



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA

ANDERSON BARBOSA PAZ

O ESTADO DE DIREITO PARA F. A. HAYEK

JOÃO PESSOA
2019

ANDERSON BARBOSA PAZ

O ESTADO DE DIREITO PARA F. A. HAYEK

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. André Luiz Cavalcanti Cabral.

JOÃO PESSOA
2019

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

P348e Paz, Anderson Barbosa.

O Estado de Direito para F. A. Hayek / Anderson Barbosa
Paz. - João Pessoa, 2019.
70 f.

Orientação: André Luiz Cavalcanti Cabral.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. F. A. Hayek; Estado de Direito; Ordem Liberal. I.
Cabral, André Luiz Cavalcanti. II. Título.

UFPB/CCJ

ANDERSON BARBOSA PAZ

O ESTADO DE DIREITO PARA F. A. HAYEK

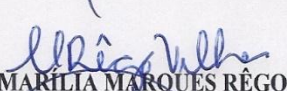
Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito
parcial da obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientador: Professor Dr. André Luiz
Cavalcanti Cabral.

DATA DE APROVAÇÃO: 20 de setembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. ANDRÉ LUIZ CAVALCANTI CABRAL
(ORIENTADOR)


Prof. Dra. MARÍLIA MARQUES RÉGO VILHENA
(AVALIADORA)


PROF. DR. JONÁBIO BARBOSA DOS SANTOS
(AVALIADOR)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por sua bondade e providência em minha vida, especialmente, na concretização do sonho de chegar ao fim do curso de Direito com êxito. Agradeço também a minha esposa, Karoline Paz, melhor amiga e fonte de alegria diária. Sou grato a meus pais, Severino Paz e Ângela Paz, e a meus sogros, José Neto e Naide Dias, entusiastas de cada conquista e incentivadores constantes a seguir à diante em cada desafio. A meus familiares, obrigado pela cooperação e apoio.

Muito obrigado a todos os colegas que nesses cinco anos cooperaram para que a conclusão desse curso fosse possível. Nunca os esquecerei. Como também, agradeço a meus amigos que direta ou indiretamente contribuíram para que eu chegasse a esse momento. Sou profundamente grato também a todos os professores que me ensinaram, ajudaram e incentivaram durante o curso de Direito. Em especial, agradeço a dois docentes singulares: ao professor André Cabral, competente advogado, professor e orientador de minha monografia, que tanto me ajudou nesses últimos tempos, e à professora Adriana Vieira que me ensinou a pensar a vida social e o Direito de forma mais apurada. Por fim, agradeço a todos os colaboradores do CCJ-UFPB que propiciaram um ambiente de estudo e reflexão. Reconheço que sem a colaboração de todos que me ajudaram nessa graduação não a teria concluído exitosamente.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a estudar a concepção de Estado de Direito para F. A. Hayek. Parte-se do seguinte problema: quais os fundamentos de uma ordem liberal que constituem o Estado de Direito para F.A. Hayek? O objetivo central é compreender como o economista austríaco, que era doutor em Direito e Ciência Política, pensou as bases e os contornos do Estado de Direito em uma ordem liberal, analisando suas eventuais incoerências teóricas e práticas. Por meio de uma metodologia de pesquisa documental e uma discussão eminentemente bibliográfica, investigar-se-ão os contornos e formato da concepção de Estado de Direito para o pensador liberal austríaco. A importância dessa pesquisa se dá pela ampla influência do modelo de Estado de Direito proposto por Hayek. Com o Prêmio Nobel de Economia em 1974 e com a chegada ao poder do presidente dos Estados Unidos, Ronald Reagan, e da Primeira Ministra britânica, Margaret Thatcher, nos anos 80, a influência da ideia de Estado de Direito em uma ordem liberal no pensamento de Hayek se expandiu pelo mundo. Suas lições sobre liberdade como ausência de coerção, seu evolucionismo social e defesa do império da lei aplicável de modo imparcial formam a base de uma ordem liberal. Essa última, por sua vez, possibilita que o juiz e o legislador se tornem descobridores das normas gerais em uma tradição de *common law*, que a justiça seja imparcial e não assuma características sociais e que a democracia, em crise por sua expansão garantista, volte a ser um método formal de troca de poder. Para o autor austríaco, sua proposta de Estado de Direito consiste na volta ao modelo liberal clássico que se interpõe ao coletivismo que tem levado ao declínio do Estado de Direito. Seu objetivo é evitar que as sociedades ocidentais adentrem no caminho da servidão. Porém, seu formato de Estado de Direito tem suas fragilidades e incoerências.

Palavras-chave: F. A. Hayek; Estado de Direito; Norma Jurídica; Ordem Liberal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 VIDA E OBRA DE F. A. HAYEK, E AS ORIGENS DO ESTADO DE DIREITO	9
2.1 VIDA E OBRA DE F. A. HAYEK.....	9
2.2 O PAPEL DO GOVERNO PARA MISES E SUA INFLUÊNCIA SOBRE F. A. HAYEK.....	14
2.3 O SURGIMENTO E O DECLÍNIO DO ESTADO DE DIREITO SEGUNDO F. A. HAYEK.....	17
3 FUNDAMENTOS DE UM ESTADO DE DIREITO PARA F. A. HAYEK	23
3.1 <i>LIBERDADE E COERÇÃO</i> : O PAPEL DO GOVERNO.....	23
3.2 <i>KÓSMOS</i> : UMA ORDEM ESPONTÂNEA.....	27
3.3 <i>NOMOS</i> : O IMPÉRIO DA LEI	32
4 O ESTADO DE DIREITO EM UMA ORDEM LIBERAL PARA F. A. HAYEK	38
4.1 <i>COMMON LAW</i> : O PAPEL DO JUIZ.....	38
4.2 <i>UMA MIRAGEM</i> : A JUSTIÇA SOCIAL	42
4.3 <i>DEMARQUIA</i> : UM RESGATE DO IDEAL DEMOCRÁTICO.....	47
5 CRÍTICAS AO ESTADO DE DIREITO DE F. A. HAYEK.....	53
5.1 O ESTADO DE DIREITO SEM LIBERDADE POSITIVA	53
5.2 O ESTADO DE DIREITO COMO UMA NORMA DE PROCEDIMENTO.....	58
5.3 A SOBREPOSIÇÃO DO LIVRE MERCADO AO ESTADO DE DIREITO	62
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
REFERÊNCIAS.....	69

1 INTRODUÇÃO

O momento em que se estabeleceu uma estreita relação entre o pensamento liberal e a ciência do Direito não pode ser precisamente datado. Inegável, porém, é o impacto da tradição liberal na linguagem e nos princípios jurídicos dos Estados modernos. Do embate com o absolutismo monárquico na Europa e seu posterior desenvolvimento, a tradição liberal legou vários conceitos fundamentais para o ordenamento jurídico Ocidental: separação dos poderes, constitucionalismo moderno, dignidade da pessoa humana, igualdade formal, império da lei, e o Estado de Direito. Porém, no início do século XX, em meio aos embates entre as concepções liberais e coletivistas, aconteceu a Primeira Guerra Mundial.

O jovem austríaco Friedrich August von Hayek (1899-1992) entendia que as ideias coletivistas da sociedade e da economia tinham causado a referida guerra, como também ocasionariam outros conflitos econômicos e políticos. Assume como missão o resgate dos princípios liberais clássicos, como uma via de liberdade para as nações ocidentais. Suas ideias formam um sistema que abrange reflexões sobre o conhecimento disperso na sociedade e sobre a natureza humana. Forma uma cosmovisão. Autor austríaco profícuo e um dos intelectuais mais importantes do século XX, se dedicou a vários temas das ciências sociais, inclusive, o Direito.

Sua concepção do Estado de Direito, em que se visa a garantir a cada cidadão a possibilidade de projetar sua vida como quiser, alcança ampla aceitação no campo jurídico, e, ainda mais, no âmbito político. Em crítica ao Estado Social, busca resgatar e preservar os ideais jurídicos liberais. Sua formulação de Estado de Direito prevalece nas décadas pós-oitenta. Em sentido contrário à ação do Estado na economia para promover a liberdade, conforme defendia Lord Keynes em um formato socialdemocrata, Hayek estabelece os contornos de seu Estado de Direito para proteger o cidadão contra a tendência da máquina administrativa em constante expansão de absolver a esfera privada. Para ele, a fórmula do Estado de Direito no Ocidente estava corrompida pela justiça social democrática que expandia direitos sociais e diminuía a liberdade. O Estado Social, que tanto prometia liberdade, entregava crises e levava ao caminho da servidão, tanto em regimes totalitários da Primeira e Segunda Guerras Mundiais quanto em regimes democráticos de bem-estar social pós-guerras.

Nas últimas décadas do século XX, o Estado de Direito tem se afirmado como uma das fórmulas mais bem-sucedidas da filosofia jurídico-política ocidental. Essa tradição, apesar de suas diferenças internas, deve seu sucesso à doutrina dos direitos subjetivos ou direitos fundamentais. Na *Era dos Direitos*, defender o Estado de Direito é ser a favor de instituições políticas e jurídicas que visam a garantir os direitos subjetivos. Parte de uma filosofia individualista que subordina a dimensão pública e o interesse geral às expectativas e aos valores dos indivíduos, em detrimento do coletivismo e do estatismo (ZOLO, 2006). Nesse cenário, com o Prêmio Nobel de Economia em 1974 e com a chegada ao poder do presidente dos Estados Unidos, Ronald Reagan, e da Primeira Ministra britânica, Margaret Thatcher, nos anos oitenta, a influência da ideia de Estado de Direito em uma ordem liberal no pensamento de Hayek se expandiu pelo mundo.

O presente trabalho se propõe a estudar a concepção de Estado de Direito para F. A. Hayek. Parte-se do seguinte problema: quais os fundamentos de uma ordem liberal que constituem o Estado de Direito para F.A. Hayek? O objetivo central é compreender como o economista austríaco, que era doutor em Direito e Ciência Política, pensou as bases e os contornos do Estado de Direito em uma ordem liberal, analisando suas eventuais incoerências teóricas e práticas. Por meio de uma metodologia de pesquisa documental e uma discussão eminentemente bibliográfica, investigar-se-á os contornos e formato da concepção de Estado de Direito para o pensador liberal austríaco.

A importância dessa pesquisa se dá pela ampla influência do modelo de Estado de Direito proposto por Hayek. Suas lições sobre liberdade como ausência de coerção, seu evolucionismo social e defesa do império da lei aplicável de modo imparcial formam a base de uma ordem liberal. Essa última, por sua vez, possibilita que o juiz e o legislador se tornem descobridores das normas gerais em uma tradição de *common law*, que a justiça seja imparcial e não assuma características sociais e que a democracia em crise por sua expansão garantista volte a ser um método formal de troca de poder. Para o autor austríaco, sua proposta de Estado de Direito consiste na volta ao modelo liberal clássico que se interpõe ao coletivismo que tem levado ao declínio do Estado de Direito. Seu objetivo é evitar que as sociedades ocidentais adentrem no caminho da servidão. Porém, seu formato de Estado de Direito tem suas fragilidades e incoerências.

Assim, no primeiro capítulo, estudar-se-á a vida e obra de Hayek, a influência de Ludwig von Mises sobre seu pensamento, como também sua leitura sobre a história moderna do surgimento e declínio do Estado de Direito. Em seguida, investigar-se-á

como os fundamentos de uma ordem liberal – *liberdade, ordem espontânea e império da lei* – propiciam a formação e manutenção do Estado de Direito moderno. No capítulo seguinte, compreender-se-ão quais os aspectos centrais do Estado de Direito para Hayek – *o papel do juiz, justiça e demarquia* – em uma ordem liberal. Por fim, refletir-se-á sobre algumas das principais críticas – *liberdade apenas negativa, Estado de Direito como norma procedimental, e sobreposição do livre mercado ao Estado de Direito* – possíveis à concepção de Estado de Direito para Hayek.

2 VIDA E OBRA DE F. A. HAYEK, E AS ORIGENS DO ESTADO DE DIREITO

Nesse capítulo, apresentar-se-ão os principais acontecimentos da vida de F. A. Hayek, como também suas principais publicações. Sua vida e obra têm alguns momentos marcantes: de um jovem socialista fabiano interessado no estudo das ciências naturais, após os acontecimentos da Primeira Guerra Mundial e seu contato com Ludwig von Mises, torna-se um jovem liberal. Doutor em Direito e em Ciência Política, com um vasto conhecimento em várias áreas do saber – psicologia, filosofia, história, economia e Direito –, o economista austríaco, como se demonstrará, tem fundamental importância na formação da concepção, predominante nas últimas décadas, do Estado de Direito. Em seguida, compreender-se-á em que medida Mises influencia as ideias hayekianas sobre uma sociedade aberta e qual o papel do governo nela. Por fim, começar-se-á a estudar sua concepção de império da lei em uma sociedade livre a partir de sua interpretação histórica do surgimento e posterior declínio do Estado de Direito nos países ocidentais.

2.1 VIDA E OBRA DE F. A. HAYEK

Friedrich August von Hayek nasceu em Viena (Áustria) no dia 08 de maio de 1899 e morreu em Friburgo de Brisgovia (Alemanha) em 23 de março de 1992. Sua família era formada por acadêmicos – cientistas e professores – e altos funcionários do Estado. Participou da Primeira Guerra Mundial como tenente de artilharia, mas foi ferido e teve de voltar para casa em 1918. Após o fim da guerra, deixa o antigo interesse de estudar as ciências naturais e começa a se dedicar ao Direito na Universidade de Viena, especializando-se em Economia Política sob a orientação de Friedrich von Wieser, representante da segunda geração da *Escola Austríaca de Economia*¹. Em 1921, torna-se doutor em Direito, e, em 1923, doutor em Ciência Política na Universidade de Viena (DE SOTO, 2010; NUEZ, 2013).

Contextualmente, o Império Austríaco tinha sofrido uma forte perda de influência e poder no século XIX. Após a Primeira Guerra Mundial, a Constituição austríaca de 1920 busca racionalizar a ação do Estado pela forma de governo parlamentarista. O Poder Executivo torna-se mais forte, enquanto cria a primeira Corte

¹ A Escola Austríaca nasce em 1871 com a publicação do livro de Carl Menger (1840-1921), *Princípios de Economia Política*. Para uma apresentação dos princípios norteadores da tradição filosófico-econômica da Escola Austríaca, vide de Soto, *A Escola Austríaca*, p. 15-30.

Constitucional da Europa. Os centros urbanos, predominantemente socialistas, saudavam a ruptura com o passado e a construção racional de uma nova era. Porém, devido aos problemas sociais internos causados pela guerra, a população não confiava nas autoridades. Surgem tendências antiliberais e antidemocráticas. Paradoxalmente, Viena era uma cidade, à década de 20, cosmopolita, com toda sorte de mistura cultural. Mas, com a quebra da Bolsa de Valores de Nova York em 1929, a crise social aprofunda-se. Enfraquecida, a Áustria foi invadida pelos nazistas em 1938 (NUEZ, 2013).

É nesse ambiente de caos político e socioeconômico com uma efervescência artística e intelectual que forma-se o jovem Hayek. Em 1921, Ludwig von Mises (1881-1973) buscava jovens advogados e economistas para trabalhar no governo – Gabinete de Reparações de Guerra –, estudando os problemas econômicos causados pelo *Tratado de Saint-Germain-en-Laye*, firmado entre os Aliados e a Áustria em 1919. O jovem jurista austríaco trabalha até 1926 nesse cargo, sob a orientação do próprio Mises². À essa época, Hayek é um *socialista fabiano*, que entende que a intervenção estatal melhoraria a ordem social. Por meio da leitura da obra *Socialismo* de Mises³, de 1922, o jovem austríaco abandona o fabianismo. Em 1927, os dois liberais austríacos fundam um instituto de estudos econômicos – *Austrian Institute of Economic Research* –, destinado à investigação dos ciclos econômicos e da economia política, e Hayek torna-se professor da Universidade de Viena (DE SOTO, 2010; NUEZ, 2013).

Em 1929, Hayek publica sua primeira obra, *Monetary Theory and the Trade Cycle* em que trata de teoria monetarista e do aspecto cíclico dos negócios. Nesse mesmo ano, prevê que a Bolsa de Nova Iorque iria colapsar em curto prazo, e, quando isso acontece, ganha ampla reputação por seu prognóstico (HAYEK, 1981). De 1931 a 1949, o professor austríaco ocupa uma cátedra na *London School of Economics*⁴, tornando-se o principal expoente em língua inglesa da Escola Austríaca de Economia. Naturaliza-se inglês em 1938. Nos primeiros anos em Londres, ocorrem as

² Hayek, em uma conferência na década de 80 no Brasil, comenta que se tornou intimamente ligado a Mises e que lhe devia muito por suas ideias. Porém, sempre lhe foi crítico em alguns pontos (HAYEK, 1981).

³ “Seu importante trabalho sobre o Socialismo, publicado em 1922, exerceram uma grande influência em mim. Aprendi a acreditar que, de maneira geral, ele estava certo em suas conclusões, embora eu jamais tenha ficado inteiramente satisfeito com seus argumentos. E eu sei por quê. Mises era, ele próprio, um produto ainda daquela tradição racionalista, construtivista, da qual emergiu o socialismo” (HAYEK, 1981, p. 34).

⁴ “O fato de um jovem professor, de 32 anos, ser chamado da Áustria para a Inglaterra, a fim de assumir uma cátedra na Universidade de Londres, causou certo sensacionalismo e surpresa” (HAYEK, 1981, p. 37).

controvérsias com o economista John Maynard Keynes⁵ (DE SOTO, 2010; NUEZ, 2013).

O autor austríaco publica *Prices and Production* (1931) e defende que a inflação atrapalha a economia e concentra os recursos produtivos onde não devem estar, provocando desemprego. Em crítica à economia socialista, entende que a ausência de mercado e de preços impossibilita a realização do cálculo econômico, e publica, nessa linha, em 1935, *Collectivist Economic Planning*⁶, em 1937, *Monetary Nationalism and International Stability*, em 1939, *Profits, Interest and Investment*, e, em 1941, *The Pure Theory of Capital*. Nos anos 40, devido aos problemas da Segunda Guerra Mundial, passa a escrever sobre metodologia e epistemologia das ciências sociais⁷. Em 1948, publica a obra *Individualism and Economic Order* (1948) em que apresenta problemas do cálculo socialista e discute questões de metodologia das ciências sociais (DE SOTO, 2010; NUEZ, 2013).

Contudo, é em 1944, que sua carreira tem uma mudança radical. Devido à publicação do livro político *Road of Serfdom*⁸ – *O Caminho da Servidão* –, que teve ampla recepção na Inglaterra e nos Estados Unidos, sendo traduzido e publicado em vários países do mundo. Hayek ganha fama global. Essa obra, escrita como crítica ao aumento do intervencionismo estatal na ordem espontânea social dos países ocidentais, denuncia o abandono dos princípios liberais da separação dos Poderes, respeito à dignidade humana, da igualdade perante a lei, e do Império da Lei. A economia só se desenvolveu ao ganhar autonomia da política por meio da influência do pensamento liberal, mas esse caminho havia sido abandonado, tanto por seus erros internos quanto

⁵ Lord Keynes defendia a intervenção do Estado na economia na estimulação de demanda para criar empregos, mesmo que se aumentasse o déficit público e a inflação. Intelectual do Estado de bem-estar social, é classificado por muitos como um social democrata. Suas ideias prevaleceram até a década de 70, quando, devido à crise do Estado Social, as ideias de Hayek ganham força com Reagan e Thatcher.

⁶ “Descobri que aquele trabalho extremamente importante de Mises sobre o socialismo permanecera amplamente desconhecido nos países de língua inglesa. Assim, publiquei seu ensaio original, bem como todas as demais discussões, em um único volume, intitulado *Collectivist Economic Planning*” (HAYEK, 1981, p. 37).

⁷ “Minhas diferenças em relação aos meus colegas na área da Economia realmente se baseavam, em última análise, em diferenças de caráter filosófico e metodológico. Deste modo, fui levado a dedicar mais e mais tempo tanto à análise da base filosófica implícita no método científico, na área das Ciências Sociais, quanto ao estudo da história da difusão dos tipos de visão anti-individualista” (HAYEK, 1981, p. 39).

⁸ “Antes de eclodir a guerra, eu já começara a fazer um esforço no sentido de explicar aos meus amigos ingleses, (...) que sua crença de que Hitler era um inimigo do socialismo estava errada. Eu tentava convencê-los de que o socialismo de Hitler era simplesmente outro tipo de socialismo que igualmente preconizava restrições à democracia, a exemplo do que pretendia a doutrina socialista, caso os socialistas levassem a sério seu programa. Isto me fez escrever um livro intitulado *The Road to Serfdom*” (HAYEK, 1981, p. 39).

por seus resultados externos que não preencheram as expectativas da sociedade. Adotava-se a *social democracia* na tentativa de sintetizar os princípios liberais com o pensamento socialista. O Estado Social, em busca de justiça social, promove o coletivismo que leva à servidão com a consequente perda das liberdades políticas e econômicas individuais. Em 1950, o autor austríaco parte para os Estados Unidos (NUEZ, 2013; HAYEK, 2010).

Na década de 50, os EUA passam por um período de estabilidade econômica e pleno emprego. Há um aumento no interesse pelo pensamento político conservador. A Universidade de Chicago ganha proeminência na difusão do pensamento liberal. Hayek torna-se professor de Ciências Sociais e Morais desta universidade. Os pensadores de Chicago têm em comum com o autor austríaco a oposição ao keynesianismo, o favorecimento da economia de mercado, a defesa da liberdade individual na economia e política, e a argumentação contra a intervenção estatal. Nesse período de docência na referida universidade, em 1952, Hayek publica *The Sensory Order* – texto que discute aspectos psicológicos dos indivíduos em uma ordem social – e, em 1954, introduz e edita *Capitalism and the Historians* – trata da história econômica e do tratamento do capitalismo pelos historiadores (NUEZ, 2013).

Com a crença de que o papel do intelectual é orientar-se pela verdade científica, enquanto que o político, que precisa de votos, não pode assumir esse compromisso, cria na Suíça a *Mont Pelerin Society* (1947) – uma sociedade internacional em defesa dos princípios básicos do liberalismo clássico – e orienta Anthony Fisher a criar o *Institute of Economic Affairs* (1955) – que contribui na mudança de ideias de economistas ingleses por gerações – e a *Atlas Economic Research Foundation* (1981) para impulsionar o ideal liberal pelo mundo (NUEZ, 2013).

Em 1960, Hayek publica sua obra *The Constitution of Liberty*⁹ – *Os Fundamentos da Liberdade* – em que explica como uma ordem liberal poderia ser alcançada e o que sua realização significaria na prática. Revisa amplamente os princípios e práticas do pensamento liberal clássico, sobre a textura jurídica adequada para o funcionamento de uma sociedade liberal. E defende, em face ao poder de coerção do Estado que pode reduzir as possibilidades de escolha dos indivíduos, que normas gerais devem ser estabelecidas para permitir aos cidadãos delimitar o conteúdo de sua

⁹ “Achei que a grande tradição libertária do século XIX não estava mais sendo compreendida. Passei, então, a dedicar a maior parte de meu tempo, em Chicago, à elaboração (...) [de] *Constitution of Liberty*, uma tentativa de reafirmar, em nossa época, o que no século XIX era descrito como liberalismo” (HAYEK, 1981, p. 40).

esfera privada (HAYEK, 1983). Em 1962, retorna à Europa e aceita o cargo de professor de economia política na Universidade de Freiburg. Aposenta-se em 1967 e aceita o cargo de professor honorário na Universidade de Salzburg na Áustria.

E, em 1973, publica o primeiro volume de *Law, Legislation and Liberty – Direito, Legislação e Liberdade* –, seguido pelos segundo e terceiro volumes, respectivamente, em 1976 e 1979. Hayek se torna antimatemático à medida que passa a defender que só é possível criar modelos de descrição abstrato. Com isso, nessa última obra, propõe meios concretos, através da Constituição, de evitar a degeneração de uma sociedade livre em uma totalitária (HAYEK, 1981). Assim, defende a constituição de um Direito e uma Ordem que possibilite os princípios liberais, critica a noção de Justiça Social e a democracia nos moldes do Estado Social. Por outro lado, oferece subsídios para a formação de uma ordem liberal. Essa obra tem grande influência, pois, nos anos setenta, as ideias liberais já começam a ser vistas com melhores olhos devido ao descrédito do Estado Social (BUTLER, 1987; NUEZ, 2013).

Em 1967, Hayek publica vários ensaios artigos e conferências condensadas na obra *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, expandindo-a em 1978, com a publicação de *New Studies in Philosophy, Politics and Economics and the History of Ideas*. Quando da premiação do Nobel de Economia em 1974, Hayek tem vários problemas de saúde, mas revigora-se e passa a viajar pelo mundo apresentando suas ideias. Até esse momento, já tem escrito ou organizado 25 livros de teoria econômica, filosofia do Direito e política, como também de história das ideias e psicologia. Tem publicado mais de 130 artigos. No início da década de 80, torna-se defensor, para limitar o poder do governo, de duas ideias: substituir a democracia pelo modelo de governo chamado *Demarquia*, e retirar do governo o monopólio da produção de dinheiro. Em sua última obra, *The Fatal Conceit – Os Erros Fatais do Socialismo* – de 1988, resume seus argumentos contra o socialismo, reapresenta algumas de suas teses e expande alguns conceitos (HAYEK, 1981; BUTLER, 1987; NUEZ, 2013).

Hayek é considerado por muitos um dos intelectuais mais influentes do século XX. Filósofo interdisciplinar, respeitado pensador liberal e Prêmio Nobel de Economia em 1974, o autor austríaco produziu uma vasta obra que abrange temas econômicos, políticos, filosóficos e jurídicos. Suas ideias ajudaram a mudar a opinião pública vigente e contribuíram na revolução liberal-conservadora dos Estados Unidos de Reagan e na Inglaterra de Margaret Thatcher (DE SOTO, 2010). Seu pensamento continua a ter significativa importância nos dias atuais.

2.2 O PAPEL DO GOVERNO PARA MISES E SUA INFLUÊNCIA SOBRE F. A. HAYEK

Importa ressaltar no percurso bibliográfico de Hayek, dentre as várias influências que recebeu, o papel fundamental de Mises. No âmbito econômico, percebe-se que o ponto de partida para quase tudo que o prêmio Nobel de Economia escreveu se baseava nos escritos de seu professor (DE SOTO, 2010). Seu trabalho era expor as ideias de Mises, libertando-as de seu *background* filosófico influenciado pelo racionalismo francês e pelo utilitarismo inglês, como também as reformulando sobre um *background* de caráter evolucionista¹⁰ (HAYEK, 1981). Apesar de Mises não ter se dedicado a refletir, sistematicamente, sobre o Estado de Direito como Hayek o fez, suas obras apontam delineamentos sobre o papel do governo face ao livre mercado que indicam alguns pressupostos assumidos por seu aluno. Assim, antes de adentrar na concepção do Estado de Direito para Hayek, observar-se-á o que Mises entende pela relação entre governo e livre mercado.

O economista austríaco Ludwig von Mises¹¹ contribuiu na Economia com a *Teoria da Moeda, do Crédito e dos Ciclos Econômicos*, apresentou uma *Teoria da Função Empresarial*, como também, arranhou uma *Teoria sobre a Impossibilidade do Socialismo*¹². Por esta última, argumenta que um órgão central jamais tem as informações econômicas necessárias para tomar decisões econômicas corretas, de modo a concluir pela impraticabilidade do cálculo econômico socialista¹³. É nessa esteira que Hayek assume o argumento contra a ordem socialista na economia.

Mises entende que a economia depende de uma *praxeologia*, isto é, *teoria geral da ação humana*, cujas informações para decisões econômicas estão sempre dispersas entre os agentes, importando, fundamentalmente, a ação humana para análise das relações sociais. A *praxeologia* é a ciência de toda ação humana em que todos os valores são oferecidos para opção, como também todos os fins e meios. Logo, a economia é uma parte da *praxeologia* (MISES, 2010). Ele pressupõe que a *praxeologia* se converte em uma teoria geral sobre a ação e interação humanas, de maneira que suas

¹⁰ Hayek se refere, provavelmente, a seu progressivo abandono da *praxeologia* de Mises e sua gradativa adoção da epistemologia e metodologia de Karl Popper. Sobre essa questão, vide cap. II, *In.: Nuez, La Política de la Libertad*

¹¹ Para um esboço biográfico, vide Huerta de Soto, *A Escola Austríaca*, p. 91-93.

¹² Para um resumo dessas teorias, vide Huerta de Soto, *A Escola Austríaca*, p. 93-101.

¹³ Para uma ampla apresentação desse argumento, vide Mises, *Cálculo econômico em uma comunidade socialista*, 2017a.

características essenciais se tornam o objeto central de investigação (DE SOTO, 2010). Essa ação é estudada extensamente no tratado *Ação Humana*.

Nesta referida obra, Mises postula que uma economia de livre mercado, dentre outros aspectos, pressupõe que o governo deve ter o papel de abster-se de impedir o funcionamento do mercado, protegendo-o de investidas de transgressão e abuso. Com efeito, a intervenção do Estado¹⁴ sempre implica ou ação violenta ou ameaça de ação violenta, de modo que quando intervém age trazendo compulsão e menos liberdade. Ainda assim, o governo é necessário para impedir a ação de indivíduos ou grupos antissociais. Logo, o único critério para apreciar as leis e os métodos é o da eficiência para salvaguardar a ordem social que se deseja preservar, isto é, a cooperação social, de modo que “o único propósito das leis e do aparato social de coerção e compulsão é salvaguardar o funcionamento regular da cooperação social” (MISES, 2010, p. 821).

Essa ação estatal coercitiva para impedir atitudes antissociais é desejada. É a maneira de garantir a liberdade do indivíduo. Este, por sua vez, expressa seu livre arbítrio na economia de mercado, visto que se torna livre “para agir nos limites que lhe são impostos pela propriedade privada e pelo mercado” (MISES, 2010, p. 824). A cooperação social, que possibilita a coordenação das ações autônomas, se dá conforme o funcionamento do mercado. Nesse sentido, “fora do âmbito da propriedade privada e do mercado, encontra-se o mundo da compulsão e da coerção” (MISES, 2010, p. 824). Há dois reinos, o da coação, que é caracterizado pelo intervencionismo estatal para garantir a cooperação social, e o da liberdade, que é aquele delineado pelo livre mercado.

Nesse sentido, o governo, em uma economia de mercado, deve proteger as pessoas de ameaças internas e externas, tendo como principal atribuição “proteger o funcionamento harmônico dessa economia contra a fraude ou a violência originadas dentro ou fora do país” (MISES, 2018a, p. 81). Assim, deve o governo, no reino da coação, proteger os cidadãos e, no reino da liberdade, proteger o funcionamento harmônico da economia de livre mercado. Com isso, “a tarefa do Estado consiste, única e exclusivamente, em garantir a proteção da vida, a saúde, a liberdade e a propriedade privada contra-ataques violentos. Tudo que vá além disso é mau” (MISES, 2010b, p.

¹⁴ Intervencionismo ou economia de mercado obstruída é aquela em que “as autoridades interferem no funcionamento da economia de mercado, mas não desejam eliminá-lo completamente” (MISES, 2010, p. 817). “O intervencionismo significa que o governo não somente fracassa em proteger o funcionamento harmonioso da economia de mercado, como também interfere em vários fenômenos de mercado” (MISES, 2018a, p. 85).

77). Em consequência, “todo o progresso da humanidade teve de ser alcançado contra a resistência e a oposição do estado e seu poder de coerção” (MISES, 2010b, p. 83).

No reino da liberdade, toda a ação tem um componente empresarial e especulativo. O ser humano empresarial tem a capacidade de criar e dar-se conta das oportunidades de lucro que lhe rodeiam, buscando aproveitar-se delas. Deve realizar previsões sobre a evolução dos acontecimentos com base em seu conhecimento teórico e em sua experiência. O mercado constitui-se em um processo subjetivo e autodisciplinador de descoberta e aprendizado que transforma os sujeitos, ajustando-os entre si, sem necessidade de intervenção estatal que proporcione equilíbrio. Não deve haver restrições, legais ou institucionais, ao livre exercício da atividade econômica para que cada um possa exercer seus dotes empresariais ao criar novas informações e aproveitar-se delas (DE SOTO, 2010).

A racionalidade humana, historicamente, se constitui como uma evolução gradual da vida econômica (MISES, 2017a). Nesse sentido, “a sociedade (...) só pode existir e funcionar caso sejam adotadas políticas que a análise econômica declara como aptas para atingir os fins almejados” (MISES, 2017b, p. 138-139). Além de o ser humano ser essencialmente empresário, ele também é um consumidor soberano cujo intervencionismo estatal visa a restringir (MISES, 2018a). O consumidor detém o poder em uma economia de mercado. O capitalismo é uma democracia econômica em que cada centavo vale um voto, estabelecendo os consumidores como padrões do sistema (MISES, 2018b). O lucro indica os planos e projetos a serem realizados. Em contrapartida, a política é irracional e origina o estamento burocrático. Esta irracionalidade pode ser corrigida pelo estabelecimento de uma racionalidade econômica que estabeleça padrões que tornem o processo burocrático mais racional.

Em suma, nas fronteiras do reino da liberdade, em que o indivíduo como consumidor ou como empresário é livre, a ação humana de cada um determina sua situação de vida. A individualidade é o pressuposto irredutível da ação humana na economia (MISES, 2017b). A economia é neutra e o indivíduo é aquele agente responsável para agir removendo as dificuldades que surgem e substituindo um estado de coisas menos satisfatório por um mais. Em tal percurso, toda a ação do indivíduo é econômica.

Mises se referiu a Hayek como seu melhor pupilo, enquanto este disse que aprendeu mais daquele do que de qualquer outra pessoa. Eram grandes amigos engajados na mesma luta contra o coletivismo (DE HAAR, 2009). Por isso, é possível

apontar pressupostos fundamentais no pensamento de Mises que serão percebidos na formatação do Estado de Direito para Hayek.

As relações sociais se dão com base na ação humana que determinam o curso da ordem espontânea que não pode ser artificialmente criada. As instituições que moldam a sociedade surgem espontaneamente assim que os indivíduos se encontram e passam a se relacionar em uma ordem de mercado. A ação do governo não deve assumir um papel de racionalização *a priori* das relações sociais e econômicas. Propriedade, contrato, honestidade e outros valores morais funcionam e permitem à livre sociedade agir. O governo deve proteger e garantir a continuidade da ordem liberal, e não deve assumir uma postura intervencionista do livre mercado. Apesar de haver uma mudança metodológica no pensamento de Hayek¹⁵, que abandona a *praxeologia* de Mises e adota uma metodologia mais próxima de Karl Popper, esses elementos já presentes no pensamento misesiano sobre a relação governo e livre mercado aparecem na formulação hayekiana de Estado de Direito, conforme se verá nos próximos dois capítulos. Antes disso, estudar-se-á como o prêmio Nobel de Economia descreve o surgimento e o declínio do Estado de Direito moderno.

2.3 O SURGIMENTO E O DECLÍNIO DO ESTADO DE DIREITO SEGUNDO F. A. HAYEK

Apresentado um resumo da vida e obra de F. A. Hayek, como também ressaltada a influência de Mises sobre seu aluno, estudar-se-á, neste tópico, a concepção hayekiana sobre Estado de Direito, a partir de suas origens até o seu declínio. Desde a Grécia Antiga havia uma concepção ideal de isonomia que significava uma contraposição ao governo arbitrário dos tiranos. O próprio Aristóteles defende a aplicação imparcial da lei. Importado para a Inglaterra e Itália no século XVI, essa ideia ganha conotações de um estado de leis gerais, aplicáveis igualmente a todos por magistrados imparciais. Ela continua tendo esse significado até o século XVII, quando é substituída pelas expressões *igualdade perante a lei*, *governo da lei* ou *Estado de Direito* (HAYEK, 1983).

Porém, no fim do século XVIII, a influência dos romanistas substitui a tradição grega. Nos últimos anos do império romano, com o surgimento de aspirações

¹⁵ Para mais detalhes sobre os aspectos metodológicos do pensamento de Hayek, vide cap. II de Nuez, *La Política de la Libertad*, 2013.

igualitárias, a lei passa a ser um instrumento de política social, pelo qual o Estado aumenta o controle sobre a economia. Após a queda desse império, passa-se um milênio sem que a lei seja tida como o meio para proteger a liberdade individual. Ainda assim, quando se redescobre a necessidade de legislar, volta-se não à tradição grega, mas sim à romana (HAYEK, 1983).

Com a morte de Elizabeth, rainha da Inglaterra no século XVI, abre-se uma luta entre o soberano e o Parlamento. Este queria limitar aquele. No século XVII, sob a influência do liberalismo clássico de John Locke, busca-se impedir a arbitrariedade do governo, independente de quem o exerce, seja o soberano seja o parlamento. A noção de liberdade individual, com os contornos modernos, surge na Inglaterra no século XVII. Logo, quem detém o poder deve governar mediante leis pré-estabelecidas permanentemente, e não por medidas excepcionais. Juízes imparciais e íntegros devem decidir conforme as leis, como também empregar as forças internas da comunidade no cumprimento delas. Quando do século XVIII, ampliam-se os princípios alcançados pelos ingleses no século anterior. David Hume, Adam Smith, Blackstone, Edmund Burke, William Paley, dentre outros, defendem e sustentam o governo da lei, e formam uma doutrina de Estado de Direito (HAYEK, 1983).

Contudo, no fim do século XVIII, com a formulação de um novo liberalismo influenciado pelo racionalismo dos filósofos radicais da tradição francesa – Rousseau, os Fisiocratas e Condorcet –, os princípios da liberdade inglesa são mitigados. O utilitarismo de Bentham insere na Inglaterra o desejo de reformular todo o aparato normativo e as instituições do país com base em princípios racionalistas. O ideal francês de governo dos homens – em que uma vontade racional prescreve a lei garantidora de liberdade – substitui o império da lei nos moldes britânicos (HAYEK, 1983).

Pois bem, a tradição britânica firmava-se na jurisprudência do direito consuetudinário. Opunha-se à tradição do Iluminismo Francês – marcada pelo racionalismo cartesiano. Pela primeira tradição, a essência da liberdade está na espontaneidade e na ausência de coerção, que se dá por uma evolução lenta e parcialmente consciente. A origem das instituições advém da sobrevivência das mais funcionais. A moral, a linguagem, as instituições e o Direito evoluem por um processo de conhecimento cumulativo no qual a razão humana pode atuar com êxito. Enquanto que a tradição francesa crê que a liberdade só se realiza na busca de um propósito coletivo absoluto, estabelecido pela determinação doutrinária. A razão humana preexistente e independente cria as instituições e a sociedade civil é formada por um

primeiro legislador sábio ou por um contrato social original. Foi a segunda tradição “que deu origem à democracia totalitária” (HAYEK, 1983, p. 57).

Pela tradição evolucionista britânica, a civilização é resultado de um processo de tentativa e erro, em que se acumulam experiências passadas de geração à geração. A perspectiva racionalista francesa afirma, por sua vez, que o homem, de seus atributos morais e intelectuais, molda a civilização conforme um projeto. A ideia de *laissez-faire* total faz parte da tradição racionalista francesa e não foi defendida pelos economistas clássicos ingleses. Estes defendiam que o mercado evoluía através da harmonização de normas e princípios de interesses conflitantes e vantagens mediante concessão, de modo que o Estado limitado tinha funções na salvaguarda da ordem. Ao passo que os franceses, sob teorias de construção social, defendiam uma posição anti-estatal para a recriação de um novo mundo conforme princípios racionalmente e artificialmente construídos (HAYEK, 1983, p. 63-64).

Em prosseguimento, a formação norte-americana importa os princípios e valores do Estado de Direito da Inglaterra. Quando os cidadãos da Nova Inglaterra percebem que a Constituição britânica tem pouca força face ao avanço do Parlamento, concluem que precisam construir os fundamentos que lhes faltam. Uma nova carta constitucional deve separar os poderes e limitar as atribuições das autoridades que só podem agir conforme os termos da lei. A Constituição se torna uma proteção do povo contra a arbitrariedade dos órgãos de governo. Os revolucionários americanos são os primeiros a transcrever em documento o teor das normas máximas (HAYEK, 1983).

Consequentemente, surgem algumas implicações derivadas dos princípios gerais do texto constitucional. Em primeiro lugar, há limites à razão deliberada e se deve confiar nos princípios já comprovadamente consolidados. Além disso, a hierarquia das normas não termina necessariamente com os preceitos de direito constitucional explicitamente expressos, mas considera princípios implícitos que possibilitam o consenso e as leis fundamentais escritas. Ademais, nenhum indivíduo e nenhum grupo pode impor aos demais a lei conforme lhe convier. Logo, o poder, dentro de uma ordem constitucional, é um *clima de opinião* a que as pessoas obedecem, devendo ser exercido conforme os princípios aceitos por todos. Portanto, “uma sociedade livre necessita (...) de meios permanentes para restringir os poderes do governo, seja qual for o objetivo do momento” (HAYEK, 1983, p. 213).

No constitucionalismo americano, todas as inovações resultam da aplicação de princípios tradicionais a problemas determinados ou emergem como consequências

remotamente reconhecidas de ideias gerais. Então, instala-se o sistema federalista que tanto limita o poder do soberano quando divide e lhe concede apenas certos direitos definidos. Garantem-se os direitos individuais, ao passo que diminui-se a coerção. Nesse contexto, a aplicação de restrições é concentrada nos tribunais de justiça, que de modo independente devem decidir conforme a lei. Assim, nos EUA se estabelecem que o Legislativo deve se sujeitar a normas gerais, que deve lidar com os problemas sociais emergentes de acordo com os princípios básicos dos casos precedentes, e que, se infringir um princípio fundamental, ainda que implícito, deve buscar constatar se as convicções básicas do povo realmente mudaram (HAYEK, 1983).

Enquanto a Inglaterra abandonava os princípios de uma ordem liberal e introduzia o racionalismo francês em seu ordenamento jurídicos, os EUA apresentavam-se como um país que assumia e dava novos contornos para uma emergente nação constitucional. À época, na maioria dos países europeus, por volta do século XVII, devido a duzentos anos de absolutismo monárquico, as tradições de liberdade minguavam. A máquina burocrática administrativa, na tentativa de propiciar um bem-estar social, diminuía a liberdade. Logo, o movimento contra o poder arbitrário se dava para implantar o Estado de Direito – *Rechtsstaat* (HAYEK, 1983).

Os europeus, no momento da Revolução Francesa, acreditavam que a instauração da democracia limitaria, imediatamente, o poder arbitrário. Mas, com o Período do Terror dos Jacobinos, esse movimento ampliou a arbitrariedade. Não pode alcançar o objetivo de uma Constituição que limitasse os poderes legislativos. Pelo contrário, o Poder Executivo saiu mais fortalecido – especialmente, com o regime napoleônico – face aos outros poderes. A liberdade dentro da lei não avançou (HAYEK, 1983).

O Direito Administrativo se fortalece na França. A Alemanha, por sua vez, devido à forte monarquia por vários séculos, não se permite à ingenuidade de acreditar na eficácia automática da democracia na limitação da arbitrariedade governamental. Ao invés disso, cria-se uma elaborada teoria dos controles da administração que afeta fundamentalmente a filosofia do Direito continental. O pensamento kantiano muito contribui na formação de um movimento em prol do *Rechtsstaat*. Sua teoria geral da moral e seu conceito de imperativo categórico propõem que a garantia da liberdade individual se dê dentro do âmbito da lei geral aplicável a todos. Humboldt ainda prossegue na propagação da ideia de que a única função legítima do Estado é a aplicação da lei (HAYEK, 1983).

A partir da influência prussiana, no sentido de codificar as normas aplicáveis em um Estado de Direito e de limitar a administração pública, no começo do século XIX, desenvolve-se sistematicamente a noção teórica do Estado de Direito no contexto alemão¹⁶. Somada ao ideal de constitucionalismo, torna-se o principal objetivo do movimento liberal. Em suma, é na Prússia que o objetivo do movimento liberal se consolida no sentido de tanto limitar o governo por uma Constituição quanto de restringir a atividade administrativa por meio de leis que os tribunais se encarregariam de aplicar. Pelos anos de 1870 e 1880, começa a ganhar força o movimento socialista rumo a um Estado intervencionista. Os poderes discricionários dos governos são ampliados e com isso o Estado de Direito é reconfigurado. As teorias do Direito, que logo subverteriam a ideia de supremacia da lei, originam-se na Alemanha e se difundem no restante do mundo (HAYEK, 1983).

Pois bem, já no fim do século XIX, o Estado de Direito alemão começa a entrar em declínio ao expandir a discricionariedade do governo e diminuir a força do império da lei. As instituições que estão tomando sua forma para consolidar o Estado de Direito sofrem mudanças significativas com a guinada de opinião em prol de um Estado previdenciário. Rapidamente, os princípios liberais perdem espaço para a guinada socialista. Fortalece-se a crença de que a razão deve remodelar a sociedade conforme um projeto concebido *a priori*. Na esteira das ambições sociais derivadas da Revolução Francesa, que exigia não apenas uma justiça formal, mas também uma justiça substantiva – distributiva ou substancial – o governo passa a ser um corretivo para a desigualdade e o coletivismo começa a se tornar um ideal a ser alcançado (HAYEK, 1983).

As ideias políticas que embasam esse novo momento têm em comum a aversão à limitação da autoridade por meio de normas legais, ao passo que dispõem de uma disposição de conferir às forças do Estado mais poder para estruturar racionalmente as relações sociais segundo um ideal de justiça social. Os quatro movimentos principais que perseguem essas finalidades são o *positivismo legal*, o *historicismo*, a *escola do direito livre*, e a *escola da jurisprudência do interesse*. Começando por esta última, na montagem de Rudolf von Ihering, é uma modalidade de enfoque sociológico que pretende se afastar da interpretação lógica implícita na decisão de questões por meio da

¹⁶ “O conceito de *Rechtsstaat* a que chegaram é o resultado direto do velho ideal da supremacia da lei em uma nação em que a principal instituição a ser cerceada era um complexo aparelho administrativo, e não um monarca ou um Poder Legislativo” (HAYEK, 1983, p. 244).

aplicação de normas legais estritas, substituindo-a por uma análise direta dos interesses do caso concreto (HAYEK, 1983).

Pela *escola do direito livre*, o juiz não deve estar preso às normas fixas, podendo decidir os casos individuais com base no senso de justiça. Pela filosofia do *historicismo*, leis necessárias que pré-determinam a evolução da história podem determinar as instituições adequadas à situação contemporânea, implicando a crença de que é possível transcender as limitações sociais e, racionalmente, recriar as instituições de modo mais adequado ao tempo. Esta filosofia oferece o subsídio intelectual à ideia mais influenciadora à época, o *positivismo jurídico* (HAYEK, 1983).

Por esta última doutrina, a lei consiste, exclusivamente, em normas ditadas pela vontade humana. Por uma concepção estritamente formal, exigem-se apenas que todas as ações do Estado sejam autorizadas pelo Legislativo. A lei se torna uma questão de mera legalidade. Portanto, o Estado de Direito passa a ter o significado de ações que se baseiam na lei e na legislação. Nem se define a finalidade do Estado nem os limites de suas atribuições (HAYEK, 1983).

Sob a influência da *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, as tradições de governo limitado desaparecem. O *Rechtsstaat* torna-se um conceito estritamente formal e um atributo de todos os Estados, mesmo os despóticos. Não há limites ao Legislativo, como também não há liberdades fundamentais. Logo, os princípios do conceito tradicional de Estado de Direito são apresentados como uma concepção metafísica da corrente do direito natural. A Alemanha de Hitler, a Itália de Mussolini e o socialismo russo tornam-se legítimos Estados de Direito. Esse ambiente filosófico propicia, em última instância, o acontecimento da Segunda Guerra Mundial (HAYEK, 1983).

Esse capítulo propedêutico apresentou os principais aspectos da vida e obra de F. A. Hayek. Destacou-se sua importância para várias áreas do saber, inclusive, para o Direito. Dentro de seu percurso intelectual, enfatizou-se o papel fundamental exercido por Mises na formação dos pressupostos liberais centrais de seu aluno, apontando-se alguns aspectos do papel do governo em uma sociedade de mercado que viriam a ser repensados e desenvolvidos por Hayek. Ainda, percorreram-se as linhas gerais da interpretação histórica feita pelo autor austríaco sobre o surgimento e o declínio do Estado de Direito nos países do Ocidente. O próximo passo será estudar os principais fundamentos formadores de um Estado de Direito para F. A. Hayek.

3 FUNDAMENTOS DE UM ESTADO DE DIREITO PARA F. A. HAYEK

O Estado de Direito pode ser definido como “uma norma que diz respeito àquilo que a lei deve ser, uma doutrina metalegal ou um ideal político” (HAYEK, 1983, p. 249). Além de demandar que os atos de governo sejam segundo uma Constituição – atos legais –, pressupõe que todas as leis estejam conforme certos princípios. Sua efetividade se prova enquanto limita o legislador e o juiz, e, como será discutido no presente capítulo, garante a liberdade dos indivíduos, preservando o império da lei derivado de uma ordem espontânea. Essa formatação alicerça uma ordem liberal que permite a edificação e manutenção de uma sociedade livre – *Sociedade Aberta* (Adam Smith) ou *Grande Sociedade* (Karl Popper) – edificada sobre o Estado de Direito.

3.1 LIBERDADE E COERÇÃO: O PAPEL DO GOVERNO

A liberdade individual é aquele estado no qual o homem não está sujeito à coerção, isto é, sujeito à vontade arbitrária de outrem. Uma política da liberdade deve minimizar a coerção ou seus efeitos negativos, ainda que não a elimine completamente. Essa liberdade depende da possibilidade de determinar a própria conduta conforme as próprias pretensões. Então, a liberdade pressupõe que o agente tenha garantida uma esfera privada em que outros não podem interferir. Logo, a liberdade é ausência de coerção do homem pelo homem. Ela não assegura oportunidades específicas, mas deixa ao critério do indivíduo a forma de usar as circunstâncias nas quais se encontra. Assim, a liberdade é negativa e individual. Seu oposto é a coerção (HAYEK, 1983).

A coerção, por sua vez, pode ser definida como o controle exercido sobre uma pessoa por outrem a ponto de, para evitar danos pessoais, aquela ser forçada a agir para atingir os objetivos do coator e não conforme o plano que ela própria elaborou. A coerção anula o indivíduo enquanto ser que pensa e avalia, tornando-o um mero instrumento dos fins de outrem. O ato coercitivo implica a ameaça de infligir um mal e a intenção de provocar certa conduta. Mesmo que o coagido possa ter algumas opções de escolha, há uma redução de possibilidades de escolha determinadas por um terceiro que limita o arbítrio do indivíduo (HAYEK, 1983).

Quando os planos e opções são controlados por outrem, as ações são também controladas. Não é o poder – capacidade de se alcançar o que se pretende – que é mau, mas sim a coerção que é má, pois causa dano e submete uma pessoa a servir à vontade

de outrem. O pior tipo de coerção ocorre quando “o Estado ameaça punir ou empregar a força física para que obedeçamos a suas determinações” (HAYEK, 1983, p. 150). A coerção só pode ser impedida se se garantir uma esfera privada que esteja protegida de uma intervenção externa.

A liberdade individual que é negativa contrasta com a liberdade política. Esta última é a participação dos indivíduos na escolha de seu governo, ou seja, uma espécie de liberdade coletiva. Porém, um povo livre não garante necessariamente um conjunto de homens livres. Ademais, não é necessário que o indivíduo compartilhe dessa liberdade coletiva para ser livre. Além desse contraste, é possível distinguir a liberdade individual da liberdade interior ou subjetiva. Por esta, uma pessoa pode se guiar por suas ações e por sua própria vontade, e não por impulsos momentâneos. Contudo, seu oposto não é a coerção exercida por outrem, mas sim a influência de emoções temporárias, ou a fraqueza moral ou intelectual. Logo, o indivíduo que é escravo de suas paixões não é livre, mas não no sentido da liberdade individual (HAYEK, 1983).

Uma última distinção se dá entre a liberdade individual e a liberdade enquanto poder. Esta última indica que a liberdade é fazer o que o agente quer, sem obstáculos, de maneira irrestrita. Mas esse tipo de liberdade não é possível em uma sociedade livre. Só há liberdade individual se houver algum grau de restrição do exercício da liberdade em uma sociedade. Em suma, a liberdade não é nem política nem subjetiva nem o poder de fazer tudo o que se quer, é, na realidade, objetivamente determinada pela ausência de coerção (HAYEK, 1983).

Para garantir a liberdade a um número máximo de pessoas, o governo deve restringir uniformemente a liberdade de todos por meio de regras abstratas que impeçam a coerção arbitrária ou discriminatória de ou por outros indivíduos e evitem cada um de invadir a esfera de liberdade do outro. Tal obediência a regras abstratas comuns possibilita o campo para mais liberdade e diversidade, e isso traz mais ordem (HAYEK, 2017).

Em uma sociedade livre, a coerção não pode ser totalmente evitada. A única maneira de impedir a coerção é por meio da ameaça de coerção. Uma sociedade aberta, para lidar com esse dilema, confere o monopólio da coerção ao Estado, e limita esse poder a situações em que sua ação é necessária para impedir a coerção exercida pelos indivíduos. O Estado deve proteger a esfera privada contra a intervenção de outras pessoas por meio da criação de condições em que o indivíduo possa se determinar em

sua própria esfera, conforme as normas que lhe dirão, previamente, qual será a ação do governo em diferentes situações (HAYEK, 1983).

A coerção do governo, nesse sentido, deve ser reduzida ao mínimo necessário através de normas gerais conhecidas, de modo que o agente não precise sofrer coerção, salvo se se colocar em uma situação em que saiba que será coagido. Dessa maneira, a coerção impessoal e dependente de normas gerais abstratas faz com que os atos coercitivos do governo sejam transformados em dados pelos quais o agente pode pautar seus próprios planos. A coerção se torna uma ferramenta auxiliar ao indivíduo na busca de seus próprios objetivos e não um meio a ser usado para alcançar os objetivos de outrem. A lei previamente estabelecida, igualmente aplicável a todos os cidadãos, semelhante às leis naturais, possibilita que o indivíduo use seu conhecimento para alcançar seus objetivos. Nesse sentido, as normas gerais permitem “que cada membro de uma sociedade delimite o conteúdo de sua esfera privada e que todos os membros reconheçam o que pertence (e o que não pertence) a tal esfera” (HAYEK, 1983, p. 153).

A condição básica para a liberdade é o reconhecimento da propriedade privada individual, posto que só é possível agir conforme a própria determinação se houver o controle de alguns bens materiais. A posse da propriedade privada deve estar dispersa para que o indivíduo não dependa exclusivamente de determinadas pessoas para atender suas necessidades ou para empregá-lo. É por meio da concorrência que se dispersa a propriedade. Há liberdade em uma sociedade de livre mercado porque os indivíduos não permanecem sujeitos à vontade das pessoas de cujos serviços necessitam porque elas servem os seus clientes buscando o próprio interesse. Por outro lado, a liberdade se dá debaixo da lei que protege a individualidade e propriedade privada. Não existe liberdade fora da lei, pois só ela impede a coerção (HAYEK, 1983).

A liberdade na sociedade aberta implica responsabilidade. Esta deve se estender para além dos deveres previstos em lei. Os indivíduos devem ser capazes de uma ação racional, o que pressupõe a previsibilidade estabelecida em normas gerais das consequências de suas ações. Para determinados atos, devem-se estabelecer algumas condições objetivas, como idade, para que haja a responsabilização dos atos. As possibilidades de responsabilização devem ser sempre específicas e individuais. A responsabilidade do indivíduo alcança apenas aquilo que ele pode julgar, aquilo que suas ações podem considerar como consequências previsíveis e aquelas ações próprias ou por daquelas pessoas sob seus cuidados. Não pode existir uma responsabilidade coletiva de um grupo, salvo se se autodeclararem responsáveis (HAYEK, 1983).

As atividades coercitivas do ente estatal não constituem sua única função. Há atividades do governo não coercitivas ou de simples prestação de serviços financiadas por meios coercitivos – taxação –, mas legítimos. O governo pode arrecadar fundos por meio de tributos para fornecer serviços que o mercado não pode prestar ou não pode fazê-lo adequadamente. A maioria das pessoas aceita tal compulsoriedade, visto que em troca lucram com contribuições semelhantes de outras pessoas que possibilitam a realização dos próprios objetivos. Isso não implica concentrar serviços numa autoridade central, mas pode-se requerer a delegação de parte do encargo a autoridades locais e regionais. Aliás, por vezes, a melhor maneira de aproveitar tais recursos será o governo entregar a organização e administração desses serviços a empresas concorrentes entre si. Os gastos públicos previstos para tais serviços devem ser estabelecidos por uma norma predeterminada, a ser aprovada pelo eleitor que endossar a proposta, não podendo decidir que algo seja feito à custa de outra pessoa (HAYEK, 1985, v. III).

O governo pode ser responsável por: leis sanitárias, o estabelecimento de padrões de pesos e medidas, restrições à venda de artigos perigosos, registro de terras, serviços de estatística, proteção contra epidemias, dentre outros, que auxiliem a escolha dos indivíduos. Ademais, o governo pode, de maneira excepcional, participar, como na construção de uma estrada, de “todos os tipos de atividade nas mesmas condições às quais todos os indivíduos [particulares] devem obedecer” (HAYEK, 1983, p. 271). Com efeito, o governo não deve buscar fins particulares para evitar a discriminação dos cidadãos. E deve prover uma educação elementar para que se facilite a instrução básica para que os cidadãos compartilhem de suas crenças e princípios comuns, evitando o analfabetismo que impede o bom andamento da democracia (NUEZ, 2013).

Ainda, na proteção dos mais pobres, o governo pode agir em uma sociedade para garantir proteção contra sérias privações por meio de uma *renda mínima* para evitar que os indivíduos caiam no extremo infortúnio social. Há muitos indivíduos que não têm com quem possa contar em caso de infortúnio, como os doentes, velhos, deficientes físicos ou mentais, as viúvas e os órfãos. O governo pode garantir legitimamente uma renda mínima para todos ou um piso abaixo do qual ninguém precisa descer, ainda que incapaz de se auto sustentar. Ademais, o governo deve gerenciar a defesa contra inimigos externos. Para tanto, é preciso dar ao executivo amplos poderes discricionários (HAYEK, 1985, v. III).

Por outro lado, o monopólio do governo do direito de emitir moeda e de prover serviços postais precisa ser quebrado. Tal exclusividade aumenta os poderes

governamentais. Por isso, é necessário retirar dos governos o monopólio do fornecimento de dinheiro, transferindo-o à iniciativa privada que, por meio da competição, ofereceria o dinheiro, “deixando a critério do cidadão comum escolher entre usar o dinheiro de boa qualidade e recusar aquele que é ruim” (HAYEK, 1981, p. 42).

Em suma, os valores da paz, liberdade e justiça são os únicos fundamentos imprescindíveis da civilização que cabe ao governo prover. A coerção só deve ser usada para fazer cumprir as normas universais de conduta justa e arrecadar recursos para manter serviços prestados pelo ente governamental. O papel deste último é o de possibilitar a previsibilidade do exercício do poder coercitivo e a segurança jurídica dos atos individuais. O governo não deve anular os esforços individuais por meio de atos administrativos unilaterais. Além disso, o ente governamental deve dispor de uma estrutura legal que limite o mercado quando necessário, criando um ambiente propício a manutenção do livre mercado, declarando inválido todo acordo que restrinja a concorrência (HAYEK, 1983; HAYEK, 2010).

O Estado estabelece alguns limites legais, mas o indivíduo decide livremente os fins que deve empreender sua vida e recursos, como também valora o que lhe é de maior ou menor importância. A liberdade só prevalece se for aceita como um princípio geral. Sua aplicação a casos particulares não requer justificativa alguma. Isso se baseia na crença de que o uso do conhecimento disperso acabará liberando mais forças para o bem do que para o mal. A política deve estar a serviço da sociedade. Seu papel é o de coordenar e facilitar as relações sociais. O âmbito político é instrumental, não normativo. Essa liberdade é produto de uma ordem espontânea (HAYEK, 1983; HAYEK, 2010).

3.2 KÓSMOS: UMA ORDEM ESPONTÂNEA

Como a liberdade é a ausência de coerção, sendo necessariamente negativa, a ação do governo deve ser limitada à observância de princípios gerais. Estes derivam de um processo evolutivo social – *uma ordem espontânea* – que permite o descobrimento ou reconhecimento de normas que resultam em uma ordem liberal. É preciso pressupor que o indivíduo é ignorante quanto a vários aspectos da vida social e que nem todo conhecimento faz parte do intelecto humano. Logo, os hábitos, as emoções, as instituições, as tradições, a mente, o Direito, o livre mercado são adaptações à

experiência passada que evoluíram pela eliminação seletiva da conduta menos adequada. Eles são produtos de um conhecimento cumulativo que jamais foram planejados por mente alguma. À medida que evoluiu o conhecimento consciente, acumulam-se condutas já testadas e adotadas. Desse processo, resultam modelos que prevalecem. Há certa verdade no conhecimento que sobrevive a um natural processo de seleção. Portanto, o conhecimento do ser humano é limitado e consolidado por tradições e herança de uma evolução social (HAYEK, 1983; GRAY, 1980).

Consequentemente, a ordem que resulta da evolução social é uma *ordem espontânea*. O grego clássico tinha palavras que possibilitavam diferenciar dois tipos de ordem. *Taxis* significava a ordem feita, racionalmente construída. *Kósmos* era a ordem resultante da evolução social. A primeira – *taxis* – é uma ordem concreta, construída intencionalmente, podendo ser percebida pela observação e servir ao propósito de seu criador. A segunda – *kósmos* – é a ordem espontânea abstrata que só pode ser reconstruída na mente, sem um propósito específico. Esta última pode se estender a circunstâncias tão complexas que mente alguma pode compreender completamente. É um tipo de ordem que tem a característica da generalidade. Então, na ordem espontânea, é possível fixar linhas abstratas, mas não se pode especificar os pormenores, pois as circunstâncias são impossíveis de serem previamente conhecidas (HAYEK, 1985, v. I).

Dessa maneira, é possível entender que há dois modos de considerar as atividades humanas. Pelo *racionalismo construtivista*, inspirado em René Descartes e predominante nos séculos XVI e XVII, afirma-se que as instituições humanas só servirão aos interesses humanos se tiverem sido intencionalmente criadas, logo, pela razão humana, tornar-se-ia possível construir a sociedade em novos moldes. As normas podem ser deduzidas a partir de premissas explícitas. O máximo exemplo dessa formulação é o contrato social que teria sido criado racionalmente. O outro modo de perceber as atividades humanas é pelo *racionalismo evolucionista ou racionalismo crítico*. O indivíduo tem seu pensamento e ação orientados por normas que, “por um processo de seleção, evoluíram na sociedade em que ele vive e que, assim, são produto da experiência de gerações” (HAYEK, 1985, v. I, p. 6).

Enquanto que a primeira perspectiva é falsa, por pressupor o conhecimento completo de todos os fatos relevantes, a segunda é verdadeira já que a adaptação do agente se dá na apreensão de relações de causa e efeito a partir de normas adaptadas por circunstâncias desconhecidas, mas que determinam a configuração das ações bem-

sucedidas¹⁷. Pois bem, toda civilização avançada utiliza um conhecimento muito maior do que qualquer pessoa poderia possuir. Uma civilização se inicia quando o indivíduo, em busca de alcançar seus próprios objetivos, utiliza um grande volume de conhecimento que não poderia adquirir por si próprio. Assim, o erro dos racionalistas construtivistas é de *ilusão sinótica* ao acreditar que todos os fatos relevantes são conhecíveis por alguma mente, podendo-se construir uma ordem social desejável. Porém, ninguém nasce dotado com uma mente que pode conceber a civilização e logo implantá-la (HAYEK, 1985, v. I).

Com efeito, a mente humana é um sistema em perene mudança, que resulta do esforço de adaptação ao ambiente. Ela se desenvolve em constante interação com as instituições que determinam a estrutura da vida social. Para evoluir, o agente deve permitir uma revisão contínua de suas concepções e ideias presentes que novas experiências vão exigindo. A capacidade de raciocínio depende da experiência. Aprende-se por meio de práticas que deram bom resultado na manutenção da sobrevivência do grupo. O homem age antes de pensar. Seu entendimento é a capacidade de reação ao meio. A mente não constrói normas autonomamente, ela adapta-se a normas em ação que alcançaram bons resultados anteriormente. Essas normas têm dois atributos. O primeiro deles é que são observadas na prática sem serem conhecidas de forma expressa. Ademais, elas passam a ser observadas por proporcionarem ao grupo uma força maior. Então, de uma perspectiva *racionalista evolucionista*, todos os processos mentais têm um caráter abstrato – geral e não específico – para enfrentar uma realidade impossível de ser conhecida por completo (HAYEK, 1983; HAYEK, 1985, v. I).

Com isso, as normas de uma ordem espontânea são passíveis de serem descobertas. Elas podem ser aperfeiçoadas intencionalmente – pelo legislador ou juiz –, mas não determinadas racionalmente. Em um *kósmos*, a sociedade depende de que, após um processo de seleção, restem normas que tornem a vida social possível. Elas devem ser propícias à produção de uma ordem adaptada à multiplicidade de circunstâncias conhecidas pelos membros da sociedade. As ações dos indivíduos só precisam parecer entre si sob alguns aspectos abstratos para garantir a manutenção da ordem social. Não é

¹⁷ Para Hayek, essa perspectiva difere do darwinismo social, que trata da seleção social de indivíduos, enquanto que a evolução social tem por objeto a seleção de instituições e práticas. Como também difere das leis de evolução geral ligadas a Comte, Hegel e Marx, que afirmam uma determinação em que a evolução segue um certo curso histórico predeterminado (HAYEK, 1985, v. I).

possível prever as alterações específicas que produzirão as adaptações específicas às novas circunstâncias externas (HAYEK, 1985, v. I).

Assim, a ordem de uma sociedade aberta deriva a maioria de suas normas convencionais da evolução espontânea. Porém, a minoria das normas será fruto de criação intencional, isto é, o governo deverá criar algumas normas para manter o *kósmos*. A ordem espontânea pode levar a um impasse que só pode ser corrigido rapidamente por uma norma intencionalmente criada. Ademais, o Direito pode se mostrar lento para se adaptar rapidamente a situações inteiramente novas. Assim, embora a “ordem espontânea e organização devam sempre coexistir, não é possível combinar esses dois princípios de ordem a nosso bel-prazer” (HAYEK, 1985, v. I, p. 50). Quando se interfere assistematicamente na ordem espontânea é impossível parar. O Direito de uma sociedade livre, nessa esteira, deve ser reformado à medida que princípios estabelecidos por decisões anteriores ou nelas implícitos são implicados a circunstâncias não anteriormente previstas.

Nessa ordem espontânea, o conhecimento pode evoluir por meio de normas genéricas expressas que podem ser transmitidas pela linguagem de uma a outra pessoa. O processo intelectual, teórico, é apenas um processo de elaboração, seleção e eliminação de ideias já formadas. A razão humana deve apenas descobrir seus erros, não predizer ou moldar seu futuro. A ciência social deve tão somente compreender a natureza geral da ordem espontânea. O progresso não pode ser planejado. Do *kósmos*, florescem instituições complexas e ordenadas, voltadas para certos objetivos que não dependem do planejamento (HAYEK, 1983).

Uma ordem liberal deve restringir o racionalismo construtivista à aplicação de normas gerais que são necessárias à formação de uma ordem espontânea, cujos detalhes não são previsíveis. É uma *presunção fatal* pensar que a capacidade de adquirir habilidades se origina da razão. Nesse cenário, a razão tem a finalidade de determinar os limites do seu próprio uso quando da reflexão sobre a ordem espontânea social. Essa *postura antirracionalista* ou *racionalista crítica* não é irracionalista nem um apelo ao misticismo. Não se deve abdicar da razão, mas sim examiná-la racionalmente em seus devidos limites, evitando torná-la onipotente, o que poderia destruí-la. É preciso conhecer racionalmente o funcionamento da vida social, antes de reformá-la. Ademais, a razão deve tender a uma construção gradativa e não global da sociedade, deve usar o material histórico disponível no momento, ao invés de recriar o todo (HAYEK, 1983; HAYEK, 2017).

As normas provenientes da ordem espontânea se tornam eficazes ao criarem uma ordem mesmo entre pessoas que não tem objetivo comum. O que os indivíduos precisam saber é como agir conforme as normas, mesmo sem saber expressá-las em palavras. E quando houver mudança no conjunto normativo, frustrando-se algumas expectativas, tal mudança criará uma situação em que haverá a probabilidade de se formarem expectativas corretas. O objetivo das normas deve ser o de possibilitar a harmonização das expectativas entre os indivíduos conforme as ações que têm sido regularmente repetidas nessa sociedade (HAYEK, 1985, v. I).

Por isso, o liberalismo clássico sempre considerou que o governo deve se limitar a estimular as forças espontâneas do mercado que se desenvolvem autonomamente. Ele não pode aperfeiçoar os resultados por meio de determinações específicas. A liberdade econômica significa a liberdade dentro dos parâmetros da lei fruto da ordem espontânea. Desta resultam normas gerais que não permitem o governo violar a esfera privada. As medidas do governo devem ser examinadas em cada caso (HAYEK, 1983).

O governo deve manter a paz, a ordem e a justiça. Como também deve proteger o funcionamento da *catalaxia*¹⁸ ou a *ordem de mercado*. Esta ordem serve à multiplicidade de fins distintos de todos os membros individuais. A *catalaxia* é a ordem derivada do mútuo ajustamento de muitas economias individuais em um mercado. É o tipo de ordem espontânea produzida pelo mercado por meio de ações de pessoas dentro das normas legais da propriedade, do contrato e da responsabilidade civil. A *Sociedade Aberta* origina-se da descoberta da possibilidade de os diferentes indivíduos viverem juntos em paz, beneficiando-se entre si, sem chegarem a um acordo quanto aos fins específicos a que visam isoladamente. Na *catalaxia*, cada indivíduo contribui na satisfação da necessidade alheia sem tomá-la em consideração ou sem tomar seus fins em consideração. Essa coesão gerada pelo mercado proporciona as maiores possibilidades de realização dos respectivos propósitos (HAYEK, 1985, v. II).

Com efeito, a liberdade significa que o que pode ser feito pelo indivíduo não depende de aprovação de autoridade alguma e só tem como limite as mesmas normas abstratas aplicáveis por igual a todos. O legislador, no ato de positivar a norma fruto de um processo espontâneo, deve reconhecer sua ignorância das circunstâncias especiais a que se aplicarão a norma. Ao fornecer dados inalteráveis para serem usados por quem

¹⁸ Segundo Hayek (1985, v. II, p. 131), o termo *catalática* deriva do verbo grego *katallattein* que significava “converter de inimigo a amigo”. O adjetivo *catalático* substitui o termo econômico na designação de fenômenos de que trata ciência da *catalaxia*.

fará os planos específicos, “o legislador pode propiciar oportunidades e possibilidades, mas nunca certezas quanto aos resultados de seus esforços” (HAYEK, 1983, p. 175). Assim, uma ordem liberal se caracteriza pelo império da lei.

3.3 NOMOS: O IMPÉRIO DA LEI

A ordem espontânea – *kósmos* – possibilita o estabelecimento e manutenção de uma ordem liberal que se fundamenta no governo das leis. Estas, que são fruto de um processo evolutivo não artificialmente criado, devem possibilitar a formação do império da lei. Há dois tipos de normas de conduta. A primeira, *nomos*, são normas gerais que derivam das condições de uma ordem espontânea e que não são cartesianamente criadas pelo homem, mas apenas descobertas. O *nomos* forma as *leis*. Por exemplo, o direito à propriedade e à vida. A lei constitui normas que governam a natureza e o comportamento humano. Por isso, sempre houve leis, antes mesmo de o indivíduo pensar em fazê-las. Elas eram observadas muito antes de serem verbalizadas e evoluíram ao formarem uma ordem das atividades do grupo como um todo (HAYEK, 1985, v. I).

Há, contudo, a norma de conduta chamada *thesis*, que são normas específicas intencionalmente formuladas para atender a propósitos específicos, sendo invenções arbitrárias da mente planejadora do organizador. A *thesis* forma a *legislação*. Como exemplo, o direito do trabalho e o direito eleitoral. Este último tipo de norma é criado pelo governo, enquanto as primeiras são fruto de um processo de erros e acertos que ordenam uma sociedade de livre mercado. A legislação – *thesis* – é uma invenção relativamente recente na história humana. Tornou os homens mais poderosos e perigosos. Essa perspectiva foi desenvolvida pela primeira vez na Grécia Antiga. Com os conflitos surgidos entre a legislação e alguns aspectos elementares da tradição do Estado de Direito, a *thesis* perdeu força. Ressurgiu apenas no fim da Idade Média, “quando gradualmente obteve aceitação mais geral” (HAYEK, 1985, v. I, p. 83).

A Europa ocidental passou quase mil anos sob a tradição da lei, *nomos*. O Direito era algo a se descobrir, não a fazer. Porém, com a redescoberta de *A Política* de Aristóteles no século XIII, e a reinserção do *Código de Justiniano* no século XV, as leis passam a ser percebidas como dependente da vontade humana. Progressivamente, “a legislação veio a ser lenta e gradualmente considerada um ato da vontade deliberada e irrestrita do governante” (HAYEK, 1985, v. I, p. 97).

A tradição do direito natural, à época entendido como o direito que evolui em resposta às exigências das situações, resistiu ao racionalismo construtivista da legislação. Mas, já no século XVII, o direito natural torna-se razão natural, isto é, pelo raciocínio humano seria possível extrair da vida social as normas constitutivas de um ordenamento jurídico. Só os britânicos permanecem na tradição consuetudinária (HAYEK, 1985, v. I).

Com efeito, em uma ordem liberal, o *nomos* – o império da lei – deve prevalecer. A lei – aplicável a todos por igual – apenas delimita o campo de atuação individual. É uma norma geral fruto da ordem espontânea, procedente de hábitos inconscientes, de costumes e práticas correntes. A lei pode ser definida como “uma ordem definitiva e válida para todos, prescrita para pessoas desconhecidas (...) e que se refere unicamente a condições que possam ocorrer em qualquer lugar e em qualquer tempo” (HAYEK, 1983, p. 165).

A lei apenas oferece informação adicional que o agente deve levar em conta no seu processo decisório. A articulação das regras pertence a um estágio mais tardio da evolução em que a legislação aparece para descobrir, interpretar ou expressar o direito já existente. A elaboração de leis não deve ser dirigida por interesses particulares, mas sim estabelecer uma norma permanente e independente do efeito sobre determinados indivíduos ou grupos (HAYEK, 1985, v. III; NUEZ, 2013).

De uma ordem espontânea, formam-se princípios metalegais que são gerais, abstratos, inamovíveis e nem sempre articulados, mas compartilhados entre os membros da sociedade. Dos princípios aceitos pela sociedade, deriva-se a justiça. As normas deverão estar de acordo com o prevalente sentido de justiça. Para se aproximar desse sentido de justiça, deve-se determinar o que não é justo na sociedade. A justiça é um valor negativo, sendo as verdadeiras leis aquelas proibitivas que evitam a injustiça (NUEZ, 2013).

Nesse quadro, *a sociedade aberta* é aquela em que se combina *kósmos-nomos*, isto é, ordem espontânea mais normas gerais, resultando na ordem liberal de livre mercado e Estado de Direito. No outro espectro, tem-se a sociedade totalitária que combina *taxis-thesis*, a saber, uma ordem criada deliberadamente com normas específicas que comandam a ação dos indivíduos, resultando em uma legislação que controla a economia e visa a atingir determinados fins. A *thesis* não é igual para todos, não é fruto da ordem espontânea, e serve aos propósitos de quem formulou. Enquanto a *lei* se aproxima da tradição da *common law*, a *legislação* decorre do *positivismo*

jurídico. O *nomos* é apenas descoberto pelo juiz ou pelo legislador que apenas o externaliza. Não há uma terceira alternativa (NOGUEIRA, 2014).

Em uma sociedade aberta, a autoridade atribui funções específicas e fixa o objetivo geral, mas a execução dessas funções será regulada exclusivamente por normas gerais. É diferente da coerção estatal que se dá por meio de uma *legislação*, já que é intencionalmente criada. O próprio governo é deliberadamente criado. Para preservar a paz e prestar serviços aos indivíduos, o Estado precisa de normas distintas e próprias que lhe estabeleçam a estrutura, os objetivos e as funções (HAYEK, 1985, v. II).

Suas normas organizacionais, que visam a fins específicos, estabelecem órgãos e criam normas específicas com fins a dados objetivos. Sua aplicação depende da tarefa de determinado órgão e dos fins transitórios do governo. Tais prescrições formam a *thesis*. Como uma legislação precisa de atos legislativos específicos, ao se aplicar o direito público ao privado, faz-se com que os indivíduos sejam governados em sentido semelhante em que o governo dirige seus recursos para a prestação de serviços (HAYEK, 1985, v. II).

Em resumo, existem dois tipos de normas. A primeira é a norma de conduta justa que são aquelas normas que independem de fins e que servem à formação de uma ordem espontânea. Essas normas são *nomos* que é a base de uma sociedade com fulcro no direito privado, sendo uma *Sociedade Aberta*. Há também as normas dependentes de fins que são aquelas que constituem o direito público, ou seja, determinam a organização do governo. São as normas originadas da *thesis* (HAYEK, 1985, v. II).

Para se preservar uma sociedade livre, só as normas de conduta justa (em suma, o direito privado e o penal) devem ser obrigatórias e aplicáveis ao cidadão, devendo se limitar a informar qual é a livre esfera de ação para que o indivíduo faça suas escolhas. As tais normas delimitam domínios protegidos, sem atribuir coisas específicas a determinadas pessoas. Elas tornam possível inferir, a partir dos fatos concretos, a quem pertencem coisas específicas. Elas devem tão somente evitar conflitos e facilitar a cooperação ao se eliminar certas fontes de incerteza. Assim, “as normas não conferem direitos a pessoas específicas, mas formulam as condições sob as quais esses direitos podem ser adquiridos” (HAYEK, 1985, v. II, p. 47).

Nessa esteira, só ao se estender as normas de conduta justa a todas as relações entre os indivíduos e se privar de seu caráter compulsório aquelas não aplicáveis universalmente é que se pode se aproximar de uma ordem universal de paz que pode integrar todos os indivíduos numa única sociedade. Na linha de Kant, o teste para saber

se a norma se encaixa ou não no sistema jurídico é se ela pode se tornar aplicável universalmente e se é coerente com o resto do sistema jurídico. Nessa ordem, as normas de conduta justa só podem tornar-se “as mesmas para todos quando fins específicos não forem considerados justificativas para a coerção (exceto em situações especiais transitórias, como guerra, rebelião ou catástrofes naturais)” (HAYEK, 1985, v. II, p. 171).

Dessa formulação, deriva-se que o direito privado proveniente do *nomos* possui normas de conduta justa, enquanto que o direito público originado pela *thesis* dispõe de normas organizacionais (HAYEK, 1985, v. I). Essas últimas, quando impõem-se aos cidadãos obediência a ordenanças específicas que buscam alcançar propósitos específicos, mitigam a amplitude da liberdade individual. Por exemplo, o direito administrativo, caracterizado por normas organizacionais, dispõe do poder de discriminar e arbitrar no âmbito do direito público. Quando tal ramo do direito adentra a esfera privada com normas específicas, os indivíduos perdem de sua liberdade (HAYEK, 1985, v. I).

Face a isso, o Poder Executivo, em sua ação coercitiva, deve ser limitado por normas que estabeleçam quando e onde pode ser usada a coerção, como também a maneira de a fazer. Tais ações devem estar sujeitas à revisão judicial. Toda vez que a ação administrativa interferir no âmbito privado do indivíduo, os tribunais devem revisar a decisão administrativa. Assim, “somente nesse caso se pode impedir o poder discricionário na área administrativa” (HAYEK, 1983, p. 260).

Pois bem, em sendo as normas fruto de uma ordem espontânea, requer-se simplesmente uma prova negativa que permita eliminar paulatinamente as normas injustas, a saber, aquelas não universalizáveis dentro de um sistema de outras normas. Disso, em uma Grande Sociedade, é possível dizer que a lei deve ter caráter abstrato. As normas jurídicas devem se referir a um “número limitado de circunstâncias relevantes e de serem aplicáveis independentemente das consequências particulares que, no presente, parecem de sua aplicação” (HAYEK, 1985, v. I, p. 100).

Podem especificar, em dadas situações, quais condições as ações devem obedecer para se concretizarem legitimamente. As normas guardam o universo da atuação do indivíduo, mas as decisões cabem exclusivamente a ele. Nas relações com os semelhantes, as normas devem ser inteiramente negativas, salvo se o indivíduo criou condições para o aparecimento de obrigações positivas. Além disso, as normas jurídicas devem ser instrumentais, isto é, são meios para que o indivíduo, junto com suas

informações das circunstâncias, fundamente suas decisões. Com o conhecimento de causa e efeito pode fazer o que lhe aprouver. Assim, “as leis do Estado determinam as características fixas do universo no qual o indivíduo tem de se mover; embora eliminem certas opiniões, de maneira geral, elas não limitam a escolha a uma ação específica” (HAYEK, 1983, p. 168-69).

As normas gerais e abstratas são medidas de longo prazo e devem referir-se a casos ainda desconhecidos, não sendo específica a determinadas pessoas, lugares ou objetos. A norma significa uma tendência a agir conforme determinada prática ou costume. São aprendidas por imitação de ações específicas, que o indivíduo repete por analogia. Dessa maneira, “tais leis devem sempre ser prospectivas, nunca retrospectivas, em seus efeitos” (HAYEK, 1983, p. 253). Ademais, as leis devem ser conhecidas, claras e imutáveis. Devem, também, ser igual para todos, podendo, inclusive, criar cláusulas diferentes para determinadas classes de pessoas, desde que não prejudique ou beneficie previsivelmente indivíduos conhecidos.

O império da lei deve impedir que as ações de diferentes indivíduos interfiram umas nas outras. Para tanto, deve estabelecer uma ordem legal em que a ação do indivíduo se orienta por uma previsão eficaz, podendo os agentes usar seus conhecimentos e prever que tipo de colaboração é possível aguardar dos outros. Essa ordem, que é impessoal e geral, “só pode decorrer do ajustamento mútuo dos vários elementos e da sua reação aos eventos que atuam imediatamente sobre eles” (HAYEK, 1983, p. 177). O Estado de Direito tem por objeto inúmeros propósitos diferentes de uma ampla gama de indivíduos. Assim, ele se presta à busca eficaz de muitos propósitos.

Então, o Direito em uma ordem liberal consiste “de normas que regulam a conduta das pessoas em relação a outrem, aplicáveis a um número desconhecido de situações futuras e encerrando proibições que delimitam as fronteiras do domínio protegido de cada pessoa” (HAYEK, 1985, v. I, p. 140-41). Suas normas destinam-se a ser aplicadas universalmente e ser perpétuas, ainda que sujeitas à revisão devido a uma melhor compreensão de sua interação com outras normas. Portanto, “uma sociedade monocrática deve restringir a coerção inteiramente à aplicação de normas que sirvam a uma ordem perene” (HAYEK, 1985, v. II, p. 32). As normas devem ser abstratas, gerais, conhecidas, certas, iguais para todos, não retroativas e estabelecidas por longo período de tempo.

Nesse capítulo, estudaram-se os fundamentos de uma ordem liberal que é fundamental para a consolidação e manutenção do Estado de Direito. Essa ordem “providencia um quadro neutro em que a competição pacífica possa ocorrer entre formas rivais de vida social, em que os que melhor se adaptem às mudanças de circunstâncias possam prevalecer” (GRAY, 1980, p. 125-126).

Em uma sociedade aberta, um estado de liberdade em que todos podem usar seu conhecimento para seus próprios propósitos, limitados por normas gerais de aplicação universal, proporciona o quadro necessário para a consecução dos próprios objetivos. O governo deve ser limitado por princípios gerais a que a comunidade tenha se comprometido. As instituições de sociedades abertas, que resguardam a liberdade individual da intervenção governamental, dependem de uma ordem liberal, e se provam “inadequadas quando transpostas para países onde tais tradições não vigoravam” (HAYEK, 1985, v. I, p. 61).

A ordem de uma sociedade livre pressupõe, portanto, que uma ordem espontânea resulte no governo das normas gerais, a fim de preservar a liberdade individual da intervenção da legislação governamental artificialmente criada, a propriedade privada e o Direito. Esses são os fundamentos que possibilitam o estabelecimento e manutenção do Estado de Direito em uma ordem liberal, objeto do próximo capítulo.

4 O ESTADO DE DIREITO EM UMA ORDEM LIBERAL PARA F. A. HAYEK

Há três bases fundamentais para a Constituição de uma ordem liberal de Estado de Direito: a liberdade deve ser negativa e individual, de uma ordem espontânea se descobrem as leis formadoras de uma *Grande Sociedade*, e o império da lei garante a imparcialidade por meio de normas de conduta justas que limitam o governo. Nesse capítulo, destacar-se-ão três aspectos de um Estado de Direito para Hayek, a saber, o descobrimento das leis e o papel do juiz, a noção de justiça *associada* e o papel da *demarquia* como um retorno ao ideal democrático.

4.1 COMMON LAW: O PAPEL DO JUIZ

A principal tradição jurídica, fruto do racionalismo construtivista, é o positivismo jurídico. Em sua forma embrionária, John Austin entendia que todo direito é estabelecido por uma mente pensante, de modo que não podia haver lei sem um ato legislativo. Em uma versão mais recente, Hans Kelsen defende que as normas prescritivas só podem emanar da vontade, não da razão humana, e que o conteúdo de todas as normas jurídicas é deliberadamente criado por um ato de vontade. Logo, na versão positivista, a vontade do legislador determina o conteúdo da lei. Tenta-se, inclusive, sintetizar as normas de conduta justa e normas organizacionais ao dizer que toda a lei tem o mesmo caráter e que a justiça não tem a ver com a determinação do conteúdo da lei. Em sendo assim, não há critério positivo de justiça, não podendo haver nenhuma prova objetiva. E o legislador que determina, pela lei, o que é justo. Toda criação legislativa é lei e o direito privado é uma anomalia (HAYEK, 1985, v. II).

O positivismo jurídico, na busca de encontrar critérios objetivos de justiça propôs que todas as questões de justiça eram uma questão de vontade, de interesses ou de emoções. Essa conclusão foi possível por pressupor, tacitamente, que os critérios objetivos de justiça devem ser critérios positivos, ou seja, premissas das quais todas as normas de conduta justa poderiam ser deduzidas logicamente. Em *A Teoria Pura do Direito* de Kelsen, a existência de uma norma é igual a sua validade que deriva, logicamente, de uma norma hipotética fundamental. A lei só se torna norma jurídica quando criado pela vontade do legislador segundo à validação do sistema legal. Deve ser um ato de vontade irrestrita que determina o conteúdo da lei (HAYEK, 1985, v. II).

Porém, isso pouco ajuda a determinar o conteúdo da lei no momento em que o juiz tem de descobrir que norma deve aplicar a uma dada situação. O juiz fica limitado pela designação legislativa de algumas normas específicas como válidas e pelas exigências de um sistema que ninguém criou deliberadamente como um todo e não é inteiramente coerente. Em realidade, para o magistrado, a norma é válida somente por suas referências às implicações de um sistema de normas que existe de fato, independentemente de sua vontade ou da de seu legislador. A montagem positivista é antiliberal. Ela possibilitou o governo arbitrário nazista. O positivismo jurídico é a ideologia do socialismo e da onipotência do legislativo, surgida do “desejo de conseguir completo controle sobre a ordem social, e da ideia de que temos o poder de determinar deliberadamente (...) todos os aspectos dessa ordem” (HAYEK, 1985, v. II, p. 67).

Em sentido contrário, a tradição do *common law* preserva a liberdade ao reconhecer a tradição e o espírito da lei que sustentam a sociedade. É fruto da formação de normas de justiça por evolução espontânea através do tempo. O Direito e as liberdades que do *common law* derivam não são produtos de uma mente consciente, mas sim o resultado de processos de seleção e evolução que a razão do indivíduo pouco controla. Tal Direito descoberto como fruto de uma ordem garante a liberdade do indivíduo contra o Estado. O juiz que descobre o direito para um caso concreto a partir de princípios gerais é o que mais respeita a ordem social. Dessa forma, “o *common law* torna previsível o direito, porque o juiz está vinculado pelas convicções difusas sobre aquilo que é justo, mesmo que não sufragadas pela letra da lei” (PIEVATOLO, 2006, p. 576). A treinada intuição do juiz o conduz a resultados acertados. O Direito é qualquer norma cujo caráter vinculante está em geral e difusamente reconhecido, podendo estar expresso em lei ou em termos verbais.

O magistrado deve manter as relações abstratas, enquanto que os elementos específicos mudam. Deve conservar a ordem com base em normas de conduta gerais, mas não pelos fins particulares de cada um. Os juízes devem tão somente aperfeiçoar as normas, podendo preencher a lacuna no corpo de normas já reconhecido, a fim de manter e aprimorar a ordem de ações possibilitadas pelas normas existentes. O magistrado só descobre as normas não enunciadas até então e aplica os princípios em que se ampara a justiça. Seu objeto é o de aperfeiçoar a ordem espontânea ao estabelecer uma norma que impeça a recorrência de conflitos análogos. Ele deve considerar as normas observadas na prática social e as que foram criadas pelo governo. O magistrado deve decidir com base nas práticas nas quais se fundam a conduta regular

dos componentes do grupo social. Os costumes orientam as ações das pessoas. As práticas obrigatórias “serão aquelas de cuja observância todos dependem e que por isso se tornaram a condição para o bom êxito da maioria das atividades” (HAYEK, 1985, v. I, p. 112). O juiz trata do que é objeto das legítimas expectativas – conduta cotidiana regular – dos indivíduos da sociedade.

O juiz deve se esforçar no processo de adaptação da sociedade a aplicar as normas abstratas às circunstâncias surgidas no desenvolvimento da ordem espontânea. Ele ajuda no processo de seleção confirmando as normas que tornem mais provável a correspondência das expectativas entre os indivíduos. O magistrado torna-se um órgão dessa ordem que, mesmo criando novas normas, serve na manutenção e aperfeiçoamento do funcionamento da ordem existente. Suas decisões só devem ser mantidas se forem passíveis de serem testadas racionalmente contra as objeções que possam ser levantadas contra ela. Não há lugar para sua vontade ou emoção, seu dever é intelectual (HAYEK, 1985, v. I). Então, a validação de certas normas implica que “o juiz está autorizado a considerar válidas também aquelas que nelas estão implícitas, mesmo que nunca tenham sido antes referendadas pelo legislador ou através de aplicação por um tribunal” (HAYEK, 1985, v. II, p. 74).

Quando diante de caso concreto complexo em que o juiz deve decidir como as normas gerais podem ser aplicadas, deve considerar “as implicações de todo o sistema de normas aceitas que irão prevalecer e não a vontade do tribunal” (HAYEK, 1983, p. 172). Assim, as decisões dos tribunais devem ser previsíveis, ainda que nem todas as normas estejam expressamente determinadas no ordenamento jurídico. Há normas implícitas que devem, tão-somente, ser reconhecidas pelos juízes por conduzirem a decisões coerentes e previsíveis. A tarefa do juiz é descobrir as consequências contidas no espírito do sistema de normas gerais ou expressar como uma norma geral o que não foi previamente declarado por um tribunal ou pelo legislador (HAYEK, 1983).

Assim, o juiz é uma instituição da ordem espontânea que deve tão somente descobrir ou aperfeiçoar – não criar – as normas. Deve aperfeiçoá-las ao torná-las mais precisas, e descobri-las quando nunca foram enunciadas. Os juízes devem preencher as lacunas do corpo de normas já reconhecido, mantendo e aprimorando a ordem de ações prevista pela lei. Eles devem aperfeiçoar uma ordem de ações dada, estabelecendo uma norma que obste a recorrência dos conflitos ocorridos (HAYEK, 1985, v. I).

O juiz não deve decidir se a ação praticada foi adequada de um ponto de vista mais elevado ou se serviu a dado resultado pretendido pela autoridade. Ele deve apenas

analisar se a conduta se conformou às normas reconhecidas. Sua decisão não deve se pautar no que a sociedade requer no momento, “mas exclusivamente o que é exigido pelos princípios gerais em que se fundamenta a ordem vigente da sociedade” (HAYEK, 1985, v. I, p. 101).

O magistrado deve reconhecer os limites da linguagem, mas buscar descobrir a intenção consuetudinária de seus predecessores. Ainda assim, mesmo podendo aperfeiçoar o Direito quando diante de questões duvidosas, o juiz não pode realmente alterá-lo, ou, se o fizer, deve ser de maneira gradual se a norma se tornou obsoleta (HAYEK, 1985, v. I).

Com efeito, o magistrado deve manter a regularidade do processo que protege algumas expectativas dos indivíduos contra a interferência de outros. Ao juiz compete decidir de modo que corresponda ao que as pessoas consideram justo. Mas se decidir de maneira a frustrar expectativas legítimas, deverá deduzir suas conclusões de premissas expressas e da lógica situacional do caso. Ainda assim, a decisão deve ser coerente com o ordenamento jurídico. As decisões, nesse caso, têm sua previsibilidade assegurada por ser o juiz limitado pelas concepções consensuais do que é justo, mesmo que não esteja expresso em lei. Ademais, mesmo quando as normas explícitas parecem fornecer uma resposta clarividente, se entrarem em conflito com o senso geral de justiça, o magistrado deve modificar suas conclusões e fundamentá-la em “alguma norma não escrita que justifique essa modificação e que, ao ser enunciada, tenha a probabilidade de obter concordância geral” (HAYEK, 1985, v. I, p. 136).

Dessa maneira, os profissionais do Direito servem a um aparelho em que o indivíduo serve aos fins do governo quando implicam as normas jurídicas a interesses específicos. Faz-se isso quando juristas ligados às normas de organização do governo ou ao direito público estabelecem normas ao direito privado. Na realidade, parte dos princípios e pressupostos que orientam o Direito provém de fora do campo jurídico e só pode ser benéfico se se fundamentar em “uma concepção correta do modo como podem ser eficazmente ordenadas as atividades de uma *Grande Sociedad*” (HAYEK, 1985, v. I, p. 77).

O império da lei assegura que a liberdade se dê dentro dos parâmetros da lei. Esta incorpora o conhecimento ou os resultados da experiência passada utilizáveis sempre que o homem age conforme essas normas. Quando o indivíduo obedece a norma geral e abstrata, não se submete à vontade de outrem, sendo, portanto, livre. O juiz não tem escolha ao derivar suas conclusões do ordenamento jurídico, devendo aplicar a lei

imparcialmente para que o governo seja da lei e não dos homens. Assim, como a norma jurídica não é estabelecida conforme peculiaridades de casos particulares e não é a vontade do juiz que impõe a coerção, o império da lei não é arbitrário. Ela deve ser aplicada a quem a faz e a quem a aplica, não podendo esses abrirem exceções arbitrárias. Contudo, em dadas ocasiões, normas especiais podem ser aplicadas a determinados indivíduos específicos, “quando se referem a certas propriedades que somente alguns possuem” (HAYEK, 1983, p. 170). Por exemplo, pode haver normas que protejam pessoas com deficiência ou mulheres lactantes que trabalham em lugares insalubres. Ainda assim, essas normas especiais não podem visar a uma justiça social.

4.2 UMA MIRAGEM: A JUSTIÇA SOCIAL

Em uma sociedade em que nem os legisladores nem os juízes podem criar normas específicas para beneficiar determinados indivíduos, a *justiça social* é, consequentemente, uma reivindicação por uma intervenção racionalista artificial para se possibilitar a distribuição de cotas de produtos aos diferentes indivíduos ou grupos. Ela intervém no resultado de um processo espontâneo, sendo, por isso, injusta. Essa qualificação da justiça atribui às autoridades o dever de ordenar às pessoas o que fazer. Mas essa *superstição quase religiosa* traz felicidade apenas aos que nela creem e por ela são beneficiados. Assim, “a crença reinante na ‘justiça social’ é provavelmente, em nossos dias, a mais grave ameaça à maioria dos valores de uma civilização livre” (HAYEK, 1985, v. II, p. 85).

Com efeito, a justiça social é *uma miragem* que levou os indivíduos a deixarem os valores que inspiraram, na história humana, o desenvolvimento da civilização. Representa a tentativa de satisfazer um anseio das tradições do pequeno grupo tribal. Quanto mais esse conceito governa a ação política, aproxima-se de um sistema totalitário. A ideia de justiça social é vazia e sem significado em uma sociedade livre. Só em uma coletividade dirigida, a noção de tal justiça ganha sentido, já que os agentes sociais passam a ser orientados por determinações específicas. Ora, se em uma sociedade, os serviços e produtos só têm valor para pessoas específicas, sendo a valoração muito diferente para as mais diversas pessoas, para haver uma justiça social é preciso que uma organização estipule uma hierarquia de fins (HAYEK, 1985, v. II).

De início, em uma sociedade tribal, o termo social tinha um significado claro à medida que havia uma estreita relação de solidariedade entre os membros para

ajudarem-se entre si. As próprias ações podiam ser ajustadas às necessidades sociais de seus poucos membros. Mas, no curso da diferenciação social ocasionado por uma ordem espontânea em que a sociedade deixou de ser provinciana e tornou-se a *Grande Sociedade*, as obrigações morais para com alguns não podem se tornar obrigações contra toda a sociedade. Nesse sentido, “a transição do pequeno grupo à Grande Sociedade ou Sociedade aberta (...) exige uma redução do âmbito das obrigações que temos com todos os outros” (HAYEK, 1985, v. II, p. 112).

O declínio de uma ordem liberal e o aumento da influência socialista e nacionalista é consequência de um reaparecimento de sentimentos tribais. Estes, por sua vez, buscam influenciar os poderes coercitivos do governo e, com base na lealdade pessoal da pequena sociedade, impor sobre a *Grande Sociedade* seus interesses e sentimentos. Logo, a justiça social é “uma expressão de revolta do espírito tribal contra as exigências abstratas de coerência da Grande Sociedade, que não tem propósito comum visível” (HAYEK, 1985, v. II, p. 170).

Em contrapartida, a justiça social busca tornar a sociedade responsável pela posição material de seus membros. Era preciso dirigir deliberadamente o curso social para fins específicos. O governo deve assumir novas responsabilidades. Na tentativa de *corrigir* diferenças sociais, o Estado passa a controlar o ambiente, ampliando cada vez mais o seu poder. Esse processo continua até que o governo controle todas as circunstâncias que podem influir no bem-estar de qualquer indivíduo. Tal cenário impossibilita a implementação e manutenção do Estado de Direito (HAYEK, 1985, v. II).

Dessa maneira, a noção de justiça social é injusta e antissocial, pois protegem-se interesses solidamente estabelecidos daqueles grupos de pressão que não podem justificar, concretamente, suas demandas. A ação dos grupos organizados submete os interesses da ordem global da sociedade aos objetivos setoriais de tais organizações. A tentativa de garantir direitos artificialmente a alguns indivíduos gera o dever correspondente a outros de implementá-los. Com o tempo, a sociedade é planificada em uma única organização, transformada em um regime totalitário. O pensamento organizacional passa a dominar as autoridades que buscam corrigir as injustiças sociais (HAYEK, 1985, v. II).

A justiça é destruída pela justiça social. A justiça social causa mais injustiça ao atribuir novos privilégios e frustração de esforços do que contribui para melhorar as condições dos pobres. Nesse caminho, “toda tentativa de modelar a Grande Sociedade à

imagem do pequeno grupo conhecido, ou de transformá-la numa comunidade dirigindo os indivíduos para propósitos visíveis comuns, produzirá fatalmente uma sociedade totalitária” (HAYEK, 1985, v. II, p. 174).

Em havendo o estabelecimento de uma renda mínima não se tem uma incoerência no pensamento das normas gerais. Isso é diferente de buscar uma justiça social. Essa última é problemática por suspender o mecanismo impessoal de mercado que orienta os esforços individuais, os submetendo a uma autoridade dirigista que artificialmente promova a distribuição dos bens sociais para indivíduos específicos. A sociedade livre, por sua vez, deve recusar o propósito visível comum, deixando de recorrer aos sentimentos morais que ainda são úteis ao pequeno grupo. Deve renunciar o método de criar solidariedade mais eficaz no pequeno grupo (HAYEK, 1985, v. II).

O bem público mais importante a ser protegido pelo governo não é a satisfação direta de necessidades particulares, mas sim garantir as condições em que os indivíduos possam satisfazer suas necessidades mutuamente. Deve o Estado proteger os meios à medida que não sabe quais são os fins particulares nem os pode garantir. Os indivíduos, em uma sociedade aberta, devem consentir somente quanto aos meios, mas não quanto aos fins, isto é, cada indivíduo deve ter a possibilidade de alcançar seus objetivos particulares que não podem ser determinados por um terceiro, a fim de se evitar a coerção. As normas de conduta de uma sociedade livre são “instrumentos polivalentes que se desenvolveram como adaptações a certos tipos de ambiente por auxiliarem a enfrentar certos tipos de situação” (HAYEK, 1985, v. II). Assim, o bem-estar geral é o estado de preservação de uma ordem abstrata como um meio auxiliar para que os indivíduos possam alcançar seus propósitos particulares.

Em uma ordem espontânea, os resultados particulares não podem ser justos ou injustos. Ocorre que em uma sociedade aberta só a ação humana, as ações combinadas de muitos indivíduos e as ações de uma organização podem ser valoradas como justa ou injusta. Assim, “somente os aspectos da ordem de ações humanas que podem ser determinados por normas de conduta justa suscitam problemas de justiça” (HAYEK, 1985, v. II, p. 37). Apenas as ações de indivíduos que afetam outros são justas ou injustas. A justiça, nesse contexto, não pressupõe que se saiba o que é ela é por si, mas apenas que se saiba o que consideramos injusto.

Quando o governo intervém para promover a *justiça social*, apenas proporciona uma *miragem* por meio de normas específicas que buscam um suposto futuro bem-estar. Como a justiça é um fenômeno social, adjetivá-la com a noção social é uma

redundância. Essa ideia é uma concepção moral que se quer impor à sociedade, sem relação com a justiça. A noção de uma justiça social é a que mais ameaça os valores de uma civilização que se pauta pela liberdade. Quando o Estado tenta intervir para promover uma justiça social, o arbítrio de alguns burocratas se impõe sobre a vontade dos indivíduos que, por sua vez, perdem sua própria liberdade. Os direitos sociais e os direitos coletivos e difusos apenas são privilégios direcionados a grupos específicos. Essa liberdade positiva promovida pelo Estado provém de um pensamento socialista que causa injustiça, já que viola a liberdade legítima, a saber, a negativa (NOGUEIRA, 2014).

A crescente influência da concepção racionalista tem substituído gradualmente a palavra moral por social. Defende-se que deve haver uma *consciência social*, isto é, as ações humanas devem ser orientadas por uma completa compreensão do funcionamento do processo social que deve produzir um resultado previsível – *o bem social*. Exige-se, com isso, que a ação individual seja norteadada pela inteligência individual de um burocrata do governo, e não por normas fruto de um processo histórico (HAYEK, 1983).

O princípio do *laissez-faire*¹⁹ não propicia um critério adequado para distinguir entre o que é e o que não é admissível em um sistema livre. A justiça torna-se corrompida ao se tornar fruto de uma avaliação arbitrária de um órgão político ou de um juiz que não mais julga comportamentos, mas sim resultados. Essa *justiça social*, que avalia os resultados, é injusta (HUERTA DE SOTO, 2010). O que importa é se a conduta humana é justa ou injusta, e não se os resultados específicos são justos ou não. Logo, a justiça é a compatibilidade do ato do indivíduo com o sistema de normas universais que regem a sociedade.

A estrutura legal oferece um amplo campo para o funcionamento de uma sociedade livre. Os aperfeiçoamentos institucionais devem ser lentos e graduais. O governo, em uma sociedade aberta, não pode alcançar objetivos específicos, pois não tem a competência de determinar a posição material dos indivíduos ou implementar a justiça distributiva ou social. O Estado de Direito impede que a *justiça distributiva* substitua a comutativa. A justiça social demanda o dirigismo estatal ou seu planejamento econômico, por meio do uso discriminatório e discricionário, na aplicação

¹⁹ “O *laissez-faire* nunca passou de um princípio geral. Na verdade, representou um protesto contra abusos do poder governamental, mas jamais ofereceu um critério que permitisse decidir que funções competem ao governo” (HAYEK, 1985, v. I, p. 69).

de normas específicas. O resultado é o abandono do império da lei e sua substituição por uma “economia dirigida por uma autoridade central” (HAYEK, 1983, p. 280).

Quando se abandona o Estado de Direito e se estabelecem arranjos artificiais como o liberalismo social e a social democracia, tem-se a criação de novos problemas. No primeiro, *kósmos-thesis* faz com que a economia de mercado seja dirigida por comandos dirigistas. Distorcem-se as informações e inibe-se a competição. Demandar-se-ia mais intervenção, convergindo para um intervencionismo econômico pleno (*taxis-thesis*). Por outro lado, em um quadro *taxis-nomos* – social democracia – conjugar-se-ia o liberalismo político com o controle econômico. Os comandos dos dirigistas substituiriam as normas impessoais do mercado por ordens dirigistas, seguindo o curso *taxis-thesis* ou o caminho da servidão. A união da democracia com o coletivismo é fatal à liberdade, pois o governo ao interferir mais, aumenta a burocracia e a centralização (NOGUEIRA, 2014).

A igualdade do Estado de Direito e a igualdade material são diferentes e conflitantes entre si. A igualdade perante a lei leva à desigualdade material. Nesse sentido, “querer nivelar as pessoas em suas condições individuais é algo que não pode ser aceito numa sociedade livre para justificar coerção adicional e discriminatória” (HAYEK, 1983, p. 94). Não pode haver em uma sociedade livre a aplicação de um modelo de distribuição preconcebido. Os desníveis econômicos não são um mal que justifiquem a coerção discriminatória ou de privilégios. Ainda assim, em determinados casos, quando há necessidade legítima de ação governamental, deve-se aplicar o método que mais reduza a desigualdade.

A formação de uma legislação social (*thesis-taxis*) orienta a atividade privada dos indivíduos para fins específicos e em prol de grupos específicos. Esses esforços em busca de uma miragem social transformam as normas de conduta justas (direito privado) em normas organizacionais (direito público) dependentes de propósito. Isso leva o governo a tratar o cidadão e sua propriedade como um meio a ser administrado para assegurar determinados resultados a determinados grupos. Nesse caminho, a busca por justiça social por parte do governo faz com que todas as ações particulares sejam “dirigidas segundo um plano detalhado aprovado por um processo de barganha no seio de uma maioria e em seguida imposto a todos como o ‘objetivo comum’ a ser alcançado” (HAYEK, 1985, v. I, p. 169).

Em resumo, o livre mercado é o veículo para descentralizar o conhecimento. A intervenção do Estado é negativa já que desarranja a rede de informações do sistema de

preços e reduz o escopo da experiência econômica, de forma que, por sua complexidade, a economia não pode ser dominada pela razão humana. Só com a liberdade econômica, as outras liberdades – civil e política – podem ser mantidas. Para manter o livre mercado, os indivíduos devem abandonar sua tendência inata para agir em conjunto na busca de objetivos comuns, visto que a civilização é uma sociedade abstrata que se baseia em normas aprendidas, e não na busca de finalidades comuns. O mercado implica um respeito por normas, mas não a construção de uma solidariedade espontânea. O homem primitivo era um ser *supersocializado*, mas, com a marcha da civilização, o indivíduo aprendeu a controlar seus instintos e tomar distância de sentimentos tribais, de comunidade e de comunalidade (MERQUIOR, 2014). O abandono desse quadro destrói o ideal democrático que precisa ser repensado e reconstituído sob uma nova nomenclatura.

4.3 DEMARQUIA: UM RESGATE DO IDEAL DEMOCRÁTICO

A expansão da atribuição de direitos aos indivíduos em busca da justiça social, ajudou na mutação da democracia como salvaguarda pessoal regida pelo império da lei para um método que pode decidir qualquer questão específica da maneira que a maioria determine. Contemporaneamente, a democracia se tornou uma forma de governo que não restringe o organismo governamental. Houve uma síntese entre o poder de estabelecer leis e o poder de emitir determinações específicas que passaram a ser concentrados nos parlamentos e no governo. O engano que levou a esse caminho foi o de acreditar que o procedimento democrático pode dispensar os limites ao governo e que o Legislativo pode substituir as limitações tradicionais e pode legislar em busca de interesses imediatos. Porém, com a formação de maiorias organizadas – grupos de pressão – para defender ações específicas em favor de grupos especiais, introduziram-se a parcialidade e a arbitrariedade, resultando em princípios morais incompatíveis com a maioria (HAYEK, 1985, v. III).

Ora, enquanto a ideia de Estado de Direito pressupõe um ordenamento jurídico definido pelos atributos das normas, as leis, seja qual for sua forma ou conteúdo, têm recebido dos parlamentos seus atributos definidores. Tudo o que o Legislativo decide é lei. Com isso, as instituições democráticas têm sido conduzidas a uma *democracia totalitária* ou a uma *ditadura plebiscitária*, já que uma maioria define a forma, o

conteúdo e os atributos das leis. O Parlamento, não mais limitado a estabelecer normas gerais, significa um governo arbitrário (HAYEK, 1985, v. III).

A transição que tem ocorrido na ideia de democracia parte de um sistema em que se decide como resolver certas questões para um sistema em que um certo grupo de agentes declara qualquer coisa de interesse comum, controlando todas as coisas e oprimindo o restante da população. A justiça é pervertida ao se tornar justo qualquer medida aprovada pela maioria. Um legislativo único e onipotente corrompe a democracia. Ou se tem um povo livre ou um Parlamento livre. O governo ilimitado terá de satisfazer os vários interesses para garantir o apoio da maioria, isto é, a lei deixa de ser norma geral e se torna norma específica discriminatória. E logo os detentores de poderes passam a favorecer grupos particulares de cujos votos precisam (HAYEK, 1985, v. III).

A democracia é um valor muito importante para sociedades abertas. Em primeiro lugar, é o único método de transição pacífica de poder descoberto até hoje. Além disso, representa uma garantia à liberdade individual. Ainda, as instituições democráticas possibilitam maior entendimento dos assuntos públicos pela população. Sobretudo, a democracia é “um processo de formação de opinião” (HAYEK, 1983, p. 118).

Só quando se recorre a princípios comuns que pode chegar a um acordo pelo debate e resolver conflitos pela razão e pela argumentação, ao invés da força bruta. O Estado de Direito só prevalece em uma democracia se fizer “parte da tradição moral da comunidade, de um ideal comum compartilhado e aceito inquestionavelmente pela maioria” (HAYEK, 1983, p. 249). Nesse cenário, se esse ideal está firmado na opinião pública, a legislação e a jurisprudência aproximar-se-ão dele cada vez mais. Contudo, se for percebido como um ideal indesejável, desaparecerá rapidamente, levando a sociedade à tirania arbitrária.

Nesse contexto, os democratas entendem que toda e qualquer condição gerada pela democracia é uma condição de liberdade. O governo da maioria é ilimitado e ilimitável. O abuso do termo democracia, como algo inerentemente bom, é temerário à medida que se sugere que toda a humanidade se enriquece se a democracia for ampliada. A imposição da vontade da maioria destrói a ordem espontânea por não permitir que as forças autoreguladoras em uma sociedade livre funcionem no sentido de frustrar as tentativas equivocadas e façam prevalecer as mais acertadas. As novas ideias

surgem em pequenos grupos e gradualmente se propagam até serem assimiladas pela maioria (HAYEK, 1983).

Pois bem, se dado grupo é usualmente favorecido porque dispõe da influência sobre muitos votos, sedimenta-se o mito de que tem direito a isso. Quanto mais favorecido esse grupo se torna, mais apoio busca do governo. Os grupos de pressão só concordam com a concessão de benefícios a outros grupos se em troca tiverem satisfeitos seus interesses especiais. Os partidos tornam-se grupos organizados cujas ações visam a usar seu poder para impor à sociedade dada estrutura, e não para criar condições pelas quais a sociedade possa desenvolver instituições aperfeiçoadas (HAYEK, 1985, v. III).

O uso partidário do governo conduz à decadência da democracia. Com seu aumento de poder, o governo passa a usar os recursos da sociedade para atender aos desejos de seus eleitores. Pela fórmula *justiça social*, distribuem-se gratificações à custa de outrem para comprar apoio da maioria. Tal sistema resulta em um governo movido por chantagens e corrupção legalizada, e leis que a maioria desaprova e cujos efeitos podem levar à derrocada da sociedade (HAYEK, 1985, v. III).

Para lidar com isso, é preciso limitar os poderes dos grupos organizados por meio da limitação dos poderes do governo. As normas gerais permitem evitar os conflitos entre os grupos de pressão e o uso do poder político de modo parcial. O governo é limitado pela coincidência de opiniões entre membros de determinada localidade segundo normas de conduta justa. Logo, o poder funda-se na adesão da opinião comum a determinados princípios e não vai além de tal adesão (HAYEK, 1985, v. III).

Com efeito, a democracia é um método ou procedimento para se alcançar determinadas decisões governamentais. Atua como proteção contra o despotismo e a tirania. Não se refere a algum bem ou meta governamental. É um ideal a ser defendido, já que é a única proteção contra a tirania e salvaguarda da liberdade. Torna-se corrompido quando ganha atribuições positivas. Como único método de mudança pacífica governamental é um valor supremo, mas não ilimitado. O indivíduo só deve ser obrigado a obedecer às determinações derivadas dos princípios gerais ratificados pela maioria (HAYEK, 1985, v. III).

Por isso, o que determina a justiça de uma decisão é a disposição de um organismo representativo se comprometer com a aplicação a todos de uma norma. A maioria só pode concordar quanto a princípios gerais, e se abster de interferir nos

detalhes do processo do mercado. Ela só deve ter a permissão para romper uma norma previamente disposta quando puder uma nova para substituí-la (HAYEK, 1985, v. III).

Em uma sociedade livre, a administração de recursos da sociedade reservados para uso do governo quanto a escolhas que se refiram aos fins específicos deve se aplicar a uma pequena quantidade. Para preservar os princípios da separação dos poderes e o Estado de Direito, é preciso que o governo esteja submetido ao controle do parlamento que apenas restringe os poderes do governo por meio de normas gerais, sem determinar as ações específicas do governo. O erro na democracia se dá por não separar os poderes entre as áreas legislativa e administrativa no nível mais alto, o da assembleia representativa (HAYEK, 1985, v. III).

É preciso inventar um novo nome para a democracia que expresse que a vontade da maioria só se torna imperativa às demais pessoas se se submeter a uma norma geral de convicção comprovada que é justo o que se decreta. Essa palavra é a *Demarquia*²⁰ que é a ideia original do ideal democrático, corrompido na democracia moderna. Tal proposta pode ser resumida como o controle do governo segundo princípios que a maioria dos cidadãos sustenta (HAYEK, 1985, v. III).

De fato, as eleições periódicas dos representantes os levam a buscar objetivos consensuais de partidos comprometidos com a defesa de interesses e programas de ação. Para limitar o governo, requer-se retirar das mãos dos partidos políticos tal poder e atribuí-lo a pessoas respeitadas no exercício das atividades comuns da vida, que seriam eleitas por sua experiência, sabedoria e justiça, e que pudessem dedicar seu tempo ao aperfeiçoamento institucional a longo prazo. Para tanto, deve-se dividir o poder entre duas diferentes assembleias democraticamente eleitas: a *Assembleia Legislativa* e a *Assembleia Governamental* (HAYEK, 1985, v. III).

A *primeira* deve representar a opinião do povo sobre as ações governamentais justas ou não. As normas de conduta justa devem ter a sanção dessa assembleia. Essa Assembleia deve definir o direito substantivo limitado aos atributos gerais das normas gerais e permanentes previstas na constituição. Nela haveria uma assembleia de homens e mulheres eleitos em idade madura – no mínimo, quarenta ou quarenta e cinco anos – e por períodos razoavelmente longos – quinze anos – que não tivessem de se preocupar com a reeleição. A décima quinta parte seria renovada anualmente. Após esse período

²⁰ “Quase todas as outras formas de governo são derivadas da palavra grega *archía*, ao invés de *kratía*. E foi apenas por um simples acidente histórico que, no caso da *demokratía*, se tenha chegado ao termo democracia. Assim, minha sugestão é no sentido de que se faça uma campanha em prol do governo livre, propondo-se uma nova solução, que eu chamo de *demarquia*” (HAYEK, 1981, p. 42).

teriam um emprego público permanente em cargos honoríficos, mas neutros para não se preocuparem nem com eleições nem com seu futuro pessoal. Ao sair dessa assembleia não poderia ir para a governamental. Os membros só perderiam o mandato por falta grave de conduta ou negligência no cumprimento de seu dever, por iniciativa do grupo de pares ou ex-pares. Estes últimos poderiam ter o poder de fiscalizar e até destituir representantes, como também atribuir aos membros aposentados das assembleias cargos desde o Tribunal Constitucional até a assessoria de um órgão judicial menor (HAYEK, 1985, v. III).

Já a *Assembleia Governamental* deve cuidar da vontade do povo sobre medidas específicas a serem conformadas às normas estabelecidas pela primeira, ou seja, deve ser limitada tanto pelas normas da constituição quanto pelas normas de conduta justa estabelecidas pela Assembleia Legislativa. Seu órgão executivo é o governo que deve se limitar a determinar quanto gastar. Ela pode ser composta por reeleições periódicas de todo o corpo em bases partidárias e sua atividade não pode ser dirigida pelo comitê executivo da maioria. Este último deve constituir o governo e atuar como um controle na oposição organizada para oferecer um governo alternativo. Essa assembleia estaria obrigada a respeitar, em todas as suas decisões, as normas de conduta justa estabelecidas pela Assembleia Legislativa, vedado emitir ordens aos cidadãos não decorrentes diretamente das normas fixadas por essa última assembleia (HAYEK, 1985, v. III).

Ainda haveria um *Tribunal Constitucional* independente integrados por juízes profissionais e por ex-membros da Assembleia Legislativa e talvez da Governamental. Esse Tribunal deveria ficar submetido a suas decisões anteriores e, qualquer revogação dessas decisões anteriores que fosse necessária, teria de ocorrer segundo um processo de emendas conforme estipulado na Constituição. Esse ente não poderia tomar medidas coercitivas – a cargo da Assembleia Legislativa –, exceto em períodos de emergência. A Constituição, por sua vez, deve estabelecer normas de organização e, excepcionalmente, normas gerais de conduta dispondo dos atributos gerais que as leis específicas devem possuir. O texto constitucional deve regular o processo de feitura de leis, evitar a confusão entre os poderes governamentais na aplicação de normas em que se funda a ordem espontânea da sociedade, e estabelecer o uso de recursos materiais confiados à administração governamental para a prestação de serviços aos indivíduos (HAYEK, 1985, v. III).

Essa montagem, na esteira da crença liberal, visa a persuadir a maioria a observar certos princípios. Aceita o governo democrático como método para a tomada de decisões, mas não como autoridade para estabelecer que decisão deve ser tomada. O liberal entende que deve haver limites explícitos para que os problemas possam ser resolvidos pela via democrática. A democracia “não é um valor último ou absoluto, e deve ser julgada pelo que realizar (...) não é um fim em si mesma” (HAYEK, 1983, p. 115).

A absolutização da democracia destrói a própria democracia. Ela deve impor apenas normas gerais que possam controlar o poder de coerção. O liberalismo inclui o método democrático, mas limita o poder da maioria. Nessa esteira, “para sobreviver, a democracia deve reconhecer que não é a fonte da justiça e que precisa aceitar uma concepção de justiça que não se manifesta necessariamente na opinião popular sobre questões específicas” (HAYEK, 1983, p. 128).

Portanto, o governo só deve se pautar pela opinião da maioria se ela for independente do governo. O governo democrático deve se restringir, em sua ação coercitiva, a tarefas que pode desempenhar democraticamente. As opiniões individuais devem poder se expressar em uma esfera livre do controle da maioria, de modo que a opinião minoritária possa tornar-se majoritária. O progresso se dá quando a minoria – alguns indivíduos – convence a maioria. Agentes que têm um conhecimento maior e melhores condições de convencimento de outros devem poder persuadir a maioria, aperfeiçoando a opinião pública (HAYEK, 1983).

Nesse capítulo, destacaram-se o papel do juiz, a noção de justiça, e a necessidade de um retorno ao ideal democrático. A ordem liberal, perpetrada pelos elementos do Estado de Direito, não pode criar normas artificialmente, não deve buscar uma miragem socialista de justiça e deve repensar a democracia dentro de limites de normas de conduta justa. No capítulo seguinte, refletir-se-á sobre três críticas possíveis ao Estado de Direito hayekiano: seu déficit de liberdade positiva, seu reducionismo formalista e sua submissão ao livre mercado.

5 CRÍTICAS AO ESTADO DE DIREITO DE F. A. HAYEK

As ideias de liberdade, ordem espontânea, normas de conduta justa, *demarquia*, como também a tradição da *common law* e a crítica à justiça social foram o núcleo central da concepção de Estado de Direito para F. A. Hayek. Após a Segunda Guerra Mundial, o autor austríaco nega que haja umnexo entre o Estado de Direito e o Estado social com seus direitos sociais. O primeiro é constitucional, o segundo, administrativo e legislativo. O Estado de Direito é o império da lei sem a intervenção artificial e autoritária da legislação e da administração. A lei é firme e estável, e não pode se prestar a ser um instrumento do governo para perseguir necessidades mutáveis dos sujeitos (COSTA, 2006). O presente capítulo busca refletir criticamente sobre a concepção de Estado de Direito para F. A. Hayek. As críticas se darão em três sentidos: a liberdade se dá apenas em seu sentido negativo, as normas jurídicas são tão somente procedimentais, e a sobreposição do livre mercado ao Estado de Direito.

5.1 O ESTADO DE DIREITO SEM LIBERDADE POSITIVA

Segundo Hayek, a liberdade é eminentemente negativa. A coerção deve ser restringida ao mínimo, de modo que cada um busque implementar seu próprio projeto. Essa liberdade identifica o espaço da liberdade com a esfera em que vigoram as regularidades naturalísticas que seriam indisponíveis e incontroláveis. Para se garantir a espontaneidade da ordem que resulta em mais liberdade, é preciso apenas eliminar os momentos deliberativos do poder político. Além disso, como a civilização evolui espontaneamente, ninguém pode prever seu desenvolvimento ou resultados, nem os controlar. O processo evolucionista leva à cooperação humana que mantém e perpetua o grupo por meio de riqueza e progresso que amplia a liberdade. Apartar-se desse processo é um erro com graves consequências (PIEVATOLO, 2006; NUEZ, 2013).

Porém, a perspectiva hayekiana pode ser criticada em pelo menos dois sentidos. Em primeiro lugar, há coerência em um sistema que busca preservar o princípio da ordem espontânea com a liberdade negativa? A aceitação de que uma ordem espontânea traz como resultado mais liberdade é uma crença incoerente à medida que a ordem espontânea também pode resultar em menos liberdade e mais intervenção governamental. Em segundo lugar, uma liberdade exclusivamente negativa sem liberdade positiva é de fato liberdade? Em países pré-liberais – que não passaram por

uma revolução industrial e tecnológica como os países desenvolvidos – a garantia apenas de uma liberdade formal pode desassistir uma grande quantidade de pessoas que dependem ou precisam da ação ativa do governo na promoção de direitos sociais que possibilitem liberdade de oportunidade.

Quanto ao primeiro problema, muitos estudiosos apontam que a teoria hayekiana de ordem espontânea torna-se normativa ao condicionar tal ordem e a liberdade no progresso da cultura em prol de uma ordem liberal, sem considerar que uma evolução espontânea pode resultar contrária a essa ordem (NUEZ, 2013). Nesse sentido, é possível perguntar qual é o critério para determinar que houve evolução social? Por que quando a seleção natural de formas de vida e suas regras de associação ocorrem na forma de competição entre ordens políticas as sociedades liberais sempre levam vantagem? E por que as instituições liberais sempre se descentralizam e inovam espontaneamente? Hayek parece oferecer um liberalismo sem um fundamento consistente que serve a uma ordem liberal ameaçada pelo coletivismo, mas que não responde aos anseios de sociedades pré-liberais (GRAY, 1980).

Apesar do autor austríaco adotar uma abordagem evolucionista da sociedade ao defender que o progresso e o mercado têm uma sabedoria inerente, nega que haja essa sabedoria nas instituições que reprova, como as que controlam a renda, o preço e a taxa progressiva. Não seriam tais instituições resultantes de muitas evoluções imprevistas? E se a evolução é uma tradição do *kósmos*, tudo, até o que embarça o mercado e solapa a liberdade, pode ser aceito como desejável. Ademais, se a evolução é seleção, por que tantas críticas a experimentos sociais se de qualquer forma serão abandonados? (MERQUIOR, 2014).

Nessa esteira, é possível apresentar um paradoxo. Por sua doutrina evolucionista, as normas específicas que buscam alcançar uma concepção de justiça social podem também ser consideradas como espontaneamente evoluídas. Se toda evolução espontânea gera liberdade negativa, deve-se tão somente deixar o livre curso da história seguir. Porém, se tal evolução pode levar a uma via sem saída que demanda uma ação intencional, logo estar-se-ia pressupondo um conhecimento que não se tem. Consequentemente, a coerção do Estado se faz necessária para adaptar a sociedade à liberdade negativa, isto é, é preciso uma ação racionalista em prol da ordem liberal. Por outro lado, a leitura de que a divisão da história do pensamento se dá entre *racionalistas críticos* e *racionalistas construtivistas* não é convincente. Para além da fragilidade de se usar um critério para os grandes pensadores em que se mancham semelhanças e

diferenças fundamentais, rotular toda ação racionalista como sendo destruidora da liberdade e necessariamente coercitiva é uma aceção simplista (NUEZ, 2013).

Sua profunda crença liberal em uma liberdade negativa pode ocasionar uma sociedade com regras gerais, universais e previsíveis, mas que se torna uma sociedade despótica à medida que “quanto mais o governo da lei é pensado como incontrolável e espontâneo, tanto mais se justifica o governo dos homens nos tribunais e sobretudo em outros lugares” (PIEVATOLO, 2006, p. 582). A generalidade da lei não elimina seu aspecto impositivo para dados grupos sociais, posto que a lei, por mais geral que seja, exprime por vezes interesses de grupos particulares (MERQUIOR, 1983).

Dessa maneira, em Hayek, a liberdade é um princípio moral de ação política, um valor último indiscutível. Para que um grupo prospere, deve haver um código ético que consiste em hábitos herdados de caráter moral assumidos intencionalmente e submetidos à seleção evolutiva. Logo, a própria liberdade é um valor fruto da evolução da civilização ocidental. É difícil demonstrar sobre fundamentos evolucionistas seu princípio fundamental de liberdade inalterável e válido universalmente. Sua ética não tem por fundamento o indivíduo autônomo, mas sim a ordem espontânea abstrata da qual o indivíduo deriva sua liberdade. Falta à liberdade em sua ética liberal um fundamento que lhe justifique. Sua crença na consolidação da liberdade é uma fé no progresso da humanidade rumo a uma ordem liberal (NUEZ, 2013). Hayek que se considera um *whig cético*²¹ parece um profundo crente no progresso em prol de uma ordem liberal.

Sobre o segundo problema da liberdade negativa, é preciso considerar que para Hayek a justiça social amplia o âmbito do uso legítimo da coerção, impede a livre realização da ação humana e restringe as possibilidades de prova e adaptação do conhecimento. A promoção de uma liberdade positiva é, nessa esteira, contrária à civilização e a uma ordem liberal. Porém, sua defesa de que a coerção é legítima para prevenir danos e estabelecer uma renda mínima a cargo do Estado para auxílio dos desamparados não se coadunam com seu sistema liberal. E não resta provada a hipótese de que o Estado de bem-estar social leva necessariamente ao totalitarismo (NUEZ, 2013).

²¹ “Eu faço parte daquele grupo ao qual os grandes filósofos escoceses do século XVIII e pessoas como Edmund Burke pertenceram, os antigos *Whigs*. Descobri, porém, que tais homens acharam uma expressão muito melhor para classificarem a si mesmos. Alguns deles, a começar por David Hume, consideravam-se *Whigs céticos*. Desta forma, eu agora classifico a mim mesmo como um *Whig cético*” (HAYEK, 1981, p. 16)

A característica conservadora de seu pensamento assentada na tradição e ceticismo²² quanto a mudanças, na linha de Edmund Burke e David Hume, leva Hayek a defender que a busca de uma justiça positiva destrói a ordem, a tradição e os costumes de uma sociedade. Com isso, não é possível alcançar o ideal de igualdade de oportunidades, já que é impossível equiparar completamente as condições de partida de todas as pessoas. Há de se reconhecer a verdade dessa assertiva. Porém, isso não pode levar necessariamente à aceção de que qualquer ação do Estado na ordem de mercado para equalizar situações profundamente díspares em uma competição por meio de oportunidades aos menos afortunados leva a uma democracia totalitária.

De uma perspectiva liberal social, é possível pressupor que a liberdade econômica é precária sem o aperfeiçoamento da igualdade. O liberalismo implica o aperfeiçoamento da igualdade. O funcionamento do mercado não tem a competência, por si só, de prover tudo que uma sociedade necessita. Como o mercado se rege por critérios de eficiência e rentabilidade, não de justiça e equidade, ele cria riqueza, mas não a distribui competentemente. Por isso, é preciso *corretivos* dos efeitos do mercado, sem que se danifique sua ordem. O livre mercado é insuficiente para certos fins do homem, notadamente, *reduzir suas desigualdades de ponto de partida* que existem entre indivíduos devido ao berço ou educação. E, como é uma base institucional, o mercado, por si, não garante eficiência econômica (MERQUIOR, 1982).

A ação estatal corretiva que visa a mitigar as desigualdades dos pontos de partida pode atuar em prol da *liberdade de oportunidades*. É a liberdade de perseguir aspirações, sejam grupais sejam individuais, conforme a vontade de viver como a cada um lhe apraz. Esse livre arbítrio se fundamenta no crescimento da divisão do trabalho e na afluência que tal crescimento assegura, crescentemente, em doses desiguais, ao conjunto social. Assim, a liberdade de aspirações se transforma em liberdade de oportunidade, em que o indivíduo orienta toda ou grande parte de sua vida. Portanto, a liberdade de oportunidades requer dois aspectos: *o desenvolvimento econômico e a institucionalização de direitos sociais*. Tal liberdade deve levar a mais igualdade, que significa supressão de privilégio, e não um igualitarismo em que a igualdade é um valor-fim (MERQUIOR, 1982). Liberdade, igualdade e eficiência formam o tripé de um

²² Ainda que ele mesmo não se considere um conservador, seu racionalismo cético à ação do Estado lhe aproxima da tradição conservadora. Isso não o torna um reacionário, mas sim um reformista cético quanto a transformações sociais bruscas (NUEZ, 2013).

liberalismo social. E isso não implica, nos termos hayekianos, uma busca por uma miragem social que pode levar a uma democracia totalitária.

Assim, é possível haver a manutenção dos princípios liberais, um ambiente para reformas do aparelho estatal e mais garantia de direitos sociais. O Estado pode promover as condições propícias à cidadania, compatibilizando direitos sociais e progresso econômico. Quanto maior crescimento econômico, mais benefícios sociais são possíveis. Porém, há barreiras econômicas e sociais que impedem a liberdade. Isso possibilita a ação do Estado para mitigar a falta de oportunidades, promovendo o exercício da liberdade em prol do bem comum (MERQUIOR, 1983; MERQUIOR, 2001).

Nesse sentido, diferente do que postula Hayek, a dialética entre mais liberdade e o desejo por mais igualdade pode fortalecer, mais do que enfraquecer, a liberdade. A ação estatal se fundamenta na noção de que há vários domínios em que as carências da sociedade e os problemas de formação do capital demandam a intervenção do Estado, inclusive para que o mercado possa se desenvolver e funcionar. As alternativas maniqueístas que idolatram ou desqualificam o Estado são simplistas. O que importa são as modalidades. Não é possível decidir antecipadamente, com base em uma variável única e genérica, uma sentença positiva ou negativa da ação do Estado. Retirar a ação do Estado em países em desenvolvimento é o caminho para injustiça e estagnação. O mal não é o Estado em si, mas sim certas formas de sua apropriação. É possível *refuncionalizar o Estado*, a saber, torná-lo promotor de desenvolvimento e protetor das camadas pobres da população (MERQUIOR, 1983; MERQUIOR, 2001).

Em suma, Hayek propõe o desmantelamento do liberalismo social, um retorno ao estado mínimo e à crença de que o progresso depende de uma soma não-planejada de iniciativas individuais. Quietismo do governo no plano da economia e legalismo no plano político-social. Contudo, o reino da legalidade não atende aos impulsos democratizantes das sociedades liberais modernas. Nesse contexto, o livre mercado, por si só, não garante automaticamente liberdade, pois não pode gerar requisitos e oportunidades suficientes para o exercício mais pleno da individualidade de vários grupos minoritários. Não se pode só confiar no mercado como garantidor de justiça. Ainda assim, não se pode suprimir o mercado (MERQUIOR, 1983). A liberdade exclusivamente negativa que não promove uma liberdade positiva reduz o Estado de Direito a uma norma procedimental.

5.2 O ESTADO DE DIREITO COMO UMA NORMA DE PROCEDIMENTO

No pensamento hayekiano, o Estado de Direito é aquela ordem em que as ações do governo são regidas por normas pré-estabelecidas, possibilitando a previsão pelo indivíduo do modo pelo qual a autoridade usará seus poderes coercitivos em determinadas circunstâncias, permitindo a cada um planejar suas próprias atividades com base nesse conhecimento. Sempre que o governo coloca na norma conteúdo específico deixa de ser um mecanismo utilitário para desenvolvimento da liberdade individual e torna-se uma instituição moral. A existência de normas aplicadas imparcialmente é mais importante do que seu conteúdo. O Estado de Direito deve se prestar a ser um regime de Direito formal (HAYEK, 2010).

Com efeito, a ordem espontânea aplicada ao Direito é proveniente da tese fundamental do individualismo metodológico de Hayek, pelo qual o Estado de Direito se compõe de princípios que não foram escolhidos racionalmente por ninguém, sendo, na realidade, o produto evolutivo não intencional das ações individuais. O Direito e a história não estão em conflito. É possível descobrir como esse processo evolutivo acontece à medida que conhecemos o comportamento dos indivíduos (PIEVATOLO, 2006).

Essa concepção do Estado de Direito como derivada da ordem espontânea o reduz a *um conceito meramente formalista de norma procedimental*. No caminho de uma ordem espontânea há muitas escolhas arbitrárias e discutíveis. A história do Direito não é feita por ações neutras que, necessariamente, leve ao estabelecimento de uma ordem liberal e a um Estado de Direito. Logo, as normas jurídicas são mais que formais. Elas dispõem de conteúdo substancial que pode servir ao interesse de uma dada ordem. Por isso, é possível construir por dedução diferentes narrativas históricas e diversos modelos de ordem segundo o ponto de vista de quem observa. Nesse sentido, “quem sente ter ‘a’ história do seu lado tem apenas a genealogia que reconstrói, assumindo como decisivo o próprio ponto de vista e o próprio interesse particular” (PIEVATOLO, 2006, p. 557).

Hayek ainda alega que nenhum critério de legitimação é capaz de delimitar o conteúdo das escolhas jurídicas. E que a legitimação se refere aos efeitos futuros e ao nexos da escolha com um antecedente. Em sendo assim, o Estado de Direito como norma procedimental pode ser preenchido por conteúdos normativos frutos de uma concepção liberal ou totalitária. Se não há critério para delimitar as escolhas jurídicas, salvo os

futuros resultados até então desconhecidos, o curso histórico pode levar ao preenchimento das normas por uma liberal sabedoria ou uma insuportável tirania (PIEVATOLO, 2006).

Nesse sentido, não se pode demonstrar um critério de demarcação para identificar que tipo de comportamento ou de decisão normativa será capaz de produzir uma ordem espontânea. Mesmo que se adotem características identitárias para marcar o Estado de Direito, a saber, a universalidade e que as regras não sejam destinadas a um escopo particular, ainda se tem algumas dificuldades. Ora, se uma norma ficar adstrita à obediência do atributo da universalidade, o legislador ou juiz poderá usá-la arbitrariamente por meio de uma generalização que favorecerá determinado grupo. Além disso, postular que uma norma formal não tenha fins particulares é impossível, já que o fim de uma regra nasce na relação entre um agente que decide e a regra. Assim, “os conceitos de evolução, ordem espontânea, *rule of law* são destituídos de um conteúdo definido, caso não intervenham as escolhas dos homens para preenchê-los” (PIEVATOLO, 2006, p. 578).

Nessa esteira, se o Estado de Direito estabelece apenas uma ideia formal para preservar a liberdade negativa, é possível que, quando da aplicação de normas despossuídas de conteúdo específicos, suas implicações se tornem arbitrárias. Se os homens são ignorantes e a ordem é suprapessoal e imperscrutável, “seu desenvolvimento tem como efeito colateral que os critérios de decisão e de interpretação jurídica sejam absolutamente incertos” (PIEVATOLO, 2006, p. 578). Dessa maneira, um Estado de Direito que se fundamenta em crenças e princípios, profundamente arraigados, que impedem o abuso de poder e preenchem de conteúdo as normas abstratas sempre no sentido que beneficie a ordem liberal é um postulado de fé e pode se tornar arbitrário.

A partir disso, o Estado de Direito de Hayek, que contrapõe o Direito como projeto deliberado ao Direito como ordem espontânea, exclui o *Rechtstaat* continental, o Estado Social e o Estado Democrático moderno, sobrando apenas uma forma autêntica de Estado de Direito, o *rule of law* anglo-saxão que se fundamenta na tradição e no direito jurisprudencial. Só este último é o governo da lei – do *nomos* e da tradição –, o restante é o governo dos homens – com suas escolhas racionalistas arbitrárias (PIEVATOLO, 2006). Ou seja, só o Estado de Direito que estabelece normas formais e que deriva seu conteúdo da tradição diante do caso concreto com base em resultados

futuros – a sobrevivência social e a manutenção da ordem liberal – pode garantir o império da lei imparcialmente e a liberdade negativa.

Nem o próprio Hayek, em várias partes de seu pensamento, se poupa de dar conteúdo racionalista e específico às normas do Estado de Direito. Afora sua proposta de renda mínima aos mais desfavorecidos, sua concepção de *Demarquia* é um projeto de reforma deliberada dos atuais sistemas democráticos que vai de encontro a sua ideia de evolução da ordem espontânea. Adicione-se a isso que considerar a democracia moderna apenas um método procedimental de troca de poder pacífica e buscar resgatá-la por meio de uma nova concepção – *demarquia* – é um exercício racionalista que intervém no curso da ordem espontânea (MERQUIOR, 1982).

Contrariamente, é possível afirmar que reduzir a democracia a um método de troca de governo às custas de seus atributos políticos é uma concepção minimalista. Sem um suporte de um determinado comportamento político, a democracia é uma abstrata ficção jurídica. A democracia como ação evoca uma sociedade consciente de sua cidadania e que pode exercer a liberdade civil. Não são apenas as normas que limitam o governo, mas também o exercício da cidadania que modera o poder do governo. E é com a promoção da liberdade de oportunidade que se garante a autenticidade democrática. Portanto, uma ordem de mercado é necessária à democracia, mas não suficiente (MERQUIOR, 1982).

Por fim, um Estado de Direito em que o juiz só descobre a norma, mas não a cria, nega o fato de que o magistrado é intérprete-criador de normas jurídicas não contidas no ordenamento legal e de regras específicas na efetivação do direito ao caso concreto. Ao se tentar restringir, de modo formalista²³, a atuação do juiz como um mero descobridor de normas gerais, Hayek propõe que o magistrado seja uma *boca da*

²³ Na era moderna, o modelo dogmático dominou o cenário jurídico do século XIX até a primeira metade do século XX, graças à influência das escolas exegética, histórica, de *Ihering* e de *Kelsen*. Já no século XIX, a noção de Direito “era estritamente positivista, normativista-legalista e juridicista” (VIGO, 2010, p. 37). O Direito era apenas a lei criada pelo Legislativo. Dos juristas se exigia uma atitude dogmática perante o Direito legislado. Por sofrer forte influência do cientificismo da época, o Direito deveria se orientar para estabelecer o caminho que alcançasse o objetivo da ciência jurídica, a dizer, reconstruir o pensamento intrínseco da lei. Nesse contexto, era papel do Legislativo criar e interpretar a lei. Esta última atividade deveria ser silogística-dedutiva, em que a premissa maior era a lei, a menor, o fato, e a conclusão, o conjunto de resultados dispostos nas normas. Por consequência, o juiz não poderia formular preferências ou restringir a interpretação, pois deveria apenas fazer a subsunção da norma ao caso concreto. Pressupunha-se que a razão do legislador e do cientista jurídico tinham níveis de perfeição, previsão e de clareza que as blindavam de insuspeitas de vacuidade e de incoerências, pois unidade, completude e incoerência eram premissas fundamentais (VIGO, 2010).

tradição e da jurisprudência. Esse modelo dedutivo e conservador é passível de várias críticas²⁴.

Parece que o autor austríaco pressupõe que o Direito, fruto da ordem espontânea consolidada na tradição e nos tribunais, deve levar os juízes a ter uma postura formalista ante as normas gerais consolidadas. Seria preciso reconstruir, dedutivamente, o pensamento intrínseco da jurisprudência, por meio de um descobrimento imparcial da *ratio decidendi* para subsumi-la ao caso concreto. Dessa maneira, garantir-se-ia a segurança e previsibilidade jurídica e se limitaria o poder criador de normas derivado do racionalismo dos Parlamentos.

Porém, a complexificação social nas últimas décadas fez com que o discurso judicial abandonasse uma perspectiva formalista²⁵ de interpretação da lei e do contrato e caminhasse rumo a uma hermenêutica ativa em que *se criam normas no ato de decidir*, justificando-se as soluções das lides concretas por meio da exposição de motivos da decisão. Pois bem, a tese de que a ideia de argumentações judiciais tem uma validade geral se enfraqueceu, sendo o papel do Direito acolher valores em tensão e, por meio de uma racionalidade própria, prestar-se a solucionar conflitos em um regime democrático. Ou seja, a decisão judicial deve valorar no ato de interpretar-aplicar a norma geral e abstrata ou a jurisprudência consolidada ao caso concreto, legitimando-se a cada momento ao garantir a efetivação de normas e precedentes por meio de uma fundamentação jurídica razoável perante os atores envolvidos (JUST, 2014).

O receio de Hayek é de que o racionalismo criador de normas diminua cada vez mais a liberdade ao se expandir. Porém, isso também pode acontecer no caso de

²⁴ É possível fazer algumas críticas ao modelo dedutivo: ter apenas critérios formais, mas não se ocupar das questões de conteúdo que qualificam os discursos e as decisões; não permitir a reconstrução da argumentação jurídica que deu base à decisão, já que as premissas também precisariam ser justificadas (ATIENZA, 2016). Esse modelo dedutivo que produz uma *mentalidade silogística* deriva de uma mentalidade iluminista, centrada, por vezes, na tecnicidade da dogmática que, em tese, asseguraria a previsibilidade e segurança jurídicas. Fundamenta-se na crença do intelecto humano que, por meio de decisões a partir de uma norma positiva, encontraria a decisão justa e correta a todos os casos concretos. Porém, nem todas as normas utilizadas são, de fato, explícitas, sendo muitas delas implícitas, pressupostas e indeterminadas. O juiz usa a norma como um ponto de partida (*topoi*) retórico para justificar sua decisão, sendo que o aspecto *entimemático* (implícito) discursivo constitui-se a decisão central a ser legitimada perante os atores sociais (ADEODATO, 2002).

²⁵ O modelo dogmático sofria de algumas limitações linguísticas. Tal modelo tinha por núcleo central o entendimento de que a linguagem tinha um único, claro e preciso significado, do qual emanava o domínio linguístico do legislador e dos juristas que resguardariam a linguagem jurídica de imperfeições sintáticas, pragmáticas e semânticas. Com isso, toda interpretação já era prefixada por meio de um caminho a ser rigorosamente seguido. Nesse modelo, a interpretação ficava diferenciada da criação jurídica e o juiz procurava ser fiel ao legislador, identificando seu pensamento para reconstruir sistematicamente o direito. Com a complexificação das relações sociais, o modelo dogmático entrou em crise ao não responder, com efetividade, as demandas e expectativas de justiça que tinha por objetivo satisfazer (VIGO, 2010).

juízes simplesmente descobrirem as normas gerais consolidadas na tradição. Sua interpretação pode levar a decisões arbitrárias que não podem ser reconstruídas racionalmente, mas simplesmente aceitas como fruto da ordem espontânea. Tribunais que devem meramente descobrir as leis do passado podem usar, de maneira conservadora, os precedentes como instrumentos de dominação com fundamento em argumentos de autoridade. Essa postura pode abrir espaço para a ditadura da toga que só tem de responder às decisões da jurisprudência passada, tornando-se, por isso, ainda pior que o racionalismo construtivista dos parlamentos.

Portanto, o liberal moderno deve recusar as falácias da *estadolatria* e *estadofobia*. O Estado não deve ser um guarda de trânsito que apenas observa e estabelece normas gerais da ordem, nem um general com comandos específicos à sociedade. O Estado de Direito não pode ser uma ordem dirigista, mas também não pode ser apenas um princípio procedimental (MERQUIOR, 1982). E, o Estado de Direito não pode ser reduzido à racionalidade de livre mercado pela qual todas as esferas sociais tem sua legitimidade medida pela manutenção ou não da *catalaxia*.

5.3 A SOBREPOSIÇÃO DO LIVRE MERCADO AO ESTADO DE DIREITO

Na ordem de mercado hayekiana, a elevação do padrão de vida se deve a um aumento do conhecimento que permite o consumo de maiores quantidades de bens, ao passo que se possibilita o uso de coisas diferentes e coisas que nem eram conhecidas anteriormente. O conhecimento torna-se disponível para o benefício de todos. Os mais pobres, inclusive, devem seu relativo bem-estar material aos resultados derivados das desigualdades do passado. As aspirações da massa populacional só podem ser satisfeitas por um rápido progresso material. O indivíduo é prisioneiro do progresso. O que os ricos desfrutam hoje se tornará, por meio do progresso, objeto alcançável pelos pobres no futuro. A maior parte dos benefícios do progresso desfrutados inicialmente pela minoria mais rica, torna-se, com o tempo, acessível a todos. Assim, “todas as nossas esperanças de redução da miséria e da pobreza atuais repousam nesta expectativa” (HAYEK, 1983, p. 51).

Nesse caminho, os laços que mantêm coesa a *Grande Sociedade* são econômicos. Eles estabelecem uma relação com o passado e o futuro da sociedade. O Estado de Direito é aquele “critério que nos permite distinguir entre as medidas compatíveis com um sistema de livre mercado e as que não o são” (HAYEK, 1983, p.

269). A sociedade livre depende, em última instância, de relações entre as partes regidas pelo empenho para melhor satisfazer suas necessidades materiais. Nessa esteira, o economista tem “o direito de insistir em que a possibilidade de favorecer o bom funcionamento dessa ordem seja aceita como padrão para o julgamento de todas as instituições específicas” (HAYEK, 1985, v. II, p. 137).

Contudo, essa não é uma tentativa de dar prioridade aos fins econômicos sobre todos os demais. Porque não existem fins econômicos, pois os esforços econômicos tão-somente alocam os meios para garantir que os propósitos finais – que não são econômicos – possam ser alcançados. O mercado é o único método que pode gerar a cooperação social sem se concordar com os fins últimos, de modo que as oportunidades tendem a ser maiores do que o seriam em caso contrário (HAYEK, 1985, v. II).

Pois bem, é possível perceber que no pensamento de Hayek o livre mercado se torna o método determinante para avaliar e parametrizar o Direito, o Estado, a justiça e os acertos históricos. O autor austríaco está fundamentado na longa tradição liberal que busca reduzir todas as comunidades a meras associações voluntárias. O mercado torna-se o modelo para todos os tipos de comunidade. Consequentemente, é possível haver um desarranjo das esferas sociais. Suas formulações fundamentais derivam de suas investigações no âmbito econômico. Porém, ao levá-las para a política e para a sociologia ultrapassam-se conceitos puramente econômicos. A sobreposição do livre mercado ao Estado de Direito se dá na elevação do mecanismo de livre mercado como determinante das normas de Direito.

Em primeiro lugar, a esfera de livre mercado determina quais conteúdos devem prevalecer como resultado da ordem espontânea. Esses conteúdos estão determinados a ser os que mais favorecem a ordem liberal. Por isso, a justiça social, que pode atrapalhar a imparcialidade do mercado, é injusta por preencher normas gerais com conteúdo que favorecem determinadas pessoas, mesmo que seja para promover mais oportunidades a quem não as têm. Ademais, o Estado é limitado por meio de leis gerais que visam a, sobretudo, manter o livre mercado, devendo-se concentrar especialmente nas normas de direito privado e penal.

E ainda o governo se reduz a garantir a liberdade econômica ao impor a si próprio os limites que não prejudiquem o direito privado. O direito público – que forma uma legislação racionalmente criada – deve existir tão somente como medida de organização da ordem e atuação no reino da coerção. Assim, o Estado deve intervir, não na economia, mas sobre o ambiente que proporcione o livre desenvolvimento da

liberdade econômica. Desregulamentar é regulamentar segundo o mecanismo de livre mercado.

Nessa formulação, o liberalismo se torna *liberismo*²⁶. Isto é, o liberalismo é reduzido a uma economia livre. Só há liberdades política e civil se houver liberdade econômica. Logo, a intervenção do Estado na economia deve ser negativa para não gerar distorções no livre mercado. A proposta hayekiana pode ser entendida como um retorno ao *paleoliberalismo*, isto é, uma volta ao *laissez-faire* do liberalismo clássico à medida que crê que o progresso resulta automaticamente de uma soma não-planejada de atividades individuais. Falta-lhe consciência social e ele não é capaz de atender aos impulsos democratizantes das sociedades de modelo liberal (MERQUIOR, 2014). Por isso, o liberismo de Hayek pode ser definido como a proposta de dismantelamento do social liberalismo, um retorno ao Estado mínimo e à crença de que o progresso depende de ações não-planejadas dos indivíduos (MERQUIOR, 1983).

Dessa maneira, é possível considerar que o Estado de Direito que só visa a manter o reino da legalidade dificilmente atende à vontade democratizante das sociedades liberais e não satisfaz as necessidades sociais de países pré-liberais em que direitos civis e políticos não são assegurados. Tal ordem legal não garante automaticamente liberdade, pois não pode gerar requisitos e oportunidades suficientes para o exercício mais pleno da individualidade de vários grupos minoritários (MERQUIOR, 1983).

Aliás, é preciso considerar que o liberalismo, historicamente, não se constitui como um abandono confiante de uma ordem espontânea, como sugere Hayek. Pelo contrário, o pensamento liberal sempre busca construir um governo melhor, conforme os interesses do livre mercado. É nesse sentido que a *estadofobia* de Hayek se cinge ao plano econômico, mas reconhece que o Estado tem valor como ordenamento jurídico (MERQUIOR, 1983, p. 140). Consequentemente, quando o Estado de Direito escolhe as normas frutos da ordem espontânea já está condicionado a selecionar apenas aquelas que favorecem o livre mercado.

Com efeito, para Hayek, a natureza humana é estável e a ela deve se adaptar a uma Constituição que lhe corresponda. Os indivíduos se dedicam a relações de mercado e deixam a Constituição em paz. Por sua vez, o Estado de Direito deve também garantir

²⁶ O filósofo italiano Benedetto Croce (1866-1952) foi o autor que introduziu uma cunha conceitual entre *liberalismo* e *liberismo*. Para ele, “enquanto o liberalismo é um princípio ético, o liberismo não passa de um preceito econômico que, tomado equivocadamente por uma ética liberal, degrada o liberalismo a um baixo hedonismo utilitário” (MERQUIOR, 2014, p. 174).

uma ausência de conflito ao livre mercado. Implícito está um juízo sobre a preponderância da economia livre à atividade política, isto é, deve haver um engessamento político em favor do dinamismo econômico (SANTOS, 1991).

Isso se dá porque em sua dimensão antropológica, o indivíduo é um homem-empresa que é impedido pelo Estado quando este suprime ou intervém na livre competição. Não há uma terceira via, ou se tem um livre mercado com soberania do consumidor ou um intervencionismo estatal que leva a uma ditadura de Estado. É certo que o poder deve fazer as leis conforme a regra formal da estabilidade e da igualdade. Porém, Hayek exige que as leis se alinhem em seu aspecto substancial ou material às normas do direito privado. Por consequência, o Estado de Direito só pode intervir na esfera privada seja para organizar a ordem das relações sociais seja para punir uma infração contra uma regra promulgada que estabiliza a ordem de mercado.

Em suma, a intervenção do Estado de Direito deve ser no ambiente para proporcionar a liberdade de mercado. Ademais, a essência do livre mercado reside na concorrência, devendo esta ser o determinante fundamental das práticas econômicas, enquanto o Estado de Direito estabelece o quadro normativo e a supervisão geral que garanta a competitividade. Ainda, o governo é um dos agentes que deve se submeter à norma de concorrência, configurando-se de acordo com as normas do mercado.

Portanto, a crítica ao Estado de Direito de F. A. Hayek pode se dá em três sentidos. Pelo primeiro, diferentemente do Estado formalista que preserva uma liberdade eminentemente negativa, o Estado de Direito pode ser democrático e conciliar a liberdade econômica, a representatividade popular e a atribuição de direitos sociais. Em segundo lugar, o Estado de Direito não pode ser reduzido a uma norma procedimental que apenas mantém a organização social e pune as infrações às normas gerais derivadas de um processo de ordem espontânea que se limita a estabelecer a forma pela qual legisladores e juízes descobrem a norma de conduta justa.

Tanto a democracia quanto o conteúdo das leis de um Estado de Direito não podem excluir a racionalidade dos agentes estatais, como também não podem reduzir sua substância ao cumprimento de mera formalidade. Por último, a sobreposição do livre mercado ao Estado de Direito ocasiona a limitação da ação governamental à mera manutenção da ordem, enquanto que o mecanismo de livre mercado passa a determinar as relações entre as demais esferas sociais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a Segunda Guerra Mundial, é possível dizer que houve nos Estados ocidentais uma *crise do Estado de Direito*. Essa crise se refere ao funcionamento das estruturas garantistas na efetivação de direitos fundamentais. Uma das principais razões desse cenário se dá devido ao aumento da complexificação social nas sociedades industriais. Essa maior complexidade acarretou uma crise na capacidade reguladora dos ordenamentos jurídicos e a diminuição da efetividade da proteção dos direitos subjetivos. Pela primeira, as normas jurídicas têm perdido efetividade normativa, posto que, com uma maior diferenciação das estruturas sociais, o ordenamento jurídico persegue essa evolução com uma crescente produção de normas, de conteúdo mais específico e particular. Essa inflação do Direito traz instabilidade normativa e impotência reguladora. Consequentemente, a hipertrofia normativa ocasionada por esse cenário aumenta o poder dos intérpretes e juízes que passam a reescrever seletivamente os textos legislativos (ZOLO, 2006).

De uma perspectiva hayekiana, esse despotismo *legicêntrico* que causa o autoritarismo da toga é fruto de uma ordem não liberal do Estado de Direito que se concentra, não em normas gerais e abstratas, mas na formação de uma legislação racionalmente construída e específica. O autor austríaco propõe a substituição da lei parlamentar por um direito consuetudinário, que tem princípios gerais à disposição do poder dos juízes que, por sua vez, são limitados pela tradição e pelos precedentes jurisprudenciais. Os magistrados podem garantir tanto a certeza do Direito como a defesa dos direitos subjetivos.

Por outro lado, a complexificação social tem diminuído a efetividade da proteção dos direitos subjetivos. A garantia de direitos – civis, políticos e sociais – tornou-se seletiva, juridicamente imperfeita e politicamente reversível. Apesar do avanço dos direitos negativos – civis e políticos –, os direitos sociais, nesse contexto, perderam seu atributo de universalidade e se tornaram um simples serviço assistencial, confiado à discricionariedade do poder político. Em contrapartida, a crítica de Hayek vai no sentido de que a busca da justiça social destrói a ordem espontânea, a democracia e as normas gerais em prol de uma miragem social com normas específicas para favorecer determinados grupos em detrimento de outros. Consequentemente, o governo se torna mais coercitivo, a liberdade dos indivíduos diminui e o governo se torna mais forte e interventor (ZOLO, 2006).

Pois bem, o presente trabalho se dedicou a discutir a concepção jurídico-filosófica do Estado de Direito para F. A. Hayek. Aparentemente, a crise de tal ordem jurídica continua. Hoje em dia, rotula-se o *neoconstitucionalismo* como ativismo judicial à medida que os juízes criam normas, os parlamentos sofrem de crise de legitimidade por inflacionarem o Direito, e o Poder Executivo tem ampliado ainda mais seu aparato burocrático sufocando o direito privado, ao passo que formula políticas públicas que geram déficit orçamentários em busca da justiça social. Talvez por tudo isso, o pensamento de Hayek em sua acepção política, jurídica e econômica continua a ser atual. Para cada um desses problemas que promovem uma crise do Estado de Direito, o autor austríaco tinha uma proposta.

O Poder Executivo e o Poder Legislativo poderiam ser repensados em um regime de *demarquia* com duas Assembleias – Governamental e Legislativa – para resgatar o ideal de democracia como método procedimental de troca de poder pacífico. Isso possibilitaria a limitação do governo e diminuição de seu poder coercitivo, liberando o direito privado das normas organizacionais e do aparato burocrático do poder público. Com isso, seria possível diminuir a amplitude da produção de normas específicas que buscam uma suposta justiça social inalcançável. O Direito seria, por fim, consolidado nos tribunais por meio de normas gerais provenientes da ordem espontânea e descobertas pelos juízes que, em respeito à jurisprudência e aos precedentes, tomariam decisões respaldadas na tradição e no quadro moral da sociedade.

Porém, como apontado no último capítulo, o Estado de Direito em Hayek apresenta algumas dificuldades. Em primeiro lugar, a liberdade estritamente negativa e formal nem sempre possibilita mais liberdade. Em países pré-liberais, mesmo que disponham de um aparato político-jurídico de normas gerais, a falta de oportunidades e a inação do Estado em promovê-las diminui a possibilidade do exercício da cidadania, da democracia e da competição no mercado. Ademais, se o Estado de Direito for apenas uma norma procedimental para garantia de um ordenamento jurídico formal que depende da ordem espontânea para a consolidação de conteúdo nas normas, pode-se criar um regime arbitrário que seleciona conteúdos normativos que favorecem um determinado grupo resultando em uma ordem liberal para alguns, e totalitária para outros. Por fim, ao se expandir o mecanismo de livre mercado para as demais relações sociais, incorre-se no risco de sobrepor o livre mercado ao Estado de Direito, tornando esse um mero instrumento metalegal para favorecer a economia.

O pensamento de Hayek continuará sendo objeto de amplo debate. Sua influência no Direito tem sido imensa. Seu diagnóstico da crise jurídico-política do Estado de Direito ainda parece ser atual devido à hipertrofia normativa e a crise do modelo garantista dos Estados sociais. Seu prognóstico, porém, é questionável e irrealista para sociedades pré-liberais, com profundas desigualdades sociais e uma ampla gama da população que precisa de assistência das instituições públicas.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, J. M. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

BUTLER, Eamonn. **A contribuição de Hayek às ideias políticas e econômicas de nosso tempo**. – Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1987.

COSTA, Pietro. **O Estado de Direito**: uma introdução histórica. In.: Orgs.: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. – São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95-198.

DE HAAR, Edwin van. **Classical Liberalism and International Relations Theory**. United Kingdom: Palgrave Macmillan, 2009.

DE SOTO, Huerta Jesus. **A Escola Austríaca**: mercado e criatividade empresarial. – São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

GRAY, John N. F. A. **Hayek on Liberty and Tradition**. Oxford University: The Journal of Libertarian Studies, vol. IV, n° 2, 1980.

HAYEK, F. A. **Hayek na UnB**: conferências, comentários e debates de um simpósio internacional realizado de 11 a 12 de maio de 1981. – Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981.

_____. **Os fundamentos da liberdade**. – São Paulo, Visão, 1983.

_____. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. V. I: Normas e Ordem. São Paulo: Visão, 1985.

_____. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. V. II: A miragem da justiça social. São Paulo: Visão, 1985.

_____. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. V. III: A ordem política de um povo livre. São Paulo: Visão, 1985.

_____. **O caminho da servidão**. – São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

_____. **Os erros fatais do socialismo**. – 1. ed. – Barueri: Faro Editorial, 2017.

JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MERQUIOR, José Guilherme. **A natureza do processo**. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

_____. **O Argumento Liberal**. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

_____. **O Brasil no limiar do século 21**. Folha de São Paulo. 2001. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1507200107.htm>. Acesso em 13 de junho de 2019.

_____. **O liberalismo – antigo e moderno**. – 3. ed. – São Paulo: É Realizações, 2014.

NOGUEIRA, Jorge Henrique de Saules. **O Direito como Salvaguarda da Liberdade**: elementos da Teoria do Direito de F. A. Hayek. MISES: Revista Interdisciplinar de Filosofia, Direito e Economia. Volume II, Número 2 (Edição 4), 2014.

MISES, Ludwig von. **Ação Humana**. – São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

_____. **Liberalismo**. – São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010b.

_____. **Cálculo econômico em uma comunidade socialista**. – 2ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: LVM, 2017a.

_____. **O contexto histórico da escola austríaca de economia**. – São Paulo: LVM, 2017b.

_____. **As seis lições**. – 9ª ed. rev. – São Paulo: LVM, 2018a.

_____. **Burocracia**. – Campinas, SP: Vide Editorial, 2018b.

NUEZ, Paloma de la. **La política de la libertad**: estudio del pensamiento político de F. A. Hayek. Unión Editorial, Madrid, 2013.

PIEVATOLO, Maria Chiara. **Rule of law e ordem espontânea**. A crítica do Estado de Direito eurocontinental em Bruno Leoni e Friedrich von Hayek. In.: Orgs.: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. – São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 555-582.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. – 2 ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ZOLO, Danilo. **Teoria e crítica do Estado de Direito**. In.: Orgs.: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. – São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 3-94.