. The democratic conception is oriented towards the creation of the common good in the project of self-government. In addition to theoretical considerations, the paper

¹ Artigo original traduzido para o português brasileiro por Elcio Domingues da Silva e revisão final realizada por Marcos Augusto Maliska. A Equipe Editorial da Revista Direitos Fundamentais e Democracia agradece ao autor pela permissão da tradução do texto.

also contains two practical examples that pinpoint the inadequacy of the liberal conception of rights.

Key words: common good, liberalism, republicanism, rights

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O atual modelo de direitos humanos baseado na ideologia liberal-progressista parece ser inadequado, porque coloca demasiada ênfase na autonomia do indivíduo, promovendo fortemente o individualismo. A sua consequência não é apenas a erosão da democracia, mas, em última análise, também a perda de laços sociais e a subversão da sociedade (o Estado). Neste trabalho, pretendo apresentar as principais características de um modelo concorrente de direitos humanos – a concepção republicana (democrática) que difere da concepção liberal clássica em muitos aspectos.

Na primeira parte do artigo destacarei a visão liberal de pessoa humana, que será alvo de críticas nas próximas partes. Ao mesmo tempo, delinearei características básicas da concepção republicana de direitos acima mencionada. No entanto, é impossível oferecer soluções rápidas e concretas para conflitos individuais de direitos e liberdades, por isso no artigo discuto apenas uma ideia geral de direitos que precisa de ser desenvolvida não apenas pelas formas (como implementar o conceito na prática) ou instituições, incluindo as relações entre elas (qual instituição é a mais qualificada para formular esses valores), mas também em termos de substância (quais valores uma sociedade específica protegerá).

2. O LIBERALISMO E A IDEIA DE PESSOA HUMANA

De Kant, passando por Rawls e Dworkin, até outros autores do pensamento liberal, a concepção liberal de direitos se baseia na premissa de que o direito é anterior ao bem. O ponto de partida é que o bem é um produto do direito que o constitui.² Somente em um universo sem finalidade (telos) o sujeito pode ser entendido como separado e primordial em relação aos fins e propósitos. Se a natureza ou o cosmos não dão propósito ou significado ao mundo, esta tarefa pertence ao ser humano. Portanto, para Kant, a lei moral não é mais um produto da razão teórica (pura), mas esta lei é criada pela razão prática – a vontade. A vantagem da razão prática é a capacidade de criar conceitos práticos diretamente com base na vontade, sem a necessidade de cognição.

² STACHOŇ, M.: Kant a sociálno-filozofický rozmer idy dobra. In: Daniela Slančáková et al. (eds.): 3. študentská vedecká konferencia. Zborník príspevkov. Prešov: Prešovská univerzita, 2008, p. 138.

Na teoria liberal, o direito precede o bem em dois sentidos: os direitos individuais não podem ser sacrificados em favor do bem comum e os princípios de justiça não podem basear-se numa certa concepção de vida boa. Os conceitos liberais baseiam-se no fato de que o conceito de bem é diverso, enquanto o indivíduo é dotado de dignidade, liberdade e igualdade, o que leva ao fato de que (I) o indivíduo determina por si mesmo o conceito de bem e (II) este conceito não permite fazer distinções entre modos de vida que os indivíduos levam porque a esfera pública é neutra.³ Por uma questão de clareza, desdobrarei os argumentos de maneira mais detalhada a seguir.

Na concepção liberal, o indivíduo é livre em dois aspectos. Por um lado, ele é livre porque escolhe o conceito de vida boa ou vida moral. Kant enfatiza este aspecto da autonomia da vontade, como o princípio mais elevado da moralidade, que é uma lei em si mesma. É o único princípio da moralidade e baseia-se na independência de qualquer substância – isto é, livre do objeto.⁴ A autonomia da vontade resulta da boa vontade, que pode ser assim descrita: *“Não há nada que seja possível pensar em qualquer lugar do mundo, ou mesmo qualquer coisa fora dele, que possa ser considerado bom sem limitação, exceto apenas uma boa vontade.”*⁵ A sua bondade ilimitada reside no querer, ou seja, em escolher em si o que faz de uma pessoa, uma pessoa.⁶ Tal conceito Kant desenvolveu a partir de sua metafísica e não de pesquisas empíricas – ele partiu do reino numenal (reino dos fins), onde o indivíduo era um sujeito de escolha livre de quaisquer leis determinísticas da física.⁷

Outra característica importante da teoria do liberalismo, especialmente para Kant e seus seguidores, é a ideia de separar as pessoas dos desejos e fins. Uma pessoa é independente (separada) de seus desejos e fins. O sujeito existe em si mesmo e, conseqüentemente, a pessoa é anterior em relação aos seus fins. Por outro lado, os fins não são determinantes (primários) para nós.

Além disso, de acordo com a visão liberal, uma pessoa está livre de quaisquer limitações sociais e jurídicas que não tenha escolhido. O indivíduo escolhe, de igual forma, a sua identidade (quem sou eu) e tal identidade é externamente incondicionada. Livre de

³ F. Fukuyama entende esta justificação do liberalismo como a sua base moral (autonomia individual na tomada de decisões) e justificação pragmática (redução do risco de agitação e da possibilidade de uma população diversa viver junta); FUKUYAMA, F.: *Liberalism and its Discontents*. London: Profile Books, 2022 p. 5.

⁴ BELAS, É.: *Sociálne dôsledky Kantovej etiky*. Filozófia, v. 60, n. 4, 2005, p. 256.

⁵ Para uma discussão, veja WOOD, A.: *The Good Will*. *Philosophical Topics* v. 31, 2003, p. 457-484

⁶ STACHO, M.: *Od Kantovej etiky k jeho praktickej filozofii*. *Studia philosophica kantiana*, n. 1, 2017, p. 42.

⁷ FUKUYAMA, F.: *Liberalism...* op. cit., p. 52.

convenções e tradições, independente de vínculos morais, a pessoa é soberana e autora de obrigações que a limitam.⁸ Como resultado, as regras da sociedade não podem basear-se numa visão específica de uma vida boa, mas devem apenas garantir condições para que os indivíduos cumpram os seus planos e sonhos.

A dignidade do indivíduo reflete-se na autocriação, na autoconstrução e na própria (livre) escolha. A identidade humana é o que Charles Taylor chama de individualismo expressivo: entendemos as pessoas apenas como vontades individuais atomizadas, cujo maior bem reside em explorar o seu próprio interior para expressar e seguir livremente a sua própria verdade que descobriram no seu interior.⁹ A consequência é o fato de que, nesse entendimento, a verdade é apenas uma categoria subjetiva que reside no interior da pessoa.¹⁰

Enfatizar a vontade e sua autonomia leva à separação da vontade e da cognição do corpo. O corpo e a realidade social são entendidos apenas como meios para cumprir os fins livremente escolhidos. Têm um valor instrumental: os corpos só são bons enquanto servem ao sujeito, e o seu papel é submeter-se à vontade do indivíduo. Da mesma forma, as relações humanas (incluindo a família ou o casamento) são vistas apenas como transações criadas por acordos, promessas e consentimentos para o benefício mútuo das partes envolvidas. As obrigações não escolhidas e os benefícios imerecidos não pertencem a este regime.¹¹ A cognição também é um ponto definidor que separa as pessoas das não-pessoas (por exemplo, o momento do início ou do fim da vida).

Por outro lado, a imagem liberal do indivíduo implica o mesmo respeito pelo indivíduo que o Estado é obrigado a demonstrar.¹² Esta imagem enfatiza a igualdade em vez da liberdade. Neste sentido, o conceito de justiça liberal é cego às diferenças que existem entre as pessoas (raça, nacionalidade, religião, gênero etc.). Estes sinais nem sequer são constitutivos da nossa identidade. São apenas características de um indivíduo

⁸ RAWLS, J.: *Political Liberalism*. Nova York: Columbia University Press, 1993, onde este autor enfatizou o chamado conceito político de uma pessoa liberta da tradição e da moralidade e defendeu o pluralismo no que diz respeito ao conceito de vida boa.

⁹ TAYLOR, Ch.: *Philosophy and Human Sciences. Philosophical Papers. v. 2*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985, p. 187-210. Taylor também formulou um novo tipo de dano – a incapacidade de compreender, aceitar e celebrar a expressão dos sentimentos íntimos de outra pessoa.

¹⁰ Sobre as interessantes origens de como a diferença entre o interior e o exterior começou com a filosofia protestante de Martinho Lutero, ver FUKUYAMA, F.: *Liberalism...cit. op.*, p. 49-51.

¹¹ CARTER SNEAD, O.: *What it Means to be a Human. The Case for the Body in Public Bioethics*. Cambridge: Harvard University Press, 2022, s. 69-70.

¹² Esta abordagem foi enfatizada, por exemplo, R. Dworkin; DWORKIN, R.: *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1977, p. 272-273.

que o Estado não pode levar em consideração na tomada de decisões. O liberalismo respeita os indivíduos e garante-lhes direitos iguais para viver a vida que escolherem.

Enquanto o primeiro significado de liberdade no liberalismo trata da componente ativa (ação/não-ação), o segundo significado diz respeito ao estatuto. Estas considerações de liberdade têm uma consequência importante para o ambiente neutro que deveria existir na sociedade. Um ambiente neutro parece ideal porque podemos fazer escolhas livremente e só aí podemos ser verdadeiramente independentes no que diz respeito a concepções particulares de uma vida boa.

Embora o liberalismo rejeite a possibilidade de uma ordem moral objetiva, não é niilismo. A justiça é muitas vezes o valor central nos conceitos do liberalismo¹³ ou conceitos de deveres.¹⁴ No entanto, esses conceitos não são dados objetivamente, mas estão sujeitos a escolha. Os processos regulatórios governam o mundo e, mesmo que exista um universo sem significado real, as pessoas que habitam o universo moral são capazes de criar o seu próprio significado.¹⁵ Consideramo-nos criadores no caso dos direitos e agentes de escolha no caso da justiça ou do dever. Como pessoas numerais, formulamos princípios de justiça e, como indivíduos concretos, construímos concepções de bondade. Os princípios que criamos limitam, mas não determinam, os propósitos que escolhemos como indivíduos. O que foi dito acima reflete a prioridade do certo sobre o bem. O indivíduo é libertado dos ditames da natureza, das sanções dos papéis sociais, e instalado como o soberano que forma as únicas leis morais existentes.¹⁶

Mas será que tal imagem é sustentável? Reflete a realidade? As consequências deste conceito são adequadas a outros valores em que as sociedades acreditam? Buscarei a resposta a essas questões discutindo o contraste entre a concepção liberal de direitos e a concepção republicana com ênfase nas obras do filósofo americano Michael Sandel.

¹³ Basta mencionar o conceito de Justiça e Equidade de J. Rawls. Ver também a afirmação de G. Webber, de que a questão das reivindicações dos direitos humanos deveria ser reformulada como uma questão de justiça; WEBBER, G.: Proportionality and Absolute Rights. In: V. Jackson-M. Tushnet (eds.): Proportionality: New Frontiers, New Challenges. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 89.

¹⁴ Por exemplo, no trabalho de Kant *Základy metafyziky mravov*. Bratislava: Kalligram, 2004.

¹⁵ Em última análise, manifesta-se na opinião de Kant que o bem e o mal são determinados pela razão da pessoa; KANT, I.: *Kritika praktického rozumu*. Bratislava: Spektrum, 1990, p. 80-81.

¹⁶ SANDEL, M.: *Liberalism and the Limits of Justice*. 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 176-177.

3. A CONCEPÇÃO REPUBLICANA DE DIREITOS

Argumento que a imagem do indivíduo descrita na seção anterior não pode ser um reflexo fiel de toda a realidade. Primeiro, examinarei a relação entre o indivíduo e os seus fins, onde o liberalismo assume a posição da primazia do indivíduo sobre os seus fins.

Para afirmar a prioridade do indivíduo sobre seus fins ou identidade, seria necessário primeiro identificar um “eu” essencialmente ilimitado, entendido como puro sujeito de disposições e separado de fins e propriedades determinadas. Alguém que está acima deles.¹⁷ As pessoas reais (entendidas como repletas de propriedades específicas) não podem ser mais do que seus fins e identidades, porque os indivíduos estão inseridos em uma vida regida por valores, interesses e desejos dos quais o indivíduo, como soberano e sujeito de disposição, tira seus fins.¹⁸ O “eu” é sempre constrangido e determinado. Na realidade, um sujeito puro simplesmente não existe.

A teoria liberal rejeita, ainda que por vezes podemos ser completamente controlados por fins, que não escolhemos por nós próprios (fins determinados pela natureza ou por Deus), ou completamente absorvidos pela nossa identidade (como membros de uma família, nação, cultura ou tradições). Ao fazê-lo, contudo, a teoria liberal não respeita a experiência moral geral, porque não leva em conta muitas obrigações morais e políticas geralmente aceitas. Pode-se mencionar, por exemplo, obrigações solidárias, religiosas ou morais que não estão relacionadas com o processo de escolha e que não são de natureza universal. As tentativas liberais de justificar os nossos deveres e obrigações apenas fracassarão porque são incapazes de reconhecer a lealdade, a responsabilidade e as obrigações, cuja força moral consiste em viver nestes mesmos conceitos. Ao mesmo tempo, esta vida é inseparável da compreensão de nós, como seres humanos concretos – membros de uma família, de uma cidade, de uma nação, de cidadãos de uma república e de representantes de uma determinada história. A teoria moral que contém estas posições (identidades/desejos) vai muito além da escolha ou da obrigação universal.¹⁹

Além disso, a ênfase do individualismo expressivo na vontade e na cognição é inconsistente com a nossa vulnerabilidade, as nossas necessidades e os nossos limites

¹⁷ Ibid., p. 121.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ SANDEL, M.: *Democracy's Discontent. America in Search of a Public Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 14-15.

naturais. Ao enfatizar a vontade, o individualismo expressivo nega e esquece o corpo. Contudo, a pessoa humana vive a sua vida num corpo vulnerável, dependente e mortal. Como argumenta Carter Snead, uma antropologia de indivíduos atomizados, ilimitados e introspectivos não pode ser compreensível com a realidade humana básica da incorporação e é incapaz de reconhecer os compromissos indiscriminados que dizem respeito a todas as pessoas ao longo das suas vidas. Como resultado, esta abordagem é muito prejudicial para as pessoas mais vulneráveis – especialmente as crianças, os deficientes e os idosos, que necessitam de cuidados mais intensivos.²⁰

A dependência de uma pessoa em relação a outras ao longo da vida torna a dependência um aspecto central da experiência humana. Viver como pessoa é estar em dívida – com a família ou tutores, amigos, comunidade e civilização.²¹ Nem os talentos que temos são algo que merecemos – são um produto do acaso e da sorte. Dentro do individualismo expressivo, não há justificativa para pagar essas dívidas de forma não recíproca e incondicional a outros que nada têm para nos dar em troca da nossa bondade ou cuidado. O individualismo não contém em si o princípio do compromisso moral suficiente para criar uma comunidade ou uma civilização.²²

A vontade do indivíduo também está incorporada num corpo físico que estrutura e limita o alcance dessa vontade. Não está claro por que as pessoas querem se libertar da sua essência. A nossa identidade está firmemente enraizada nos corpos físicos com os quais nascemos e que se desenvolve na interação com outros corpos com quem partilhamos a vida em sociedade. Quem somos é um produto da interação de nossas mentes conscientes e corpos físicos, bem como das memórias dessas interações. Adquirimos emoções através das experiências de nossos corpos físicos.²³

Michael Sandel chama a teoria da comunidade que transcende o sujeito e o objeto de um forte conceito de comunidade. Sua característica típica é que o caminho do autoconhecimento constitui em parte a identidade pessoa-agente. Os indivíduos entendem

²⁰ CARTER SNEAD, O.: *What it Means to be a Human...* op. cit., p. 88-89, referindo-se às palavras de A. MacIntyre de que todos os seres humanos existem numa escala de deficiência. Mesmo em relação aos pobres ou malsucedidos, esta abordagem é dura e impiedosa, porque questiona se poderiam ter evitado o seu infortúnio fazendo escolhas melhores ou esforçando-se mais, o que é obviamente errado; para uma discussão mais detalhada, SANDEL, M.: *The Tyranny of Merit. What's Become of the Common Good?* Penguin Books, 2021, p. 147-148.

²¹ CARTER SNEAD, O.: *What it Means to be a Human...* op. cit., p. 93.

²² *Ibid.*, p. 94. Como observa M. Sandel, quanto mais pensamos que nos criamos, ou que somos autossuficientes, mais difícil é aprendermos a gratidão e a humildade; SANDEL, M.: *The Tyranny of Merit...* op. cit., p. 14.

²³ FUKUYAMA, F.: *Liberalism...* op. cit., p. 153.

a sua própria identidade como parcialmente definida pela comunidade da qual fazem parte. A minha identidade está intimamente ligada a outros que não percebo como outros, mas como amigos que participam num modo de vida e com os quais a minha identidade está intimamente ligada.²⁴ A identidade de alguém é construída e redefinida através da conversa com os outros – reações e respostas. Para estas pessoas, a comunidade não é um objeto, ou seja, o que elas têm como cidadãos, mas determina a sua personalidade – quem elas são. Não se trata dos relacionamentos que escolhem, mas dos apegos que descobrem na sociedade. A adesão não é um atributo deles, mas um elemento constitutivo da sua identidade.²⁵ Além disso, enquanto o nosso autoconhecimento reconhecer um assunto mais amplo do que apenas nós mesmos como indivíduos, seja uma família, uma tribo, uma cidade, uma nação, então, nessa medida, uma comunidade será definida num sentido forte.²⁶

E, finalmente, o individualismo expressivo está em tensão com a história – é a-histórico. A questão de quem sou e o que devo fazer só pode ser respondida com referência às histórias das quais faço parte. Porém, não estamos escrevendo nossa história do zero. Pelo contrário, a minha história faz parte da herança, das tradições e da cultura de outros – família, comunidade ou civilização. Devemos lembrar quem somos e como chegamos aqui.²⁷

Contra a concepção liberal coloca-se outra concepção do bem social, que nos convoca a uma reflexão crítica dos nossos interesses e autonomia – a concepção civil ou republicana. Idealmente, a deliberação deveria consistir em refinar e melhorar os nossos interesses e preferências para que possamos viver uma vida mais gratificante. O objetivo deve ser criar uma sociedade justa e boa. Aquele que cultiva virtudes cívicas e nos permite chegar juntos aos limites de nossa comunidade política.²⁸ Em contraste, a concepção liberal com ênfase na neutralidade e na tolerância é vazia.

A base do conceito republicano é o autogoverno, onde os cidadãos deliberam entre si sobre o bem comum e determinam o destino da comunidade política. Não se trata de permitir que os indivíduos escolham fins e de respeitar os outros nas suas próprias

²⁴ SANDEL S.: *Democracy's Discontent...* op. cit., p. 322.

²⁵ SANDEL, M.: *Liberalism...* op. cit., p. 150.

²⁶ *Ibid.*, pág. 172. Mesmo alguns autores que apoiam o liberalismo afirmam que os liberais estão muito pouco empenhados no patriotismo e na identidade nacional; o que eles consideram errado. Pelo contrário, é algo de que os liberais deveriam orgulhar-se; FUKUYAMA, F.: *Liberalism...* op. cit., p. 137.

²⁷ CARTER SNEAD, O.: *What it Means to be a Human...* op. cit., p. 91-92.

²⁸ SANDEL, M.: *The Tyranny of Merit...* op. cit., p. 208-209.

escolhas, mas sim de um conhecimento comum sobre os assuntos públicos, de um sentido de interdependência, de preocupação por todos, bem como de um vínculo moral com a sociedade.²⁹ Tal concepção não pode ser ambivalente em relação aos valores e fins defendidos ou perseguidos pelos indivíduos.

A teoria política republicana difere da teoria liberal em dois níveis. A primeira refere-se à relação entre o certo e o bem, e a segunda à relação entre liberdade e autogoverno. No que diz respeito à primeira relação, os direitos e liberdades são interpretados à luz de uma concepção particular do bem comum. Segundo A. Vermeule e inspirado no direito natural, os bens mais elevados da sociedade são a paz, a justiça, a abundância, a saúde, a segurança e a proteção econômica. Esses valores pressupõem conceitos substantivos de benefício humano.³⁰

O bem comum é diferente das concepções utilitaristas do agregado de bens individuais. O bem comum é uniforme e tem capacidade de dividir sem diminuir. É também o bem dos indivíduos. O bem-estar de uma pessoa depende do bem-estar da comunidade política em que vive. O objetivo da sociedade é promover o bem dos indivíduos, mas o bem comum é real e é em si o bem maior dos indivíduos.³¹

A teoria republicana cultiva nos cidadãos uma qualidade de carácter essencial ao bem comum. A moralidade é uma propriedade pública e não uma questão privada, porque certas formas de comportamento, vínculos e obrigações são necessárias para o autogoverno. Como parte do bem comum, é necessário educar moralmente os cidadãos.³² A moralidade tem a ver com identidade e não com os interesses dos indivíduos. Dedico mais argumentos a este tópico abaixo.

A segunda diferença entre liberalismo e republicanismo é a relação entre liberdade e autogoverno. Tradicionalmente, a liberdade é vista em oposição à democracia, como uma limitação do autogoverno: sou livre enquanto estiver imune às decisões da maioria. Na teoria republicana, a liberdade é entendida como consequência do autogoverno. Sou livre

²⁹ SANDEL, M.: *Democracy's Discontent...* op. cit., p. 5.

³⁰ VERMEULE, A.: *Common Good Constitutionalism. Recovering the Classical Legal Tradition*. Cambridge: Polity Press, 2022, p. 7 e 32. Segundo este autor, os princípios particulares são: respeito pela autoridade legítima; respeito pela hierarquia social para que a sociedade possa desempenhar as suas funções; solidariedade dentro das famílias, grupos sociais, sindicatos e profissões; proteção dos fracos; a subsidiariedade e o esforço para legislar sobre moralidade; p. 37.

³¹ *Ibid.*, p. 28-29.

³² SANDEL, M.: *The Tyranny of Merit...* op. cit., p. 28.

enquanto for membro de uma comunidade política que controla o meu destino e enquanto participar nas decisões da sociedade.³³

A liberdade está intrinsecamente ligada ao autogoverno e às virtudes cívicas que a sustentam. A liberdade republicana requer uma vida pública que cultive virtudes cívicas – isto é, uma política formativa. Aquela que cultiva nos cidadãos as qualidades e o caráter necessários ao autogoverno. A antiga teoria política sustentava que o propósito da política é o cultivo das virtudes e a perfeição moral dos cidadãos. Cada associação luta por algum bem, enquanto a associação política de cidadãos visa o bem mais elevado e completo. Segundo Aristóteles (Política), toda pólis deve dedicar-se ao objetivo de promover o bem. Caso contrário, tornar-se-á apenas uma associação onde vivem indivíduos mutuamente alienados. Numa tal associação, a lei é apenas um contrato comum e não as regras da vida comum que tornam os cidadãos bons e justos.³⁴

Um conceito prático a este respeito é a doutrina do "viver juntos",³⁵ o conceito de "liberdade ordenada" na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos ao formular o âmbito dos direitos e liberdades, ou irmandade (fraternidade) próxima ao republicanismo francês, segundo a qual a socialização na cultura nacional é um determinante fundamental da identidade francesa.³⁶

A formação em virtudes cívicas para criar bons cidadãos também pode ocorrer fora do Estado. O Estado não é a única entidade que molda a natureza e o caráter das pessoas. Em primeiro lugar, este papel deve ser desempenhado pelas famílias, pelas escolas e pelas igrejas. Ou seja, principalmente pequenas comunidades.³⁷ O Estado pode renunciar à sua soberania precisamente em favor de associações políticas menores e diversas, que governariam diferentes formas de vida social e moldariam diferentes aspectos da nossa identidade.³⁸

Praticar o autogoverno numa pequena comunidade leva os cidadãos à atividade política ainda em maior escala. Isso também foi percebido por Alexis de Tocqueville durante sua visita aos Estados Unidos, quando descreveu a Nova Inglaterra e seu autogoverno na

³³ SANDEL, M.: *Democracy's Discontent...* op. cit., p. 25-26.

³⁴ Por exemplo. KRIŠTOF, P.: *Úvod do Aristotelovej politickej teórie*. Trnava: Filozofická fakulta TU, 2019, p. 32.

³⁵ Resolução da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa nº. 2076 de outubro de 2015.

³⁶ LABORDE, C.: *Critical Republicanism. The Hijab Controversy and Political Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 181. Este autor acrescenta que a ideia de nação consiste na criação da unidade social e na abolição das diferenças sociais.

³⁷ SANDEL, M.: *Democracy's Discontent...* op.cit., s. 326.

³⁸ *Ibid.*, p. 345.

forma de municípios, onde todos os residentes participavam da gestão dos assuntos públicos. Através da sua participação adquiriram conhecimento sobre os seus direitos e obrigações, adquiriram o espírito de liberdade, o gosto pela ordem, ideias sobre o equilíbrio e a divisão do poder.³⁹ Do ponto de vista da democracia, é necessário preencher a esfera democrática com instituições que reúnam pessoas com capacidades diferentes que as unem, mas também aquelas que as dividem. Trata-se de criar e cultivar o hábito de visitar locais públicos, o que impede que um todo ativo se transforme num todo indiferenciado.⁴⁰

Na teoria da democracia de Pierre Rosanvallon, aparece o termo contra-democracia, que tem o potencial de complementar a nossa percepção de um regime democrático. Na contra-democracia, os cidadãos atuam como vigilantes, detentores de veto e juízes em relação à democracia. Utilizam formas não convencionais de participação, como petições, greves, manifestações, associações, meios de comunicação, organizações, redes sociais, Internet, grupos de interesse e outras expressões de solidariedade, nas quais demonstram atividade cívica e esforços participativos para moldar diretamente e de forma permanente os assuntos públicos (ao contrário das formas clássicas de democracia representativa). É através da contra-democracia que o povo pode tornar-se mais ativo e transformar-se numa comunidade política viva.⁴¹

Algumas versões do conceito republicano percebem a relação entre liberdade e autogoverno de forma mais forte do que outras. Uma concepção forte de república (por exemplo, em Aristóteles) entende a virtude cívica e a participação política como inerentes à liberdade. Pessoas – animais políticos são livres apenas quando deliberam sobre o bem comum, ou quando participam da vida social.⁴²

Por outro lado, concepções menos fortes do ideal republicano veem a virtude cívica e o serviço público como instrumentos para a liberdade. A liberdade de buscar os próprios fins está condicionada pela preservação da liberdade da comunidade, que depende da vontade de dar prioridade ao bem comum sobre os interesses pessoais.⁴³

³⁹ TOCQUEVILLE, A.: *Democracy in America*. Trad. Henry Reeve. Pennsylvania State University, 2002, p. 86.

⁴⁰ SANDEL, M.: *Democracy's Discontent...* op. cit., p. 320 -321.

⁴¹ ROSANVALLON, P.: *Counter-Democracy. Politics in an age of distrust*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. Este autor enfatiza que a democracia institucional também tem o seu lugar e propõe a cooperação das instituições e a contra-democracia, que supostamente reativará a democracia e a sua legitimidade.

⁴² Mesmo na concepção de pessoa de Aristóteles, a pessoa é conceitualmente condicionada pela participação na vida política.

⁴³ SANDEL, M.: *Democracy's Discontent...* op. cit., p. 27.

Em contraste com a concepção republicana, existe a concepção liberal que muitas vezes entende a liberdade como uma variável aleatória em relação ao autogoverno. A liberdade pode ou não ser compatível com a democracia, o que aconteceu muitas vezes na história humana (por exemplo, um autocrata esclarecido reconhece os direitos humanos). Outra variante do liberalismo coloca a liberdade individual no início absoluto da existência humana – num estado de natureza a pessoa humana é completamente livre e independente.⁴⁴

4. A DEMOCRACIA COMO INSTRUMENTO DE DIREITOS HUMANOS?

Um típico representante do pensamento liberal no campo dos direitos humanos é Kai Möller. Este autor entende a relação entre democracia e direitos humanos como a relação entre autonomia política e pessoal. É uma relação mútua que não pode ser separada. O objetivo da autonomia política (democracia) é permitir e garantir as condições para a autonomia pessoal. Por outras palavras, a autonomia política especifica a esfera da autonomia pessoal de cidadãos iguais de uma forma racional.⁴⁵ A democracia, ou melhor dizendo, uma sociedade democrática, cumpre apenas um papel instrumental para a autonomia pessoal (liberdade). O bem comum, neste sentido, é tomado como o agregado de preferências e interesses individuais, e o bem comum é alcançado através da maximização dos interesses individuais. No entanto, Sandel chama a isto uma percepção econômica do bem comum: diz respeito apenas minimamente ao cultivo da solidariedade ou ao aprofundamento dos laços de cidadania e está mais orientado para a satisfação das necessidades dos consumidores de acordo com o PIB.⁴⁶ Uma sociedade composta por indivíduos egocêntricos que desejam cultivar e maximizar a sua autonomia pessoal não é, de todo, uma sociedade.⁴⁷

A abordagem de Möller pode ser contestada de diversas maneiras. Em primeiro lugar, tal sociedade é uma sociedade privada na qual os indivíduos consideram as relações

⁴⁴ DENEEN, P.: *Prečo liberalizmus zlyhal (Why Liberalism Failed)*. Trad. Ján Bañas. Bratislava: Postoj, 2022, p. 74.

⁴⁵ MÖLLER, K.: *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 120-123.

⁴⁶ SANDEL, M.: *The Tyranny of Merit...* op. cit., p. 29. Na prática, por exemplo, R. Bork, na posição de Procurador-Geral, argumentou que a lei antimonopólio deveria ter um único objetivo: maximizar o bem do consumidor em termos de preços e qualidade; F. Fukuyama critica esta abordagem, argumentando que não há razão para preferirmos a eficiência económica a outros valores sociais; FUKUYAMA, F.: *Liberalism...* op. cit., p. 34-45.

⁴⁷ Por FUKUYAMA, F.: *Liberalism...* op. cit., p. 153.

sociais como um fardo necessário e cooperam entre si se essa cooperação cumprir os seus fins pessoais. A comunidade é externa aos fins dos indivíduos.⁴⁸

Além disso, a sociedade não deve apenas desenvolver e tolerar razoavelmente a autonomia do indivíduo, ou seja, dentro da ordem moral já existente, mas também a autonomia do indivíduo faz parte e influencia a autonomia política e a democracia. Essas duas autonomias estão inter-relacionadas. A autonomia pessoal (não importa em que nível), na qual a sociedade não pode interferir, contrasta com a compreensão orgânica e subsidiária da sociedade, que percebe a vida social e a realidade social como uma superposição de vários níveis. A sociedade aumenta bens particulares que são organizados para o bem comum e promove a unidade e a harmonia.⁴⁹ A experiência ensina-nos que a acumulação de bens individuais indefinidos não é suficiente para construir o bem comum. Pelo contrário, quanto mais bens individuais tivermos, mais o bem comum se desgastará.⁵⁰

Isto pode ser visto claramente na polarização das sociedades ocidentais nos últimos anos, que é o resultado da ênfase nos bens individuais, enquanto as sociedades e as elites políticas se resignaram ao bem comum dos Estados e das comunidades. Os interesses da sociedade no conceito republicano de direitos representam uma razão legítima para limitar a autonomia e os direitos individuais de privacidade.⁵¹ A autonomia não é o único bem humano que deveria triunfar sobre outros valores da vida humana.⁵²

Outro nível e consequência da instrumentalização da democracia e da preferência pela autonomia é o chamado processo de internalização e subjetivação do mundo externo e da realidade objetiva. O indivíduo tem o direito de criar a sua própria esfera pessoal no sentido da sua autonomia e identidade, na qual a sociedade ou a maioria não podem interferir. O que pertence a esta esfera pessoal é sagrado e, inversamente, o que está fora dela é profano. Além disso, cada vez mais questões pertencem a esta esfera pessoal que escapam à avaliação objetiva e atingem o *forum internum* (foro íntimo) do indivíduo, onde o poder exclusivo pertence ao próprio indivíduo e onde o Estado ou a sociedade não podem interferir. Isto também se aplica à categoria da verdade sobre a sociedade ou sobre si mesmo.

⁴⁸ SANDEL, M.: Liberalism...op. cit., p. 148-149.

⁴⁹ PUPPINCK, G.: Les droits de l'homme dénaturé. Paris: Cerf, 2018, p. 93.

⁵⁰ Ibid., p. 280.

⁵¹ Além disso, ver também a afirmação de que os direitos humanos não são um lugar de exclusão; outros cidadãos e instituições estatais não violam os direitos humanos per se; PERJU, V.: Proportionality and freedom – An essay on method in constitutional law. Global Constitutionalism, v. 1, n. 2, 2012, p. 347.

⁵² FUKUYAMA, F.: Liberalism...op. cit., p. 152

Segundo G. Puppínck, é o domínio do espírito sobre a realidade. O sujeito pensa que a verdadeira realidade existe nele mesmo e não no objeto do conhecimento, porque o sujeito é o único que conscientemente existe. A ideia precede assim a existência, e o que existe no mundo real é o produto das ideias; o externo é absorvido pelo interno. O individualismo cria uma segunda realidade (*la réalité seconde*), que é superior à realidade humana e que é precisamente negada e dominada pela segunda realidade.⁵³

Isto tem consequências de longo alcance para a limitação da autonomia individual. Cada limitação do campo da privacidade de um indivíduo não é avaliada de forma objetiva (do lado da ordem social), mas subjetivamente – em relação à vontade do sujeito. A moralidade como ato privado não depende mais de avaliação objetiva (participação em um bem maior do que o indivíduo representa), mas de sua origem (a vontade do indivíduo). A definição da segunda realidade precede e condiciona a moralidade. Os limites da autonomia não podem ser ordenados a partir da posição do bem comum, mas apenas a partir da posição do bem específico do indivíduo.⁵⁴ Como resultado, a sociedade perde a oportunidade de decidir sobre o bem comum.⁵⁵ A moralidade separada da natureza tornou-se moralismo – um obstáculo social ilegítimo à liberdade individual. Os direitos humanos baseados na autonomia do indivíduo destroem assim a ontologia realista que vê a sabedoria no estado natural das coisas.⁵⁶

A liturgia do liberalismo baseia-se na mitologia da libertação infinita do indivíduo do passado reativo. O liberalismo progressista procura constantemente novos fins que devem ser superados. A sua dinâmica é estrutural e incondicional. Os direitos humanos neste conceito são instrumentalizados.⁵⁷

Até mesmo alguns autores liberais criticam o fato de a compreensão atual de autonomia ameaçar a coesão social. O significado de autonomia expandiu-se de uma escolha dentro de um conceito moral estabelecido para a capacidade de escolher o próprio conceito – para criar as próprias regras morais que se aplicam a um determinado indivíduo.

⁵³ PUPPINCK, G.: Les droits de l'homme... op. cit., p. 94-96.

⁵⁴ Ver, ainda, a afirmação de K. Möller de que a desaprovação ética de um determinado interesse de outro indivíduo não pode ter qualquer peso no exercício da ponderação: em uma sociedade centrada na liberdade individual, o prejuízo à autonomia de uma pessoa, consistente na desaprovação do estilo de vida de outra, não é um argumento moralmente relevante na ponderação; MÖLLER, K.: The Global Model... op. cit., p. 139.

⁵⁵ PUPPINCK, G.: Les droits de l'homme... op. cit., p. 111-112. Como observa G. Puppínck, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a CEDH utilizam o conceito de moralidade como uma limitação à realização da liberdade individual, que é dada pela sociedade. Nestes documentos, a moralidade se opõe à liberdade individual; *ibid.* p. 113.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 114.

⁵⁷ VERMEULE, A.: Common Good Constitutionalism...op. cit., p. 117 e 119.

No entanto, o respeito pela autonomia sempre significou moderar uma série de crenças profundamente arraigadas e concorrentes, em vez de se livrar delas completamente.⁵⁸

A abordagem dos liberais à moralidade refere-se ao relativismo moral promovido. Em suma, o Estado não deve moldar a moralidade, porque é uma categoria subjetiva dependente das preferências pessoais de cada indivíduo. Alguns autores partem desta suposição para conclusões jurídicas sobre a proteção de coisas que não têm valor.⁵⁹ Eles argumentam que é impossível determinar objetivamente o que é valioso, o que é menos valioso ou sem valor. O relativismo moral enfatiza a tolerância como um valor-chave nas avaliações de julgamentos de outros seres.⁶⁰

Contudo, a tolerância é também um valor que dificilmente pode ser defendido pela afirmação de que nenhum valor deve ser protegido. O cerne da tolerância é recusar-se a concordar ou discordar de um modo de vida preferido ou de um conceito de bem. Contudo, como tal, a tolerância é um valor, por isso é errado dizer que todos os valores são subjetivos.⁶¹

Os esforços de liberalização e de democracia axiologicamente neutra através da reorganização de valores instrumentais imateriais não tiveram sucesso, porque estes valores instrumentais (tolerância ou pluralismo) tornaram-se valores em si mesmos. Assim, mesmo que a moralidade pública mude, ela não desaparece – o oposto é verdadeiro; a moralidade faz um investimento significativo na lei, que regula coisas que não regulamentava antes.⁶²

O liberalismo baseado na tolerância respeita apenas os indivíduos e não as tradições, crenças ou identidades que os constituem. Trata as pessoas como seres independentes que exercem a liberdade de escolha. Ao fazê-lo, desrespeita muitos indivíduos que são limitados por tradições ou circunstâncias de vida que lhes negam a liberdade e a independência que a imagem liberal da pessoa humana exige. Simplificando,

⁵⁸ FUKUYAMA, F.: *Liberalism...* op. cit., p. 152.

⁵⁹ SCHLINK, B.: *Proportionality (1)*. In: M. Rosenfeld – A. Sajó (eds): *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 85.

⁶⁰ Sintomaticamente, o TEDH também o faz. Repete constantemente que o pluralismo e a tolerância são requisitos sem os quais não pode existir uma sociedade democrática e que também proporcionam proteção a expressões que chocam, perturbam ou ofendem; por exemplo, a Sentença de 17 de julho de 2018 no caso *Mariya Alekhina v. Rússia*, Apel. N. 38.004/12, § 197. Além do art. 10 ou 11 da Convenção, o TEDH faz frequentemente esta referência à tolerância no contexto do art. 9º da Convenção; por exemplo, na Sentença da Grande Câmara de 10 de novembro de 2005 no caso *Leyla Şahin v. Turquia*, Apel. N. 44774/98, § 107-108.

⁶¹ SANDEL, M.: *Democracy's Discontent...* op. cit., p. 8.

⁶² PUPPINCK, G.: *Conscientious Objection and Human Rights. A Systematic Analysis*. Leiden: Brill, 2017, p. 70.

a tolerância ignora os valores que tolera. Tendo em conta o conceito de pessoa-indivíduo, o liberalismo quer respeitar as pessoas sem valorizar as tradições, as crenças que essas pessoas têm, ou as vidas que vivem. A tolerância, portanto, não cultiva a valorização dos modos de vida que possibilita, mas respeita exclusivamente os indivíduos como tais.⁶³

Segundo alguns autores, a moralidade não deveria fazer parte da política ativa do Estado, porque com o ativismo excessivo nesta área, o Estado corre o risco de se transformar num Estado paternalista.⁶⁴

Tal medo é exagerado, porque cada medida do Estado é necessariamente baseada numa concepção substantiva de moralidade. Apoiar o comportamento moral é uma função básica e legítima das autoridades públicas. O poder político promove o bem e todo órgão estatal se baseia nesta visão. O direito incentiva os sujeitos a terem desejos, hábitos e crenças que melhorem o bem comum. Porém, deve-se levar em conta que a percepção individual pode mudar ao longo do tempo à medida que é regulamentada e educada pelo direito. Mesmo que esta ideia seja inaceitável para os liberais, é uma característica banal das políticas nos Estados liberais: impostos mais elevados sobre o álcool e os cigarros, cintos de segurança nos carros, capacetes nas motocicletas, condições para possuir armas ou contrair casamento. Estas e outras regulamentações semelhantes têm como objetivo reverter total ou parcialmente as preferências das pessoas ou reduzir o risco de decisões erradas e precipitadas. As políticas que estabelecem, por exemplo, o serviço militar ou a escolaridade obrigatória, por sua vez, moldam e refinam as crenças políticas dos indivíduos. Nunca houve uma sociedade na história humana que não tivesse uma opinião sobre quais preferências e crenças individuais são normativamente corretas.⁶⁵ Afinal, o direito é um ramo da moralidade política.⁶⁶

Do exposto, na minha opinião, decorre a obrigação do Estado de regular a moralidade na legislação. Consequentemente, a moralidade não será apenas uma construção descritiva (como é, onde realmente depende de quem faz a avaliação), mas

⁶³ SANDEL, M.: *Democracy's Discontent...* op. cit., p. 116.

⁶⁴ MADEJ, M.: *Meze základních práv v České republice*. Praga: Leges, 2018, p. 161.

⁶⁵ VERMEULE, A.: *Common Good Constitutionalism ...* op. cit., p. 37-38.

⁶⁶ Ver, especialmente, as obras posteriores de R. Dworkin, como *Justice for Hedgehogs*. Harvard: Harvard University Press, 2011.

também uma construção normativa (o que deve ser a moralidade que expressa o bem comum), enquanto a decisão pode ser objetivada.⁶⁷

Mesmo os defensores da autonomia pessoal não entendem a autonomia como um valor superior, mas como parte da autonomia política (democracia). Segundo eles, a liberdade pessoal só pode existir numa democracia (o que não é uma afirmação totalmente verdadeira), portanto é precisamente a autonomia política que representa os limites da liberdade pessoal. Como afirma K. Möller, não há razão para exigir nada menos do que uma solução razoável resultante do processo político. Por outro lado, não é apropriado exigir mais do que razoabilidade. Não existe estágio intermediário. Os valores da democracia e dos direitos humanos não estão em conflito entre si, mas em harmonia. A democracia especifica a autonomia pessoal de indivíduos iguais de uma forma racional.⁶⁸

5. CRIANDO O BEM COMUM

Muitas das questões de justiça muito problemáticas que o nosso tempo enfrenta não podem ser discutidas sem lidar com questões morais e religiosas controversas. Ao determinar os direitos e deveres do indivíduo, devemos considerar noções concorrentes de boa vida.⁶⁹ Segundo Michael Sandel, decidir questões públicas importantes tendo como referência a neutralidade, que não existe, é uma receita para a resistência e o despertar do ressentimento. Uma política esvaziada da discussão das obrigações morais essenciais conduz a um empobrecimento da vida cívica e conduzirá a um moralismo intolerante. Aonde os liberais não vão, os fundamentalistas geralmente entram.⁷⁰

Portanto, se quisermos alcançar uma sociedade justa, devemos pensar no significado de uma vida boa e criar uma cultura que acolha as divergências. A discussão e o julgamento não podem ser evitados e não seria bom evitá-los. A justiça exige julgamento, e não importa se se trata de aborto ou de casamentos entre pessoas do mesmo sexo

⁶⁷ A crítica, por exemplo, de M. Madej, da moralidade pelo seu carácter axiomático, ou rebaixamento da qualidade e nível de justificação da decisão do tribunal, que se refere à moralidade nesta ou naquela questão; MADEJ, M.: Meze základních práv... op. cit., p. 165. Por um lado, a argumentação axiomática é típica do direito constitucional (por exemplo, Estado de direito ou democracia) e, por outro lado, nada impede o tribunal de elaborar mais detalhadamente a regra moral e explicá-la na justificação. O problema não reside na moralidade como tal, mas na forma como este conceito é tratado na aplicação dos atos jurídicos. Compreender uma regra moral para uma pessoa que não a partilha é o mesmo que compreender uma regra ou instituição jurídica que ela considera injusta ou imoral (por exemplo, o montante da pena por um crime, o prazo de prescrição, as preclusões, a distribuição do ónus de prova, etc.).

⁶⁸ MÖLLER, K.: The Global Model... op. cit., p. 121-122.

⁶⁹ SANDEL, M.: Democracy's Discontent... op. cit., p. 254-255.

⁷⁰ Ibid., p. 255.

(parcerias). Esses debates dizem respeito a noções concorrentes de honra, virtude e reconhecimento. No conceito de Sandel, justiça não é apenas a correta distribuição das coisas, mas também a sua correta avaliação.⁷¹ Caso contrário, corre-se o risco de se confundir as distinções entre liberdade social e moral, por um lado, e liberdade corrompida, por outro, contra as quais Alexis de Tocqueville já alertou.⁷²

A questão da liberdade (autonomia) deve, portanto, ser precedida pela questão do que merece o nome de “verdadeiro bem” e justiça.⁷³ E é aqui que as tradições, convenções ou valores de cada sociedade desempenham um papel importante. Estes criam os principais fatores de influência sobre o indivíduo e permitem-lhe encontrar um vínculo orgânico entre ele e a sociedade.⁷⁴ Isso não significa que a liberdade individual esteja sujeita a limitações decorrentes de princípios superiores. Estes princípios são o material a partir do qual um indivíduo compõe a sua própria atividade: particular e vigorosa. Os princípios fornecem um suprimento de noções gerais que permitem distinguir o bem do mal, o valioso do inútil, o progresso do regresso etc. Assim, a liberdade não precisa experimentar ou inventar constantemente novos objetivos, pelo contrário, pode referir-se a verdades universais, o que certamente leva à limitação, mas libertadora, porque um bom efeito flui da liberdade.⁷⁵

Nem o liberalismo nem o comunitarismo respondem à questão do conteúdo do propósito que o suposto direito deve servir.⁷⁶ Entre o liberalismo e o comunitarismo e as suas concepções de bem e justiça, existe também uma terceira via defendida por Michael Sandel seguindo o exemplo de Aristóteles. Consiste na afirmação de que a justiça depende da justificação do valor moral ou do bem real que atenda ao propósito. O reconhecimento e a proteção do direito dependem, portanto, da demonstração de que o suposto direito promove um importante bem humano. Não utilizamos uma abordagem comunitária de avaliação em que o bem é identificado pela maioria, por convenção ou tradição. Utilizaremos um conceito teleológico ou perfeccionista dentro do qual é necessário primeiro

⁷¹ Ibid., p. 274.

⁷² DE TOCQUEVILLE, A.: *Democracy in America*. Pennsylvania State University, 2002, p. 61. Segundo ele, a liberdade moral deriva a sua força da unidade e diz respeito à liberdade de fazer tudo o que é bom e justo. A liberdade corrompida, que é a mesma para os homens e para os animais, consiste em fazer o que se quer. A liberdade assim entendida é inimiga de qualquer poder e viola todos os seus princípios.

⁷³ BARWICKA-TYLEK, I.: *Portrety wolności. Studium z historii idei i postmodernizmu „stosowanego“*. Varsóvia: Wolters Kluwer, 2009, p. 232.

⁷⁴ DE TOCQUEVILLE, A.: *Democracy in America...* op. cit., p. 330.

⁷⁵ BARWICKA-TYLEK, I.: *Portrety wolności...* op. cit., p. 236-238.

⁷⁶ SANDEL, M.: *Democracy's Discontent...* op. cit., p. xi.

estabelecer a natureza do modo de vida mais desejável.⁷⁷ Os direitos humanos refletem, portanto, também uma parte significativa das ideias da sociedade sobre a boa vida e a justiça, com ênfase na boa vida.⁷⁸ Os direitos humanos são um bem comum, são relacionais e necessários para a realização humana. Eles transcendem o indivíduo, precedem-no e sobrevivem-lhe. Eles pertencem a ele enquanto ele participa deles. Contudo, por si só, não podem representar um quadro completo da organização da sociedade. A noção de bem comum entra desde o início no âmbito dos direitos humanos. Tal âmbito deve refletir o bem comum, porque o bem é a justificação para a vida dos direitos humanos. Portanto, nesta concepção não há conflito entre o direito e o bem comum.⁷⁹ Também por esta razão, os políticos (incluindo os juízes) devem interpretar os princípios abertos da Constituição e dos direitos humanos de acordo com a ideia do bem comum.

Segundo I. Barwicka-Tylek, a liberdade não é mais apenas uma condição interna, dentro da qual uma pessoa reconheceria a ordem natural das coisas, mas também requer a melhoria e a remodelação do mundo. Reconhecer um estado de coisas harmonioso como bom em si não é suficiente, mas a questão da liberdade hoje está orientada para fora. Isto requer “traduzir” verdades universais para a linguagem da temporalidade (o presente). A avaliação da liberdade é realizada através da atividade, o que leva à criação do conceito de responsabilidade pela liberdade. Desta forma, a liberdade torna-se mais visível e a minha liberdade é julgada por outras pessoas com quem estou ligado na criação da mesma ordem normativa.⁸⁰

As constituições protegem não apenas os direitos dos indivíduos, mas também a autonomia dos sistemas sociais funcionais que cumprem a sua função apenas com base na sua racionalidade especial. O que precede inclui expressamente a proteção da arte, da ciência, da religião, da educação ou dos meios de comunicação social. A proteção é fornecida pelo Estado e não por indivíduos dentro do sistema.⁸¹

Nesta direção, o valor chave passa a ser a subsidiariedade e o autogoverno. As comunidades individuais devem ter a capacidade de organizar os seus próprios valores morais, especialmente em entidades como o Conselho da Europa e a União Europeia. O princípio da subsidiariedade exige que o poder seja distribuído ao nível de governança mais

⁷⁷ Ibid

⁷⁸ BÁRÁNY, E.: *Pojmy dobrého práva*. Zilina: Eurocódice, 2007, p. 61

⁷⁹ VERMEULE, A.: *Common Good Constitutionalism...* op. cit., p. 166.

⁸⁰ BARWICKA-TYLEK, I.: *Portrety wolności...* op. cit., p. 234-235.

⁸¹ GRIMM, D.: *Constitutionalism. Past, Present, and Future*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 342.

baixo possível. A democracia deve ter precedência sobre a uniformidade, por mais que a uniformidade seja desejada.⁸² Simplesmente, um todo maior deve adaptar-se à diversidade que existe dentro da união de estados.

Por outro lado, o todo só pode intervir no quadro da subsidiariedade se for absolutamente necessário para restaurar uma situação que existia antes. A lógica da subsidiariedade num sentido positivo é que um todo maior fornece ajuda (subsídio) a entidades, órgãos ou unidades inferiores e, assim, protege, preserva e restaura o seu bom funcionamento para garantir o bem comum. Por um lado, a subsidiariedade permite a ação, mas também a impede, a menos que haja situações absolutamente excepcionais em que unidades ou organismos inferiores sejam incapazes de cumprir o bem comum.⁸³

6. DA TEORIA À PRÁTICA

Tentarei demonstrar as ideias acima mencionadas da abordagem republicana aos direitos humanos em dois estudos de caso. Ambos os estudos se baseiam nos trabalhos de Michael Sandel e aprofundam as ideias teóricas apresentadas nas subseções anteriores. O primeiro estudo centra-se no direito à privacidade, que está no centro da percepção individual do voluntarismo e da autonomia pessoal. É deste direito que muitos tribunais derivam uma série de outros direitos que não estão listados nos catálogos de direitos humanos. O estudo mostra que o direito à privacidade foi criado de forma diferente do que o entendemos hoje e apresenta premissas menos conhecidas que estabeleceram o direito na prática. Além disso, e o que é mais importante para as nossas considerações, é imaginável outra justificação deste direito comparativamente à abordagem voluntarista. Especificamente,

O segundo estudo está relacionado ao ambiente público neutro que o liberalismo exige. Muitas vezes, ao não promover o conceito de bem comum, o Estado ou as políticas públicas desocupam a esfera pública para os indivíduos que criam esse conceito por vontade própria. Como demonstra o debate sobre o aborto e o casamento entre pessoas do mesmo sexo (parcerias), tal abordagem é falha por duas razões. A primeira é que a regulamentação neutra, que coloca o peso da responsabilidade sobre os indivíduos, é neutra apenas na aparência. No fundo, existem fortes argumentos morais que transmitem uma mensagem de valor específico. É um truque com a neutralidade porque a prática

⁸² FUKUYAMA, F.: *Liberalism...* op. cit., p. 148.

⁸³ VERMEULE, A.: *Common Good Constitutionalism...* op. cit., p. 155-156.

permitida não é nada neutra, mas carrega uma forte mensagem moral que a política queria evitar. A segunda falha da neutralidade pública, além da incapacidade de cultivar o bem social, é que, a menos que os principais argumentos morais das posições individuais sejam resolvidos até o âmago do debate e não seja adotado uma conclusão concreta, as questões de prática permanecem obscuras. Portanto, é necessário primeiro responder às questões-chave, que a neutralidade da esfera pública vazia impede, e só então é possível considerar a adoção de regulamentação específica.

6.1 Estudo de caso: direito à privacidade

O direito à privacidade não pressupõe uma concepção voluntarista da pessoa tal como é hoje, onde uma pessoa age de forma independente e de acordo com a sua vontade, sem restrições do Estado. A concepção tradicional do direito à privacidade, que remonta ao final do século XIX, momento em que foi criada, assentava-se numa premissa diferente. O direito deveria proporcionar a uma pessoa a proteção dos elementos da personalidade do público, e o objeto da proteção era o interesse da pessoa em recusar-se a revelar elementos da sua personalidade. O direito à privacidade é mencionado pela primeira vez em 1890 (até então, o termo não existia no direito como tal) no famoso artigo de R. Brandeis e E. Warren: *“The Right to Privacy”*.⁸⁴ As reflexões sobre o direito à privacidade foram estimuladas pelo rápido desenvolvimento das tecnologias modernas (a câmera em movimento e a imprensa de massa diária). Os autores temiam que essas tecnologias levassem à publicação de detalhes indesejados da privacidade das pessoas, inclusive deles próprios, porque E. Warren era conhecido por organizar festas luxuosas na parte elitista de Back Bay, em Boston, que não escapavam à atenção da mídia.⁸⁵

A abordagem doutrinária do direito à privacidade também se refletiu nos primeiros precedentes da Suprema Corte dos EUA que abordaram aspectos da privacidade. O primeiro caso, em 1961, perante a Suprema Corte, foi *Poe v. Ullmann*,⁸⁶ onde o Estado de Connecticut proibiu, por lei, o uso de contraceptivos. A maioria dos juízes não viu nada de inconstitucional neste regulamento e a proposta foi rejeitada. No entanto, dois juízes, W. Douglas e J. Harlan, escreveram dissidências, onde argumentaram que, na sua opinião, a lei violava o direito à privacidade no sentido tradicional. O direito à privacidade não foi

⁸⁴ Publicado em *Harvard Law Review*, v. 5, 1890.

⁸⁵ SANDEL, M.: *Democracy's Discontent...* op. cit., p. 94.

⁸⁶ *Poe v. Ullman*, 367 US 497 (1961).

afetado pelo uso ou não uso de contracepção (uma escolha), como o perceberíamos hoje, mas o problema era outro: o direito de estar livre da aplicação desta proibição. Eles argumentaram que, uma vez que o Estado aprova uma lei, ele também tem o poder de aplicá-la. No entanto, a prova de violação do uso ou não uso de contraceptivos deve ser obtida através de investigação, o que neste caso significou a investigação de uma relação íntima entre um homem e uma mulher. Segundo eles, a proibição da venda de contraceptivos poderia servir como uma solução sustentável, do ponto de vista do direito à privacidade, porque enquanto a proibição da venda ou distribuição levaria ao controle das farmácias, a proibição da utilização levaria ao controle dos quartos.

Além disso, o juiz J. Harlan afirmou no parecer que a contracepção é, inerentemente, imoral, porque encoraja condutas repreensíveis (adultério), ao mesmo tempo que minimiza as consequências perigosas que se seguem. Portanto, a regulamentação da contracepção e a proibição da sua venda está de acordo com o direito à privacidade. Da mesma forma, na sua dissidência, ele argumentou que a aplicação da moralidade é uma atividade legítima do Estado: a sociedade não é apenas a destinatária do bem físico do Estado, mas a atividade do Estado deve também preocupar-se com a correta educação moral das pessoas.

Quatro anos depois, em *Griswold v. Connecticut*⁸⁷ que dizia respeito à mesma situação factual, prevaleceu a opinião divergente. Foi a primeira decisão que utilizou o direito à privacidade como argumento de inconstitucionalidade. No entanto, foi novamente no conceito tradicional – proteger as relações íntimas dos cônjuges do público. A violação da privacidade baseou-se na interferência que exigia o cumprimento da lei (o uso de contraceptivos) e não na restrição da escolha do uso de contraceptivos. A justificação para a privacidade não era de natureza voluntarista, mas baseada num julgamento moral substantivo: A Suprema Corte utilizou a privacidade não para garantir a liberdade da vida sexual dos indivíduos, mas para afirmar e proteger a instituição do casamento.⁸⁸

A transição do antigo para o novo conceito de privacidade ocorreu em 1972, quando a Suprema Corte dos EUA no caso *Eisenstadt v. Baird*⁸⁹ decidiu que uma lei que proibisse a distribuição (ou seja, a cessação do uso) de contraceptivos a pessoas solteiras era inconstitucional. Em comparação com casos anteriores, o tribunal fez duas alterações. A

⁸⁷ *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

⁸⁸ SANDEL, M.: *Democracy's Discontent...* op. cit., p. 96.

⁸⁹ *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438 (1972).

primeira consistiu na substituição do titular da privacidade. Dos cônjuges e da instituição do casamento, a proteção da privacidade estendeu-se aos indivíduos não vinculados a quaisquer funções ou com quaisquer obrigações especiais. A segunda e mais significativa mudança levou ao desaparecimento do antigo conceito de privacidade e ao estabelecimento de um novo conceito – a proteção da liberdade de agir sem restrições do Estado. A Suprema Corte deixou de invadir quartos sagrados (Griswold) e passou a proteger decisões de certa natureza (Eisenstadt).⁹⁰

Posteriormente, esta atividade de tomada de decisão do tribunal foi desenvolvida no conhecido caso *Roe v. Wade* ou *Carey v. Population Services International*. A ligação mais significativa da privacidade e autonomia individual com o voluntarismo pode ser encontrada numa famosa passagem da decisão *Planned Parenthood v. Casey*, onde o direito à privacidade protege as escolhas mais íntimas, pessoais e de vida relacionadas com a dignidade e a autonomia de um indivíduo. No cerne da liberdade está o direito de definir o próprio conceito de existência, de significado, de mundo e dos mistérios da vida humana sem a coerção do Estado.⁹¹ Mas, como pode ser visto a partir da gênese histórica, é concebível outra fundamentação para o conceito de privacidade, o que leva à conclusão de que a visão voluntarista pode não ser a única possível para o direito à vida privada.

6.2 Estudo de caso: o debate sobre o aborto e o casamento gay

Segundo Michael Sandel, não podemos separar a questão da justiça e da boa vida. Estas tentativas são falhas por duas razões: primeiro, nem sempre é possível decidir a questão da justiça e dos direitos humanos antes de resolvermos as questões morais subjacentes. Em segundo lugar, mesmo que fosse possível, poderia não ser aconselhável.

⁹⁰ Como escreve M. Sandel, a Suprema Corte dos EUA camuflou mesmo a transição do antigo conceito de privacidade para o novo conceito com uma premissa falsa e hipotética: se, de acordo com a decisão do caso *Griswold*, a distribuição de contraceção aos casais não pudesse ser proibida, a proibição de distribuição a pessoas solteiras deveria ser igualmente inadmissível. Contudo, o tribunal ignorou o fato de o acórdão *Griswold* não ter declarado que a distribuição de contraceptivos a pessoas casadas não poderia ser proibida; SANDEL, M.: *Democracy's Discontent...* op. cit., nota n. 30, p. 367.

⁹¹ *Paternidade planejada v. Casey*, 505 US 851 (1992). A abordagem mencionada é modificada pelo chamado conceito de liberdade ordenada, que foi enfatizado em *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 US ____ (2022): "O Tribunal não afirmou que este direito amplamente enquadrado é absoluto, e tal afirmação não seria plausível. Embora os indivíduos sejam certamente livres para pensar e dizer o que quiserem sobre a 'existência', o 'significado', o 'universo' e 'o mistério da vida humana', eles nem sempre são livres para agir de acordo com esses pensamentos. A licença para agir com base em tais crenças pode corresponder a uma das muitas compreensões de 'liberdade', mas certamente não a de 'liberdade ordenada'."

Especificamente, se há grandes questões morais em jogo, não é possível separar a política e o direito da avaliação moral substantiva.⁹²

Sandel cita o debate sobre o aborto e a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo como exemplos. No primeiro caso, no quadro do confronto entre duas posições pró-vida e pró-escolha, aborda o argumento de que quando o debate é tão polarizador, o Estado deveria deixar a decisão sobre o aborto, numa determinada fase da gravidez, para a própria mulher, para ela mesma se posicionar. À primeira vista, o argumento apresentado pode parecer neutro, mas após um exame mais detalhado, é falso. Expressa uma atitude de valor em relação à questão moral e teológica básica relacionada com o aborto, nomeadamente que o feto (nascituro) não é uma pessoa. Se esta posição afirmasse que o feto não é uma pessoa humana (o que não pode ser contestado de um ponto de vista biológico e ontológico), então seria possível matar esta pessoa não apenas em qualquer fase da gravidez, mas também, pelos pais (mãe), em qualquer momento após o nascimento.⁹³

É claro que isso é um absurdo. No final, a neutralidade e a liberdade de escolha não são argumentos suficientes para aceitar o suposto direito ao aborto.⁹⁴ Quem defende o direito ao aborto deveria lidar com o argumento de que um feto humano é uma pessoa (um ser humano) e tentar refutar esse argumento. Respeitar o direito da mulher de escolher fazer ou não um aborto depende da demonstração de uma diferença moral relevante entre matar um feto nas fases iniciais da gravidez e matar uma criança.⁹⁵ Não basta dizer que a legislação sobre o aborto deve ser neutra, porque o mesmo argumento da neutralidade se aplica à proibição do aborto. A neutralidade não é possível quando se trata de abortos, bem

⁹² SANDEL, M.: *Democracy's Discontent...* op. cit., p. 23.

⁹³ O Tribunal Constitucional da Polónia afirma que o Estado não pode apoiar a eugenia liberal, quando uma mulher tem de decidir por si mesma se a gravidez de uma criança concebida, com elevada probabilidade de ser gravemente deficiente, deve ser levada até o fim ou não. Tal política não respeita a dignidade humana do feto e apoia a eugenia liberal (devem nascer crianças saudáveis), pois a decisão não é tomada pelo Estado, mas pelo indivíduo; decisão de 22 de outubro de 2020, Caso nº. 1/20, § 103.

⁹⁴ G. Puppink afirma que o aborto não pode ser um direito, nem uma liberdade. Não pode ser um direito porque representa sempre uma exceção ao direito à vida (as condições em que se permite o aborto são construídas dessa forma) e representa um mal menor ou tolerável. Além disso, outros direitos humanos ajudam a concretizar e expressar a humanidade de uma pessoa, o que não se pode dizer de uma mulher que faz um aborto. Como resultado, os Estados e as sociedades estão a tentar manter o declínio do aborto – que direito humano queremos ver menos? O aborto, por outro lado, não pode ser liberdade porque, tradicionalmente, a liberdade não é limitada por nada interior, mas sempre apenas por circunstâncias externas. No caso do aborto é o contrário: a limitação da liberdade vem de dentro – o objeto da limitação é o embrião. Portanto, se reconhecermos qualquer valor (mesmo que pequeno) do feto, então não poderá mais ser uma questão de liberdade. Se o aborto fosse liberdade, o feto não teria de ser nada; PUPPINCK, G.: *Why Abortion Is No Human Right*; acessado em: [Why Abortion Is No Human Right \(eclj.org\)](http://WhyAbortionIsNoHumanRight(eclj.org)) [03-06-2023].

⁹⁵ SANDEL, M.: *Democracy's Discontent...* op. cit., s. 21.

como de investigação embrionária. Portanto, é importante resolver primeiro o problema moral e religioso e só então poderemos resolver o problema jurídico.⁹⁶

Ao permitir o aborto, os organismos humanos vivos são excluídos da comunidade de sujeitos que ainda não são capazes de agir ativamente dentro das suas próprias definições: carecem de autonomia e de cognição, que na concepção liberal são a marca distintiva entre pessoas e não-pessoas. Contudo, pais e filhos não competem entre si: a gravidez não é um carcinoma, nem o feto é um parasita biológico; é a forma como todo ser humano vem ao mundo, enquanto a mulher grávida é mãe.⁹⁷ Ser humano é o único critério para pertencer à comunidade humana.

Outro exemplo em que uma posição neutra é errada sem primeiro resolver o dilema moral é a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo. À primeira vista, o argumento da proibição da discriminação e da liberdade de escolha (autonomia) pode falar a favor deste casamento. No entanto, estas ideias por si só não podem justificar tal direito, segundo Sandel. Se o Estado reconhecesse estes argumentos relativos ao valor moral das relações voluntárias e permanentes, não poderia limitar o casamento a apenas duas pessoas; mesmo as relações polígamas (ou entre parentes) teriam de se enquadrar nesta categoria. Se o Estado quisesse ser verdadeiramente neutro na questão do casamento, procurando respeitar qualquer escolha que os indivíduos desejem fazer no âmbito da autonomia, deveria abandonar completamente o seu papel de reconhecer a instituição do casamento.⁹⁸

A questão-chave da disputa sobre o casamento gay não é a liberdade de escolha ou a igualdade de tratamento, mas sim se estas relações merecem respeito e reconhecimento comunitário – se cumprem o propósito da instituição do casamento. Expandir a definição tradicional de casamento para casais do mesmo sexo, sem abri-la completamente para todos os relacionamentos ou renunciar ao reconhecimento de quaisquer relacionamentos, implica em uma postura moral e dá valor às relações entre pessoas do mesmo sexo. Ao mesmo tempo, tal regulamentação aprova os casamentos entre pessoas do mesmo sexo e o propósito de tais casamentos.

⁹⁶ SANDEL, M.: *Spravedlnost: Co je správné dělat (Justice: What is the Right Thing to Do?)*. Trad. Tomáš Chudý. Praga: Karolinum, 2015, p. 265-266. Paradoxalmente, a decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Dobbs* pode ser considerada uma decisão liberal porque apoia a tolerância e a subsidiariedade da regulamentação legal da vida do nascituro e da privacidade da mulher, sem assumir diretamente uma posição moral específica sobre esta questão.

⁹⁷ CARTER SNEAD, O.: *What it Means to be a Human...* op. cit., p. 172-173.

⁹⁸ SANDEL, M.: *Spravedlnost...* op. cit., p. 270-271. Estou a falar aqui do reconhecimento explícito por parte do Estado, e não da vida privada das pessoas homossexuais.

Isto também leva a uma redefinição da instituição do casamento e da família para toda a sociedade. A autonomia do indivíduo afeta, assim, toda a sociedade. A desconstrução da família aceita pelo Estado e pela sociedade toca a autonomia de outros indivíduos. O indivíduo está conectado à sociedade e a influencia. A ênfase na proteção da autonomia contra a tirania ignora que a tirania também pode surgir em nome da proteção da autonomia. A reivindicação de que a liberdade de alguém deve ser protegida pelo direito é em si uma reivindicação ao exercício de poder coercitivo sobre outros.⁹⁹ A este respeito, a afirmação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH de que as parcerias registadas de casais homossexuais não ameaçam de forma alguma os casais heterossexuais, quando estes se casam ou constituem uma família, bem como a sua percepção do casamento e da família, é profundamente errada.¹⁰⁰

O objetivo do casamento de acordo com a lei natural é a união permanente de um homem e uma mulher, sua unidade e procriação (independentemente de terem realmente filhos). De acordo com o segundo conceito, o casamento é uma relação permanente entre dois parceiros sem a procriação de filhos. É muito difícil julgar entre esses conceitos. O que consideramos como propósito do casamento depende de quais qualidades consideramos que o casamento celebra e afirma. No entanto, esta escolha não é neutra nem acompanhada de uma escolha, mas toca, segundo Sandel, o conceito de uma vida boa.¹⁰¹

Cada vez mais as instituições da família e do casamento são entendidas num sentido voluntarista. São menos valorizados pelo bem humano que criam do que pelas escolhas autónomas que expressam.¹⁰² O valor da família como condição básica para a sobrevivência da sociedade não é considerado fundamental no liberalismo. Além disso, o próprio conceito de família e casamento foi colocado no altar da igualdade.¹⁰³

7. DANOS E FALHA DO CONCEITO LIBERAL DE DIREITO

⁹⁹ HALE, R.: Coercion and Distribution in a Supposedly Non-coercive State. *Political Science Quarterly*, v. 38, n. 3, 1923, p. 470.

¹⁰⁰ Acórdão da Grande Câmara do TEDH no caso Fedotova e outros v. Rússia de 17 de janeiro de 2023, ap. n. 40792/10, § 212.

¹⁰¹ SANDEL, M.: *Spravedlnost...* op. cit., p. 273. A. Vermeule acrescenta que do ponto de vista do bem comum, o potencial reprodutivo do casamento é necessário para a continuação da comunidade política e, portanto, a única correta; VERMEULE, A.: *Common Good Constitutionalism...* op. cit., p. 132.

¹⁰² SANDEL, M.: *Democracy's Discontent...* op. cit., p. 108.

¹⁰³ VAN DE BREEVART, H.: *Threat or Opportunity ? A Christian Perspective on Populism*. Salux, 2021, p. 145.

Como pode ser visto nas seções anteriores, o liberalismo causa diversos danos em relação aos direitos e liberdades. O dano à razão pública liberal é de natureza moral e política. Os danos morais dependem da validade e do peso das doutrinas morais ou religiosas que a razão liberal exige que abandonemos ao decidir questões de justiça. Os danos morais são mais elevados quando a concepção política de justiça tolera graves males morais (escravidão nos EUA até o final da segunda metade do século XIX). No caso do aborto, o dano moral também seria elevado se o ensinamento da Igreja Católica se revelasse correto.¹⁰⁴ Caso contrário, o dano moral seria menor.

Além dos danos morais, a razão liberal também causa danos políticos. As questões fundamentais da política são discutidas e decididas sem referência a uma concepção específica de “bem”. Isto cria um vazio moral no espaço público e na política, que é preenchido por extremistas morais, ou por coisas triviais (escândalos, tabloides ou simples entretenimento televisivo).¹⁰⁵ O liberalismo é vazio e, portanto, pouco atraente.

A ausência do bem na esfera pública pode se transformar em uma diversidade de sistemas de valores e na própria definição de “bem”. Contudo, a unidade da esfera normativa é uma condição para a duração da ordem social. Portanto, uma sociedade que deseja a liberdade deve zelar pela qualidade da esfera normativa – tradições, convenções e valores.¹⁰⁶ Em suma, deve cultivar estas noções e não as abandonar em favor da percepção individual.

A vida política exigida pelas concepções liberais oferece pouco espaço para a deliberação pública testar a plausibilidade de moralidades concorrentes – para convencer outros do conteúdo dos argumentos morais e para ser convencido dos argumentos dos outros. Se questões morais ou politicamente controversas seguem concepções razoáveis, mas incompatíveis de bem, ou se podem ser resolvidas em debate, só pode ser decidido em deliberação.¹⁰⁷ Se aceitarmos o conceito de bem comum, seria um erro lutar pela neutralidade no discurso público, ou considerar possível pensar na justiça sem ter em mente a boa vida.¹⁰⁸ As crenças morais e religiosas têm um lugar no discurso público – por vezes questionaremos estas opiniões, por vezes lutaremos contra elas, mas por vezes

¹⁰⁴ Se o feto for uma pessoa, mesmo os autores liberais não admitem que seria moralmente permissível matar outra pessoa em prol da autonomia individual, MÖLLER, K.: *The Global Model...* op. cit., p. 157.

¹⁰⁵ SANDEL, M.: *Liberalism...* op. cit., p. 216-217.

¹⁰⁶ BARWICKA-TYLEK, I.: *Portrety wolności...* op. cit., p. 239-240.

¹⁰⁷ SANDEL, M.: *Liberalism...* op. cit., p. 211.

¹⁰⁸ SANDEL, M.: *Spravedlnost...* op. cit., p. 254.

também as ouviremos. E só uma política moralmente indiferente pode garantir uma sociedade justa.¹⁰⁹

Como sociedade, minimizamos ou melhor ignoramos os males que a nossa autonomia traz na forma de várias escolhas que o direito nos permite fazer. Ignoramos e banalizamos a infidelidade nos relacionamentos amorosos, o estilo de vida promíscuo, a mentira pública, não vemos a dor e o sofrimento das famílias divorciadas ou dos filhos que crescem em famílias monoparentais e que, na melhor das hipóteses, tem a chamada guarda alternada. Não nos interessa o abandono dos idosos, não respeitamos a família nem as tradições, entendemos o nascituro como um objeto que dificulta e até discrimina a mulher, domina e destrói a natureza etc. A sociedade ignora estes males porque a moralidade já não nos obriga a ver estas misérias e a enfrentá-las através de ações robustas. A cultura do liberalismo deixa um resíduo moral para trás e quebra os laços sociais e instituições inteiras nas quais a sociedade se sustentou por milênios. E tudo isso em nome do ideal da liberdade.

Um excesso de ênfase na autonomia e nos direitos individuais em detrimento do bem comum, sem uma avaliação responsável de como a realização do direito à autonomia afetará não apenas a pessoa, mas todo o bem da sociedade, também contribui para o fortalecimento do onipresente estilo de vida consumista. Um indivíduo deve ter direito a tudo o que está relacionado a ele no menor tempo possível. Atrasos, espera pelo momento social correto, bem como deliberações honestas e aprofundadas, não são recomendados e são avaliados como uma proteção ineficaz dos direitos humanos. O indivíduo tem direito a fazer o que quiser com sua identidade, autonomia e moralidade.

Isso é feito sem se avaliar os efeitos do exercício dos direitos em relação ao futuro, seja para o próprio indivíduo ou para a sociedade, que se torna apenas um receptor passivo e observador das várias formas de autonomia amplamente entendidas, nas quais, segundo o liberalismo, não tem o direito de avaliar ou interferir. Isso é chamado de respeito à escolha, pela qual a sociedade não possui o poder de julgar. O indivíduo é o juiz de si mesmo. Não se considera o período deliberativo e suficientemente longo entre o pedido do indivíduo e a implementação efetiva de sua escolha, que representaria um freio suficiente que poderia

¹⁰⁹ Ibid., p. 281-282.

trazer uma maior orientação para o bem comum e, especificamente, se uma determinada escolha individual contribui ou não para esse bem.¹¹⁰

Além destes danos, os conceitos liberais levam ao fracasso da democracia, e a democracia é corroída pela influência dos conceitos liberais. Não está claro qual é o seu propósito. Existem, pelo menos, duas razões para o fracasso do “eu” ilimitado e para a existência de um verdadeiro autogoverno. A primeira é a concepção republicana de liberdade, onde a liberdade depende do autogoverno, depende de membros da comunidade política que se identifiquem com o papel dos cidadãos e reconheçam as responsabilidades que a cidadania acarreta. Porém, se o indivíduo é anterior aos seus fins, o papel do cidadão limita-se ao hábito ou a aparência e a cidadania é um obstáculo à autonomia.

Além disso, também é necessário o constante cultivo da cidadania por meio de vínculos e obrigações específicas. A cidadania exige hábitos e determinados comportamentos, preocupação com o todo, orientação para o bem comum, para além dos fins privados dos cidadãos. A vida pública que não apoia tal prática e a sua indiferença não cultivam as virtudes básicas para o autogoverno. O pluralismo tênue causa a erosão do autogoverno e das comunidades.¹¹¹ Pelo contrário, o verdadeiro pluralismo permite diversas expressões e, sobretudo, à procura do bem comum da comunidade política.¹¹² O conceito de indivíduo soberano e da sua autonomia enfraquece a comunidade e desvia as pessoas das virtudes que pertencem à vida pública, como reconhecido por autores que, de outra forma, apoiam o liberalismo.¹¹³

A segunda razão para a disfuncionalidade da teoria liberal e do autogoverno é o Estado de bem-estar social. Em grande contraste com a concepção voluntarista da pessoa humana, o Estado moderno consiste numa grande rede de diversas dependências e expectativas que não são reguladas pela vontade ou consentimento. Embora o Estado-Providência prometa fortes direitos individuais, estes, por outro lado, exigem um forte sentido de responsabilidade e compromisso moral por parte dos outros cidadãos. Se a identidade dos cidadãos não for formada de maneira a que se considerem participantes na

¹¹⁰ O que foi dito acima pode ser demonstrado nas histórias de muitas mulheres que fizeram um aborto, do qual se arrependeram mais tarde, ou de pessoas que passaram pela transição de gênero e mais tarde se arrependeram da sua escolha, ou tentam mudá-la; estas pessoas reconheceram que a autonomia total não as satisfazia nem poderia satisfazê-las; FUKUYAMA, F.: *Liberalism...* op. cit., p. 63.

¹¹¹ Paradoxalmente, o movimento progressista que enfatiza a raça, o gênero, a orientação sexual (grupos culturais) também critica o liberalismo pela sua ênfase excessiva no individualismo; CUDD, A.: *Analyzing Oppression*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

¹¹² SANDEL, M.: *Democracy's Discontent...* op. cit., p. 117.

¹¹³ FUKUYAMA, F.: *Liberalism...* op. cit., p. 62.

vida comum, não é claro por que razões os cidadãos devem cumprir as obrigações que o Estado-providência lhes exige.¹¹⁴

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como mencionei, os conceitos liberais não são, em muitos aspectos, compatíveis com a realidade social e com a identidade humana, tradições ou crenças fortemente enraizadas que co-constituem um indivíduo.

A insistência na autonomia do indivíduo também contradiz a realidade social. Na atual ordem social global, altamente industrializada e orientada para os serviços, o indivíduo é o mais fraco na história em termos de oportunidades reais para se sustentar e controlar o seu destino. Sem a ajuda da sociedade ou do Estado, ele sobreviveria no máximo alguns dias.

Tentamos afirmar a autonomia na vida privada, embora ela nos tenha escapado na vida pública. Como cidadãos, perdemos o controle sobre a ordem econômica e política que está sob o controle de vastas estruturas de poder, ao mesmo tempo que podemos dizer que a nossa autonomia está a florescer. Estruturas globais impessoais de poder desafiam a nossa compreensão e controle.¹¹⁵ E a resposta parece estar em expandir as fronteiras da autonomia ao máximo. O conceito voluntarista corresponde a um sentimento crescente de desempoderamento: já não podemos controlar a vida pública, pelo menos aumentamos o controle sobre a autonomia pessoal, sobre nós próprios.¹¹⁶

Os novos direitos humanos baseados na autonomia (tais como o suposto direito ao aborto, à eutanásia, o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, à adoção de crianças por estes casais, à barriga de aluguel, à mudança de gênero) são direitos narcisistas, violentos e niilistas. Ao contrário dos direitos naturais, que diziam respeito à proteção da ação humana através da qual o indivíduo expressava e realizava a sua humanidade (pensar, associar, rezar, expressar etc.), os novos direitos humanos assumiram um caráter diferente. Eles libertam o indivíduo de tudo que é natural – natureza,

¹¹⁴ SANDEL, M.: *Democracy's Discontent...* op. cit., p. 117-119.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 323 e 118.

¹¹⁶ A prova também pode ser vários cursos de paz interior, aplicações de meditação ou produtos alimentares, de saúde ou cosméticos destinados a um indivíduo autêntico; FUKUYAMA, F.: *Liberalism...* op. cit., p. 61. Pelo contrário, ver a afirmação de K. Möller, que escreve que honramos o progresso que nos permite controlar mais as nossas vidas; MÖLLER, K.: *The Global Model...* op. cit. p. 136. O autor não reflete sobre a perda de controle da vida pública mencionada no artigo.

vida, corpo, família, religião, moralidade ou tradições. São apenas a negação do que existe independentemente do indivíduo. Os novos direitos humanos não criam nada, apenas destroem as normas que expressam a essência natural do ser humano.¹¹⁷

A lógica voluntarista do direito à privacidade também é, inerentemente, parasitária. Os novos aspectos da privacidade baseiam-se no acordo de que a conduta protegida é moralmente permissível. Como pode ser visto na história da origem do direito à privacidade e do seu estabelecimento nos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, não é por acaso que os atuais componentes do direito à privacidade surgiram nos casos que diziam respeito as tradicionais e naturais instituições de casamento e procriação. Só mais tarde estes componentes foram abstraídos das instituições naturais e protegidos sem referência aos bens que outrora tornaram possível o seu nascimento.¹¹⁸

O argumento da vontade e da autonomia da pessoa, que estão no cerne do direito à privacidade, empobrece o discurso público. O atual conceito de privacidade limita outras justificações para o direito, que assentam não na autonomia e escolha do indivíduo, mas no valor real dos elementos da privacidade e na importância social do comportamento ou atividade específica que a privacidade acarreta.¹¹⁹

A criação inadequada de um anel protetor em torno do indivíduo (sua autonomia) leva ao que temiam os pensadores liberais clássicos.¹²⁰ Em conexão com a autonomia pessoal praticamente ilimitada, muitos autores falam sobre a necessidade de deliberação do indivíduo. Como escreve o político holandês T. Baudet, revendo as obras do escritor francês M. Houellebecq, a única possibilidade de autodefinição de um indivíduo em liberdade sem limites é uma ligação ininterrupta com o meio ambiente – especialmente com a família, mas também com o território, ambiente social ou história que nos rodeia. Ele fala da necessidade de se ancorar em tudo que aprisiona o indivíduo e nas “correntes” que o modernismo quer libertar o indivíduo. Sem conexão com o meio ambiente, porém, o indivíduo permanece sozinho, decepcionado e deprimido. Para que o indivíduo se reintegre na sociedade, ele precisa ser “desliberalizado” – ele não pode buscar a felicidade em si mesmo, mas nos outros.¹²¹

¹¹⁷ PUPPINCK, G.: *Les droits de l'homme...* op. cit., p. 163.

¹¹⁸ SANDEL, M.: *Democracy's Discontent...* op. cit., p. 106-107.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 93.

¹²⁰ BARWICKA-TYLEK, I.: *Portrety wolności...* op. cit., p. 247.

¹²¹ BAUDET, T.: *Houellebecq's Unfinished Critique of Liberal Modernity*. *American Affairs*, v. 3, n. 2, 2019, p.213-224.

A artista J. Holzer também expressou a ideia que capta a essência da deliberação da pessoa humana a partir da satisfação imediata de suas próprias necessidades, quando, em 1982, colocou um outdoor eletrônico na Times Square, em Nova York, com os dizeres: “Proteja-me do que eu quero.” Sim, realmente precisamos estar protegidos daquilo que queremos, porque se conseguirmos tudo o que queremos, isso não nos deixará felizes de qualquer maneira.

Francis Fukuyama propõe como conceito-chave a moderação. Segundo ele, a moderação é um valor fundamental e significa autocontenção voluntária – um esforço para não buscar a maior emoção ou a realização completa dos desejos. A moderação é uma limitação artificial do interior do indivíduo. Se a autonomia pessoal é a fonte da realização individual, isso não significa liberdade ilimitada, e cruzar limites constantemente não tornará a pessoa mais realizada. Às vezes, a realização vem com a aceitação de limites.¹²² Como afirmou M. Bubák: “as fronteiras não são dadas para nos impedir no desenvolvimento, mas porque corremos o risco de destruição”.

Uma república processual que é indiferente ao bem comum e que dá prioridade ao direito em detrimento do bem, não pode cumprir a liberdade prometida, porque não pode sustentar a comunidade política e o envolvimento cívico que a liberdade exige. Tal república não contém a energia moral necessária para uma verdadeira vida democrática. Cria um vazio moral e não cultiva a qualidade da natureza humana que armaria os cidadãos para o autogoverno.¹²³

O fundamentalismo e a perda de identidade representam os extremos que devem nos tornar cuidadosos ao conceber o conceito republicano de direitos humanos. Por um lado, a ambiguidade e a diversidade das associações e instituições podem estimular o impulso para a unificação e a divisão violenta (nós e eles), o que também é típico do populismo contemporâneo. Por outro lado, o problema representa o risco da impossibilidade de criar um todo coerente, pois as nossas diferentes identidades, vínculos e obrigações não nos permitirão fazê-lo. As narrativas que dão sentido à vida comum, bem como a deliberação sobre um bem comum, desempenham um papel importante neste problema. Sem narrativas não há continuidade entre o passado e o presente, o que leva à

¹²² FUKUYAMA, F.: Liberalism...op cit., p. 154.

¹²³ SANDEL, M.: Democracy's Discontent... op.cit., p. 24.

perda de responsabilidade e à impossibilidade de atuação conjunta no projeto de autogoverno.¹²⁴

REFERÊNCIAS

- BÁRÁNY, Eduard. **Pojmy dobrého práva**. Žilina: Eurokódex, 2007.
- BARWICKA-TYLEK, Iwona. **Portrety wolności. Studium z historii idei i postmodernizmu „stosowanego“**. Warsaw: Wolters Kluwer, 2009.
- BAUDET, Thierry: Houellebecq's Unfinished Critique of Liberal Modernity. **American Affairs**, v. 3, n. 2, 2019.
- BELÁS, Ľubomír. Sociálne dôsledky Kantovej etiky. **Filozofia**, v. 60, n. 4, 2005.
- CARTER SNEAD, O.: **What it Means to be a Human. The Case for the Body in Public Bioethics**. Cambridge: Harvard University Press, 2022.
- CUDD, Ann. **Analyzing Oppression**. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- DENEEN, Patrick. **Prečo liberalizmus zlyhal (Why Liberalism Failed)**. Trad. Ján Bañas. Bratislava: Postoj, 2022.
- DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Harvard: Harvard University Press, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1977.
- FUKUYAMA, Francis. **Liberalism and its Discontents**. London: Profile Books, 2022.
- GRIMM, Dieter. **Constitutionalism. Past, Present, and Future**. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- HALE, Robert. Coercion and Distribution in a Supposedly Non-coercive State. **Political Science Quarterly**, v. 38, n. 3, 1923.
- KANT, Immanuel. **Kritika praktického rozumu**. Bratislava: Spektrum, 1990.
- KANT, Immanuel. **Základy metafyziky mravov**. Bratislava: Kalligram, 2004.
- KRIŠTOF, Pavol. **Úvod do Aristotelovej politickej teórie**. Trnava: Filozofická fakulta TU, 2019.
- LABORDE, Cécile. **Critical Republicanism. The Hijab Controversy and Political Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- MADEJ, Martin. **Meze základních práv v České republice**. Prague: Leges, 2018.

¹²⁴ Ibid., p. 350-351.

- MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- PERJU, Vlad. Proportionality and freedom – An essay on method in constitutional law. **Global Constitutionalism**, v. 1, n. 2, 2012.
- PUPPINCK, Grégor. **Conscientious Objection and Human Rights. A Systematic Analysis**. Leiden: Brill, 2017.
- PUPPINCK, Grégor. **Les droits de l'homme dénaturé**. Paris: Cerf, 2018.
- PUPPINCK, Grégor. Why Abortion Is No Human Right; accessed at: Why Abortion Is No Human Right (eclj.org) [03-06-2023].
- RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.
- ROSANVALLON, Pierre. **Counter-Democracy. Politics in an age of distrust**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- SANDEL, Michael. **Democracy's Discontent. America in Search of a Public Philosophy**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- SANDEL, Michael. **Liberalism and the Limits of Justice**. 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- SANDEL, Michael. **Spravedlnost: Co je správné dělat. (Justice: What is Right Thing to Do?)**. Trad. Tomáš Chudý. Prague: Karolinum, 2015.
- SANDEL, Michael. **The Tyranny of Merit. What's Become of the Common Good?** Penguin Books, 2021.
- SCHLINK, Bernard. Proportionality (1). In: M. Rosenfeld – A. Sajó (EDS): **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- STACHO, Kristián. Od Kantovej etiky k jeho praktickej filozofii. **Studia philosophica kantiana**, n. 1, 2017.
- STACHOŇ, Marek. Kant a sociálno-filozofický rozmer idey dobra. In: D. Slančáková et al. (EDS): **3. študentská vedecká konferencia. Zborník príspevkov**. Prešov: Prešovská univerzita, 2008.
- TAYLOR, Charles. **Philosophy and Human Sciences. Philosophical Papers**. v. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracy in America**. Trad. Henry Reeve. Pennsylvania State University, 2002.

VERMEULE, Adrian. **Common Good Constitutionalism. Recovering the Classical Legal Tradition.** Cambridge: Polity Press, 2022.

VAN DE BREEVART, Hans. ***Threat or Opportunity ? A Christian Perspective on Populism.*** Salux, 2021.

WEBBER, G.: Proportionality and Absolute Rights. In: V. Jackson-M. Tushnet (EDS): **Proportionality: New Frontiers, New Challenges.** Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

Recebido em 23/11/2021

Aprovado em 05/09/2023

Received in 23/11/2021

Approved in 05/09/2023