

# F. A. Hayek contra Hans Kelsen: norma jurídica, estado e liberdade

Anderson Paz<sup>1</sup>  0000-0001-7799-3707

Universidade Federal da Paraíba - João Pessoa - Paraíba - Brasil

**Resumo:** O presente artigo objetiva apresentar as críticas de F. A. Hayek ao positivismo jurídico de Hans Kelsen. As críticas hayekianas se dão sobre a relação estabelecida por Kelsen entre direito e Estado e direito e justiça. Para isso, apresentam-se as concepções de norma jurídica e Estado de Direito para Kelsen e, em seguida, expõem-se as críticas hayekianas sobre a teoria pura kelseniana. A metodologia adotada é exploratória por meio de revisão bibliográfica e a abordagem da pesquisa é qualitativa. Conclui-se que, na leitura de Hayek, o juízo formalista de validade da norma e a identificação do Estado com o direito, conforme proposto pelo modelo positivista kelseniano, formam uma concepção teórica capaz de ameaçar à liberdade individual à medida que o poder do Estado se torna ilimitado na produção de normas jurídicas.

**Palavras-chave:** F. A. Hayek, Hans Kelsen, Direito, Estado, Liberdade.

<sup>1</sup>Mestre em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade Federal da Paraíba. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Advogado (Seccional OAB). Email: [andersonbarbosapaz@gmail.com](mailto:andersonbarbosapaz@gmail.com).

## F.A. Hayek against hans kelsen: legal norm, state and freedom

---

**Abstract:** This article aims to present F. A. Hayek's criticisms of Hans Kelsen's legal positivism. Hayekian criticisms refer to the relationship established by Kelsen between law and state and law and justice. For this, Kelsen's conceptions of legal norm and Rule of Law are presented and Hayekian criticisms of Kelsenian pure theory are exposed. The adopted methodology is exploratory through literature review and the research approach is qualitative. It is concluded that, in Hayek's reading, the formalist judgment of the validity of the norm and the identification of the State with the law, as proposed by the positivist Kelsenian model, form a theoretical conception capable of threatening individual freedom because the power of the State becomes unlimited in the production of legal norms.

**Keywords:** F.A. Hayek, Hans Kelsen, Law, State, Freedom.

---

## F.A. Hayek contra hans kelsen: norma legal, estado y libertad

---

**Resumen:** Este artículo tiene como objetivo presentar las críticas de F. A. Hayek al positivismo jurídico de Hans Kelsen. Las críticas hayekianas se refieren a la relación establecida por Kelsen entre ley y estado y ley y justicia. Para ello, se presentan las concepciones de Kelsen sobre norma jurídica y Estado de derecho, y luego se exponen las críticas hayekianas a la teoría pura kelseniana. La metodología adoptada es exploratoria a través de la revisión de la literatura y el enfoque de investigación es cualitativo. Se concluye que, en la lectura de Hayek, el juicio formalista de la vigencia de la norma y la identificación del Estado con el derecho, tal como lo propone el modelo positivista kelseniano, configuran una concepción teórica capaz de amenazar la libertad individual porque el poder del Estado se vuelve ilimitado en la producción de normas legales.

**Palabras clave:** F.A. Hayek, Hans Kelsen, Derecho, Estado, Libertad.

---

### Introdução

No Brasil, F. A. Hayek é comumente conhecido como um economista da Escola Austríaca. Suas discussões sobre filosofia do Direito ainda são pouco conhecidas por parte significativa dos acadêmicos brasileiros. Uma das doutrinas jusfilosóficas mais discutidas por Hayek foi o positivismo jurídico de Hans Kelsen. O autor austríaco ponderou que a filosofia jurídica kelseniana foi uma das principais responsáveis pelo declínio da doutrina do Estado de Direito. Na leitura hayekiana, a imediata identificação de normas jurídicas aprovadas pelo Parlamento com o direito válido atribuiu ao ente Legislativo um poder ilimitado, desvirtuando a doutrina do Estado de Direito enquanto limitadora das decisões da burocracia estatal.

Entre as décadas de 1960 e 1970, Hayek propôs a discussão sobre o Estado de Direito. Em 1960, o autor austríaco publicou a obra *The Constitution of Liberty*, "Os Fundamentos da Liberdade", em que discutiu sobre liberdade, império da lei e Estado previdenciário. Na década de 1970, Hayek (1985a, 1985b, 1985c) publicou sua trilogia *Law, Legislation and Liberty*,

“Direito, Legislação e Liberdade”, em três partes, quais eram: volume I: *Rules and Order*, em 1973; volume II: *The Mirage of Social Justice*, em 1976; e volume III: *The Political Order of a Free People*, em 1979, em que apresentou sua concepção definitiva de Estado de Direito.

No primeiro texto, “Os Fundamentos da Liberdade”, Hayek expôs algumas críticas ao positivismo jurídico kelseniano, identificando-o como uma doutrina que levou ao declínio do Estado de Direito. Porém, a discussão proposta sobre Kelsen nessa obra é pouco abrangente, limitando-se a um tópico, “Positivismo Legal”, no capítulo XVI, “O Declínio do Direito”. No segundo volume da obra “Direito, Legislação e Liberdade”, notadamente, no capítulo oito, “A Busca da Justiça”, Hayek fez uma discussão mais detalhada sobre “a ideologia do positivismo jurídico”.

O presente artigo objetiva apresentar as críticas de F. A. Hayek ao positivismo jurídico de Hans Kelsen. As críticas hayekianas se dão sobre a relação estabelecida por Kelsen entre direito e Estado e direito e justiça. A metodologia adotada é exploratória, por meio de revisão bibliográfica. Portanto, o texto propõe uma abordagem qualitativa para alcançar o objetivo proposto. No primeiro tópico, apresentam-se as concepções de norma jurídica e Estado de Direito para Kelsen expostas na “Teoria Pura do Direito”. Em seguida, expõem-se as críticas hayekianas, dispostas nas obras “Os Fundamentos de Liberdade” e “Direito, Legislação e Liberdade”, sobre a teoria pura kelseniana.

Conclui-se que, na leitura de Hayek, o juízo formalista de validade da norma e a identificação do Estado com o direito, conforme proposto pelo modelo positivista kelseniano, formam uma concepção teórica capaz de ameaçar à liberdade individual à medida que o poder do Estado se torna ilimitado na produção de normas jurídicas. A construção racionalista de normas pelo Estado leva à servidão da vontade individual já que os legisladores podem estabelecer quaisquer conteúdos sem serem limitados por uma concepção de justiça negativa.

## **Norma Jurídica e Estado de Direito em Hans Kelsen**

No início de sua obra, Kelsen explica que “a Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo” (KELSEN, 2009, p. 1). Essa teoria busca explicar o direito como ciência jurídica, libertando-a de todos os elementos estranhos ao objeto do direito. Seu “princípio metodológico fundamental” é “garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito” (KELSEN, 2009, p. 1).

O autor positivista entende que um fato ou ato da vida social se torna jurídico quando uma norma lhe empresta significação jurídica, de modo que o ato ou fato possa ser interpretado conforme esta norma. Nesse sentido, “o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa” (KELSEN, 2009, p. 4). Dessa forma, quando um ato ou fato é interpretado por meio de uma norma jurídica, ele ganha significação jurídica.

A norma positiva que dá significado jurídico ao ato ou fato comum, explica Kelsen, deve ser produzida por um ato jurídico que, por sua vez, recebe sua significação jurídica de outra

norma da qual deriva sua validade. A norma significa algo que *deve ser* no mundo dos fatos, dando aos indivíduos permissão, competência e poder de agir de certo modo. Para ter significação jurídica, o fato ou ato (ser) deve coincidir com o conteúdo de uma norma válida (dever-ser). Apenas o dever-ser objetivo previsto em norma válida vincula os destinatários da norma.

Para distinguir, segundo o autor positivista, uma norma válida objetivamente é preciso pressupor uma “norma fundamental (*Grundnorm*)” que é “uma norma de dever-ser que deflui a validade – sem sentido objetivo – da norma” (KELSEN, 2009, p. 9). Essa norma fundamental, que é apenas pressuposta e não tem conteúdo próprio, dá validade ao ordenamento jurídico e à criação de normas objetivamente válidas. A norma fundamental é pressuposta e hipotética na constituição de um ordenamento jurídico, já que nela “reside o último fundamento de validade da ordem jurídica” (KELSEN, 2009, p. 51). Assim, a norma fundamental valida o ordenamento legal cujo conteúdo é atribuído pelos legisladores do ente estatal.

A partir disso, Kelsen propõe seu esquema piramidal ou “estrutura escalonada da ordem jurídica”. O pressuposto dessa construção teórica é que a norma inferior deve se conformar à norma superior. No topo da pirâmide normativa, o autor positivista coloca a Constituição que regula a produção de normas jurídicas gerais e pode determinar o conteúdo de futuras leis. Em seguida, têm-se normas gerais criadas pela legislação ou costume. Têm-se, ainda, leis e decretos e outras modalidades de normas validadas na estrutura piramidal.

Para Kelsen, a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas que atribui unidade à pluralidade de normas de forma coerente. Uma norma deve ser produzida conforme norma superior que, por sua vez, foi determinada por outra norma superior, e assim sucessivamente. Ultrapassado o sistema de normas, chega-se à norma fundamental que é pressuposta. E essa norma serve de “fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora” (KELSEN, 2009, p. 247).

A norma vigente é aquela válida conforme à determinação objetiva do ordenamento jurídico posto pela autoridade legisladora. Nesse cenário, o direito “é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regula o comportamento humano” (KELSEN, 2009, p. 5). Dizer que o direito é uma ordem normativa, de acordo com Kelsen, significa que é:

Um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é (...) uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem. (KELSEN, 2009, p. 33)

Kelsen entende que o conteúdo de normas válidas é ilimitado, já que o legislador pode atribuir-lhe qualquer conteúdo material. Nesse sentido, o autor diz que “o domínio material de validade de uma ordem jurídica global, porém, é sempre ilimitado, na medida em que uma tal ordem jurídica, por sua própria essência, pode regular sob qualquer aspecto a conduta dos indivíduos que lhe estão subordinados” (KELSEN, 2009, p. 16). Dessa forma, um ordenamento jurídico pode estabelecer qualquer conteúdo por meio de normas válidas, a

fim de regular a conduta dos indivíduos. A norma válida é, portanto, o parâmetro de valor para considerar uma conduta humana positiva (quando corresponde à norma) ou negativa (quando contraria a norma).

Assim, a norma válida, em Kelsen, é o parâmetro objetivo de valor da conduta individual. Em suas palavras,

Se o valor é constituído por uma norma objetivamente válida, o juízo que afirma que um *quid* real, uma conduta humana efetiva, é “boa”, isto é, valiosa, ou “má”, isto é, desvaliosa, exprime e traduz que ela é conforme a uma norma objetivamente válida, ou seja, que deve ser (tal como é), ou que contradiz uma norma objetivamente válida, quer dizer, não deve ser (tal como é). (KELSEN, 2009, p. 20)

Ademais, segundo o autor positivista, a norma válida pode estabelecer ordens coativas, isto é, previsão de aplicação de coerção sobre a conduta humana em dadas situações. Desse modo, “o Direito é uma ordem coativa (...) no sentido de que estatui atos de coação, designadamente a privação coercitiva da vida, da liberdade, de bens econômicos e outros, como consequências dos pressupostos por ele estabelecidos” (KELSEN, 2009, p. 38). Em um Estado de Direito, o monopólio da coerção pertence à comunidade jurídica que, por meio das normas postas objetivamente, estabelece os limites da liberdade individual. Assim, o Direito “não constitui uma ordem isenta de coação”, mas sim “uma ordem de coerção” (...) “uma ordem de segurança, quer dizer, uma ordem de paz” (KELSEN, 2009, p. 41).

Nos Estados modernos, o monopólio da coerção é atribuído ao ente estatal. Contudo, o positivismo kelseniano não discute o conteúdo ou os limites dessa coerção. Por isso, Kelsen afirma que normas coercitivas de Estados totalitários são normas jurídicas, ainda que se lamente sobre seu conteúdo. Em suas palavras, diz o autor:

Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados. (KELSEN, 2009, p. 44).

A liberdade individual, em Kelsen, é aquele âmbito não proibido pelo Estado. O indivíduo tem liberdade para agir quando o Estado não proíbe determinada conduta. Por outro lado, o Estado deve impedir intrusões arbitrárias ao âmbito da liberdade dos indivíduos. Dessa maneira, apenas o comando do Estado, que estabelece as normas válidas objetivamente, vincula os indivíduos. É a validade objetiva das normas, fundadas no pressuposto de uma norma fundamental, que distingue os comandos juridicamente válidos das ameaças “de um bando de salteadores”. A legitimidade da ordenação do Estado se baseia, portanto, na própria estruturação objetiva do ordenamento jurídico.

Com efeito, o autor positivista separa o direito da moral de forma estrita. Enquanto o direito regula a conduta humana externamente por meio da coerção, a moral se refere à subjetividade humana que não pode ser sancionada pelo ordenamento jurídico. A separação rígida entre direito e moral implica que o direito não deve ser avaliado a partir de um valor

moral justo. Nesse ponto, Kelsen distingue direito de justiça. O autor parte do pressuposto de que a moral é relativa e conclui que “a exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral” (KELSEN, 2009, p. 75).

Nesse sentido, segundo o autor da teoria pura, a validade de uma norma jurídica independe de sua concordância com qualquer sistema moral. Por isso, uma norma jurídica continua sendo válida mesmo que contrarie a ordem moral. Kelsen (2011) argumenta que uma norma só pode derivar sua validade de outra norma e não de uma concepção moral. Portanto, a validade do direito positivo não depende de sua relação com um ideal de justiça, seja positivo seja negativo. Ela depende do ato legislativo criador de normas conforme à estrutura normativa piramidal.

De acordo com o autor positivista, o dualismo entre direito público e direito privado tem caráter ideológico. Em primeiro lugar, aqueles que fazem essa distinção sugerem uma liberdade “em face das normas gerais criadas pela representação popular ou com a cooperação essencial dessa representação” (KELSEN, 2009, p. 313). Em segundo lugar, a separação entre direito público e privado “cria também a impressão de que só o domínio do Direito público (...) seria o setor de dominação política e que esta estaria excluída no domínio do Direito privado” (KELSEN, 2009, p. 313). Essa distinção leva ao dualismo entre Estado e Direito, em que este último justifica aquele por ser distinto do próprio Estado.

Kelsen rejeita esse dualismo. Para o autor da teoria pura, uma concepção de Estado isenta de ideologia sugere que o ente estatal é “uma ordem de conduta humana” e uma “ordem jurídica relativamente centralizada” (KELSEN, 2009, pp. 316-317). A própria existência do Estado é o domínio temporal de vigência eficaz da ordem jurídica, isto é, a vigência de uma ordem jurídica depende e está limitada à existência do Estado. Nesse sentido, o autor declara:

O Estado, cujos elementos essenciais são a população, o território e o poder, define-se como uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência, soberana ou imediata relativamente ao Direito internacional e que é, globalmente ou de um modo geral, eficaz. (KELSEN, 2009, p. 321).

Nesse sentido, o Estado cria direito por meio de indivíduos legitimados pela existência e normas jurídicas do próprio Estado. O direito público regula sua própria criação e cria o direito pelo qual regula a conduta dos indivíduos e os submete a si. Kelsen sustenta que “não é o Estado que se subordina ao Direito por ele criado, mas é o Direito que, regulando a conduta dos indivíduos e, especialmente, a sua conduta dirigida à criação do Direito, submete a si esses indivíduos” (KELSEN, 2009, p. 346). O Estado é uma ordem de conduta humana, com coação relativamente centralizada, e é a personificação da própria ordem jurídica coercitiva.

forma, Kelsen entende ter superado o dualismo entre direito e Estado, pois identifica o Estado com o Direito ao dizer que “o Estado é uma ordem jurídica” (KELSEN, 2009, p. 352). Assim, todo Estado é de direito por ser o constituidor da própria ordem jurídica. O Estado de Direito é, portanto,

Uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis – isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo –, os membros do governo são responsáveis pelos seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade da expressão do pensamento, são garantidas. (KELSEN, 2009, p. 346).

A identificação do Estado com o direito implica que a) o Estado constitui e é a própria ordem jurídica; b) a ordem jurídica deve ser relativamente centralizada e coercitiva; c) a validade da ordem jurídica resulta da estrutura normativa do ordenamento jurídico; d) a hierarquia das normas é um exercício racional cujo fundamento é uma norma fundamental abstratamente pressuposta; e e) o conteúdo das normas válidas não depende, para sua validade, de corresponder a qualquer concepção de justiça negativa ou positiva, já que é ato de vontade legislativa.

### **Declínio do Estado de Direito e Positivismo Jurídico**

Ao discutir o declínio da doutrina do Estado de Direito na história, Hayek explica que, entre as décadas de 1870 e 1880, no contexto alemão, que dispunha de um desenvolvido sistema de tribunais administrativos, começou-se a despontar um movimento intervencionista rumo a um Estado previdenciário. Os poderes discricionários dos governos foram ampliados, dispensando-os de revisão judicial, e o Estado de Direito foi reconfigurado para assumir elementos sociais. Assim, “as teorias do Direito que subverteram a ideia da supremacia da lei tiveram origem na Alemanha e de lá se difundiram para o resto do mundo” (HAYEK, 1983, p. 282).

Essa reconfiguração alemã se deu, para Hayek, por conta da convicção de que a razão poderia remodelar a sociedade conforme um projeto preconcebido. Abandonou-se a concepção de justiça sem conteúdo específico e assumiu-se a noção de justiça substantiva ou distributiva, conforme propunham os revolucionários franceses. Para o autor austríaco, as ideias políticas que embasaram o Estado previdenciário tinham em comum a aversão à limitação da autoridade por meio de normas gerais, ao passo que dispunham do desejo de conferir às forças do Estado mais poder para estruturar racionalmente suas relações sociais segundo um ideal de justiça social.

Hayek destaca que houve quatro movimentos principais que buscavam atribuir força ao Estado na busca da consolidação da justiça social, quais eram: “o positivismo legal, o historicismo, a escola do ‘direito livre’, e a escola da ‘jurisprudência do interesse’” (HAYEK, 1983, p. 284). No que diz respeito à “jurisprudência do interesse”, o autor austríaco explica que fora uma escola de enfoque sociológico que propunha o abandono da aplicação de normas gerais de forma estrita, ao passo que sugeria uma avaliação direta dos interesses em jogo no caso concreto.

Sobre a escola do “direito livre”, Hayek elucida que buscava libertar os juízes de normas fixas para que decidissem os casos concretos com base no senso de justiça. No que toca ao historicismo, o autor austríaco explica que seus proponentes buscavam reconhecer leis necessárias da evolução histórica para determinar quais eram as instituições adequadas à

situação contemporânea da sociedade analisada. Na escola historicista, propunha-se reconhecer as concepções presentes da comunidade conforme circunstâncias passadas para recriar instituições mais adequadas às demandas atuais da sociedade. E, assim, o historicismo rejeitava as normas que não pudessem ser justificadas racionalmente ou que não tivessem sido elaboradas para determinado fim.

Para Hayek, dentre os movimentos que causaram maior declínio do Direito, o positivismo jurídico é o de maior destaque. O autor austríaco comenta que “o positivismo legal moderno se origina em grande parte em T. Hobbes e R. Descartes. (...) Além disso, o positivismo atingiu sua predominância atual em grande parte por causa da influência de Hegel e Marx” (HAYEK, 1983, [8], p. 285). Para a corrente positivista, a lei consiste em normas ditadas pela vontade humana. O positivismo teve maior influência na Alemanha do século XIX em que a doutrina de normas gerais do Estado de Direito (*Rechtsstaat*) “foi substituída por uma concepção puramente formal, que exigia apenas que todas as ações do Estado fossem autorizadas pelo Legislativo” (HAYEK, 1983, p. 286). A lei tornou-se uma mera questão de legalidade.

Segundo o autor austríaco, após a 1ª Guerra Mundial, a doutrina do positivismo jurídico recebeu sua forma mais eficaz e passou a exercer uma ampla influência para além da Alemanha. O positivismo jurídico de Hans Kelsen “assinalou o desaparecimento definitivo de todas as tradições de governo limitado” (HAYEK, 1983, p. 287). O autor austríaco sugere que o problema do positivismo jurídico de Kelsen é:

A concepção básica do seu sistema é a identificação do Estado com a ordem legal. Assim, o *Rechtsstaat* torna-se um conceito extremamente formal e um atributo de todos os Estados, mesmo os despóticos. Não existem limites possíveis ao poder do legislador; não existe nenhuma das “chamadas liberdades fundamentais”; e qualquer tentativa de negar a um despotismo arbitrário o caráter de uma ordem legal “nada mais [é] que a ingenuidade e a presunção da corrente do direito natural”. (HAYEK, 1983, p. 287-288)

Para Hayek, o positivismo jurídico de Kelsen confunde a distinção entre leis verdadeiras, as normas gerais e abstratas, e as leis meramente formais aprovadas pelo Legislativo. Além disso, esse tipo de positivismo legal impede que se distingam as ordens das autoridades a partir de seu conteúdo, de modo que qualquer norma é aceita como lei. A concepção de Estado de Direito enquanto doutrina de normas gerais, prévias, abstratas e universais é, na leitura positivista jurídica, “uma superstição metafísica” (HAYEK, 1983, p. 288).

Segundo Hayek, no fim da década de 1920, a doutrina do positivismo jurídico havia dominado o pensamento alemão e influenciara o mundo ocidental como um todo. Esse clima de opinião oferecia espaço para ditaduras sem limites. E, já na década de 1930, as forças antilibertárias assimilaram a doutrina positivista. De acordo com o autor austríaco, a consequência disso foi que:

Na Alemanha de Hitler e na Itália fascista, assim como na Rússia, proclamava-se que, no Estado de Direito, o Estado em si “deixa de ser livre”, tornando-se “prisioneiro da lei”, e que só poderia agir com “justiça” se libertado dos grilhões das normas abstratas. Um Estado seria “livre” se pudesse dispor de seus súditos como bem entendesse. (HAYEK, 1983, p. 288-289)



No positivismo jurídico kelseniano, Hayek critica, o direito é norma posta conforme estrito juízo de validade, de modo que basta que a lei seja formalmente válida para que o Estado possa aplicá-la. Assim, exige-se apenas que todas as ações do Estado sejam autorizadas pelo Legislativo. A lei é concebida como mera questão de legalidade resultante da vontade racional do Parlamento. Desse modo, a doutrina do Estado de Direito é associada à estrita obediência à norma posta pelo Estado e o Legislativo torna-se ilimitado. O legislador determina o conteúdo da lei e o justo se torna o próprio conteúdo da lei formal e válida. Nesse sentido, as leis positivadas pelo Legislativo se tornam o instrumento criador da justiça. Essa formulação positivista, entende Hayek, é antiliberal por possibilitar a onipotência do legislativo.

No segundo volume da obra “Direito, Legislação e Liberdade”, o autor austríaco explica que o positivismo jurídico parte da concepção de que não há critérios objetivos de justiça e que as decisões sobre justiça são questão de vontade. Hayek aceita o pressuposto de que não existem critérios positivos de justiça, mas entende que a consolidação de normas de conduta justa não é uma decisão arbitrária, mas de necessidade interna a uma ordem livre cujas normas são descobertas ao longo do processo histórico. Portanto, “a inexistência de critérios positivos de justiça não deixa a vontade irrestrita como única alternativa” (HAYEK, 1985b, p. 55).

Hayek considera que o positivismo jurídico é uma das principais doutrinas opositoras ao liberalismo clássico, pois permite que a vontade arbitrária do legislador estabeleça normas específicas para alcançar uma concepção de justiça positiva por meio do cumprimento do procedimento lógico do ordenamento jurídico. Para a doutrina positivista do direito, “apenas a lei deliberadamente feita é uma lei real” (HAYEK, 1985b, p. 56).

Com efeito, Hayek elucida que o termo “positivo” deriva do latim, “que traduziu *positus* (isto é, ‘estabelecido’) ou *positivus* o termo grego *theseis*, que exprimia o que era criação deliberada de uma vontade humana” (HAYEK, 1985b, p. 56). O autor austríaco considera que a ênfase do positivismo jurídico na formulação voluntarista do direito está presente nas sugestões de Thomas Hobbes, Jeremy Bentham e John Austin. Contudo, é na versão de Hans Kelsen que o positivismo jurídico ganha sua formulação mais bem acabada à medida que afirma que “o conteúdo de todas as normas jurídicas foi deliberadamente criado por um ato de vontade” (HAYEK, 1985b, p. 57).

De acordo com o autor austríaco,

O positivismo jurídico (...) é fruto da falácia intencionalista característica do construtivismo, um retrocesso àquelas teorias segundo as quais as instituições humanas resultam de um plano, teorias que conflitam irreconciliavelmente com tudo o que sabemos acerca da evolução do direito e da maioria das outras instituições humanas. (HAYEK, 1985a, p. 84)

Para Hayek, as normas de conduta justa, especialmente as de direito privado, quase nunca foram, ao longo da história, resultado de uma vontade legislativa deliberada. Em regra, a formulação de normas específicas derivadas do legislativo resultou em normas organizacionais do direito público. Nesse contexto, “o positivismo tentou obliterar a distinção entre normas de conduta justa e normas organizacionais, insistindo em que tudo que é normalmente chamado de lei tem o mesmo caráter, e, particularmente, em que a concepção de justiça nada

tem a ver com a determinação do conteúdo da lei” (HAYEK, 1985b, p. 58). A partir disso, o positivismo jurídico concluiu que não há critério objetivo de norma justa.

Segundo o autor austríaco, a tradição liberal considera que a justiça é anterior ao direito e que este é limitado por uma concepção de justiça de normas gerais e universais. A afirmação de que o legislador é o criador da justiça é o problema central do positivismo jurídico e o resultado da concepção de que a atribuição à lei de qualquer conteúdo é justo leva à arbitrariedade do legislador. Para Hayek, o resultado desse pressuposto é:

A definição da lei como produto da vontade do legislador leva não só à inclusão em ‘lei’ de todas as expressões da vontade do legislador, seja qual for seu conteúdo (...), mas também à ideia de que o conteúdo não constitui uma distinção significativa entre diferentes formulações chamadas de lei, e, em particular, que a justiça não pode, em nenhum sentido, ser um determinante do que de fato é lei, sendo antes a lei o que determina o que é justo. (HAYEK, 1985b, p. 60)

A partir dessas considerações gerais sobre o positivismo jurídico, Hayek passa a criticar a obra mais influente de Hans Kelsen, a saber, a “Teoria Pura do Direito”. Segundo o autor austríaco, Kelsen usa o termo “norma” para abranger toda afirmação de um dever. Ademais, o escritor da teoria pura usa o termo “ordem” para se referir às normas que prescrevem determinada disposição sistemática do ordenamento jurídico. Além disso, Kelsen utiliza o termo “existência” do direito como sinônimo de “validade” que é definida como logicamente deduzida de algum ato de vontade da autoridade legislativa. E, por fim, o autor da teoria pura usa o termo “criar”, “estabelecer” ou “dispor” para indicar tudo que é resultado de atos humanos, desde a criação de regras linguísticas às normas morais.

Hayek critica a alegação de que a formulação da teoria pura kelseniana seja uma ciência, pois suas afirmações são aceitas como verdadeiras por definição, mas nada explicam sobre os fatos em si. Desse modo, o positivismo jurídico “não é uma ciência factual empírica”, pois “o que de fato faz é meramente desdobrar as consequências de sua definição de ‘lei’, da qual se segue que a ‘existência’ de uma norma é o mesmo que sua ‘validade’, e que esta é determinada por sua derivabilidade lógica a partir de uma hipotética ‘norma fundamental’” (HAYEK, 1985b, p. 63-4). Esse conceito de lei ou norma é considerado o único possível.

Consequentemente, nenhuma diferenciação pode ser estabelecida entre um sistema de Estado de Direito e aqueles em que isso não ocorre. Qualquer ordem normativa é um exemplo de Estado de Direito.

De acordo com o autor austríaco, o positivismo jurídico busca substituir normas gerais e universais de uma ordem de liberdade por normas específicas que instrumentalizem a coerção estatal para interesses arbitrários particulares. Nesse sentido, “o objetivo do positivismo jurídico é tornar a coerção exercida a serviço de propósitos particulares ou de quaisquer interesses específicos tão legítima quanto aquela usada na preservação dos fundamentos de uma ordem espontânea” (HAYEK, 1985b, p. 64). Na prática, o formalismo positivista não contribui para determinar o conteúdo da lei que o juiz deve aplicar ao caso concreto.

Para um positivista do direito, é um ato de vontade que determina o conteúdo da lei. Entretanto, “a existência de um procedimento reconhecido pelo qual se determina o que será aceito como justo não exclui (...) que esse procedimento possa depender, no tocante às suas conclusões, de uma concepção prevalecente de justiça” (HAYEK, 1985b, p. 67). O legislador não dispõe de limites quanto ao conteúdo das normas, pois ele se torna o próprio criador material das leis. Assim, para o autor austríaco, “o positivismo jurídico (...) é simplesmente a ideologia do socialismo (...) e da onipotência do poder legislativo. É uma ideologia surgida do desejo de conseguir completo controle sobre a ordem social, e da ideia de que temos o poder de determinar deliberadamente, do modo como bem entendermos, todos os aspectos dessa ordem” (HAYEK, 1985b, p. 67).

Hayek entende que “o positivismo jurídico tornou-se (...) o principal esteio ideológico dos poderes ilimitados da democracia” (HAYEK, 1985b, p. 68). O procedimento de validade da norma foi assumido como elemento não limitador da vontade da maioria em produzir normas específicas. Como não há, para Kelsen, qualquer elemento de justiça, nem positiva nem negativa, para determinar se uma norma jurídica é válida ou não, maiorias formadas em regimes democráticos podem estabelecer quaisquer conteúdos específicos das normas jurídicas.

Entretanto, para Hayek, ao longo da história, normas jurídicas gerais surgiram de forma espontânea, sem haver um dirigismo voluntarista criador de normas específicas. Tais normas gerais passaram a orientar a ação dos indivíduos, posto que serviam de dado para que os indivíduos tomassem suas decisões em busca de seus próprios objetivos dentro dos limites das normas gerais. Em uma ordem de liberdade, a justiça não deve ter conteúdos positivos que determinem a ação específica dos indivíduos, mas exige “uma prova negativa que nos permita eliminar pouco a pouco as normas que se demonstram injustas por não serem universalizáveis dentro do sistema de outras normas, cuja validade não é contestada” (HAYEK, 1985b, p. 68).

Assim, segundo Hayek, o ideal de justiça em uma ordem livre pressupõe que se saiba apenas o que é injusto, a saber, as normas que atentam contra o império de leis gerais e universais consolidadas historicamente. Os indivíduos têm mantido, a partir da concepção de justiça negativa, uma ordem jurídica na qual seria possível “descobrir normas tais que pudessem ser coerentemente aplicadas a todos”, como também pudessem ser revistas “de modo a eliminar todos os conflitos entre as várias normas que emergissem como resultado de sua generalização” (HAYEK, 1985b, p. 70). Portanto, quando o positivismo jurídico atribui ao ente legislativo a competência para dar conteúdo específico a normas jurídicas segundo um juízo de mera validade formal, abre-se espaço para o governo autoritário.

## Considerações finais

As críticas de F. A. Hayek a Hans Kelsen se dão em dois níveis. Em primeiro lugar, Hayek entende que o positivismo jurídico kelseniano postula uma construção racionalista do ordenamento jurídico a partir de uma estrutura escalonada de normas legais válidas. Em segundo lugar, Hayek critica a percepção de Kelsen sobre a justiça à medida que o autor da teoria pura rejeita até mesmo um conteúdo negativo da norma jurídica para considerá-la

válida. Assim, Hayek rejeita a identificação, proposta por Kelsen, do Estado com o direito, como também critica a percepção kelseniana sobre a justiça.

Sobre a relação entre direito e Estado, enquanto Hayek entende que a norma jurídica válida em um ordenamento deve ter conteúdo derivado de uma ordem espontânea que preserve a liberdade individual, Kelsen, preocupado com uma ciência objetiva do direito, sugere que a norma válida é a norma posta pelo Estado conforme uma estrutura objetiva e escalonada de normas legais. De acordo com Hayek, a sugestão kelseniana de identificar o Estado com o direito posto pelo legislativo possibilita que a norma jurídica tenha conteúdo ilimitado e dependa da vontade arbitrária do legislador.

Para Hayek, o direito precede o Estado. As normas jurídicas devem ser apenas reconhecidas pelos legisladores e juízes, mas não podem ser criadas intencionalmente para construir uma sociedade conforme finalidades políticas. A liberdade individual só é preservada quando o Estado reconhece leis gerais descobertas em uma ordem espontânea, a saber, uma ordem não planejada que se desenvolve ao longo da história e, por meio da experiência de erros e acertos, preserva o âmbito da liberdade individual. A partir disso, Hayek rejeita o construtivismo racionalista kelseniano como uma ameaça política e coletivista à liberdade individual. E sugere que o Estado não é o direito, mas sim um ente a ser limitado por meio de normas jurídicas gerais.

No tocante à relação entre direito e justiça, Hayek concorda com Kelsen no sentido de não identificar um conteúdo positivo de justiça, mas sugere que o conteúdo para avaliar a justeza de uma norma deve ser negativo. Esse conteúdo negativo da justiça é a liberdade individual, notadamente, a preservação de um espaço privado livre da interferência arbitrária do Estado. Kelsen, partindo da objetividade positivista e de um relativismo moral, defende a objetividade estrita do ordenamento jurídico constituído de normas válidas conforme juízo formal (desprovido de adequação de conteúdo).

A formulação kelseniana abre espaço para que a materialidade da norma posta pelo Estado seja ilimitada. Inclusive, mesmo lamentando e rejeitando a atitude de Estados totalitários, Kelsen entende que tais entes estatais dispõem de ordenamentos jurídicos válidos objetivamente. O pressuposto de negar conteúdo à justiça, mesmo que fosse um conteúdo negativo que limitasse o Estado, como Hayek propusera, levou Kelsen a entender que mesmo ordenamentos jurídicos iliberais constituíam Estado de Direito. Por isso, Hayek identifica a teoria pura como uma construção teórica oposta à liberdade do indivíduo por entender que nada poderia limitar a determinação voluntarista da política estatal. Kelsen até defende que aquilo que o Estado não proíbe torna o indivíduo juridicamente livre. Contudo, não há conteúdos limitadores para garantir o âmbito da liberdade individual.

Por fim, deve-se destacar que em vários textos e documentos Kelsen condena regimes totalitários e se posiciona favorável à liberdade. Contudo, a tese da teoria pura e os postulados do positivismo podem, conforme denunciara Hayek, levar a uma ordem iliberal. Se para que as normas sejam consideradas válidas, elas não precisam se adequar a um conteúdo negativo de não interferência arbitrária na liberdade individual, resta à proteção do âmbito privado individual apenas a esperança de que a ordem política crie normas, de forma racionalista e

construtivista, que preservem a liberdade. Tal postulado, para Hayek, não é plausível, pois a própria construção racionalista de normas jurídicas leva à servidão. Portanto, o juízo formalista de validade da norma e a identificação do Estado com o direito formam uma concepção teórica capaz de ameaçar à liberdade individual.

## Referências

HAYEK, F. A. **Os fundamentos da liberdade**. São Paulo, Visão, 1983.

HAYEK, F. A. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985a. (v. I: Normas e Ordem).

HAYEK, F. A. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985b. (v. II: A miragem da justiça social).

HAYEK, F. A. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985c. (v. III: A ordem política de um povo livre).

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RECEBIDO: 20 SET 2021

APROVADO: 18 NOV 2022

PUBLICADO EM: 20 JAN 2023