

## O Direito como Salvaguarda da Liberdade: Elementos da Teoria do Direito de F. A. Hayek

*Jorge Henrique de Saules Nogueira*\*

**Resumo:** O presente trabalho busca apresentar a teoria do direito do jurista, filósofo político e economista austríaco Friedrich August von Hayek como salvaguarda da liberdade individual contra o poder do Estado e, por conseguinte, como contraponto às doutrinas jurídicas dominantes defensoras da presença massiva do estado na esfera privada.

**Palavras-Chave:** Teoria do Direito, Coerção, Liberdade, Ordem Espontânea (*kosmos*), Ordem Criada (*taxis*), Lei, Direito, Justiça e Justiça Social.

### The Law as Safeguard of Liberty: Elements of F. A. Hayek's Legal Theory

**Abstract:** This work tries to show the legal theory of the lawyer, political philosopher and Austrian economist Friedrich August von Hayek as safeguard of the individual liberty against the power of the State; thus, as a counterbalance to the dominating legal doctrines that defend the massive presence of the State in the private sphere.

**Keywords:** Law Theory, Coercion, Liberty, Spontaneous Order (*kosmos*), Growth Order (*thesis*), Command, Law, Justice and Social Justice.

**Classificação JEL:** Y80, Z19

---

\* **Jorge Henrique de Saules Nogueira** é Analista de Finanças e Controle da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), atualmente lotado na Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF). Coursou a graduação em Economia na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), a graduação em Direito no Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB) e a pós-graduação em Ciência Política na Universidade de Brasília (UnB).  
E-mail: [jorge.saules@gmail.com](mailto:jorge.saules@gmail.com)

A dicotomia intervenção/contenção do poder governamental foi, durante séculos, o *leitmotiv* de calorosos debates acadêmico-filosóficos, a partir dos quais derivaram teorias que plasmaram concepções científicas tão diversas quanto díspares.

Durante todo o século XX, o embate intelectual entre liberais e socialistas foi intenso. Em linhas gerais, os liberais clássicos defendiam que a ação governamental deveria restringir-se à intransigente defesa dos direitos conhecidos como de primeira geração/dimensão (direitos civis e políticos). Os socialistas de vários matizes promoviam a construção de toda a sorte de arranjos coletivos, atualmente denominados direitos de segunda (direitos sociais, econômicos e culturais) e terceira (direitos transindividuais) geração/dimensão.

Na realização desses arranjos políticos, o aparato governamental assume um poder de incontestável relevância em detrimento do homem tomado em sua individualidade.

As discussões teóricas se estendem em relação à quantidade de poder a ser cedido ao aparato governamental. Enriquecedor por sua própria natureza, o debate derivado da divergência de opiniões perdeu-se num diversionismo retórico que mais incomoda do que reconforta.

O cenário acadêmico brasileiro foi tomado de assalto por um socialismo ralo, de uma pobreza teórica retumbante, insubsistente ao primeiro sopro crítico. Grande parte da produção acadêmica constitui emanações de militância partidária, cujas ideias sustentam a descarada pretensão de serem definitivas. Pretensiosamente definitivas porque fossilizados em dogmas que a ninguém é dado discordar, sem que os oponentes sejam prontamente repreendidos por patrulheiros ideológicos, cuja principal missão parece ser a de taxá-los com algum rótulo do momento.

Atualmente, a ocupação de cátedras por teóricos de corte conservador ou liberal nas universidades brasileiras é praticamente nula se cotejada com acadêmicos defensores de todas as variantes de intervencionismo estatal.

Na seara jurídica, a situação é ainda mais dramática. As últimas décadas testemunharam uma gradativa substituição do direito privado pelo direito público, fenômeno esse conhecido como publicização do direito privado. Essa corrente de pensamento majoritária no meio jurídico pugna a presença massiva do estado na esfera preferencial de atuação dos indivíduos.

Basta ver, nas decisões dos tribunais superiores, o quanto a doutrina e a jurisprudência brasileiras legitimam, de uma forma bastante ampla, uma agenda de reiteradas intervenções estatais na esfera privada. Não se afigura novidade a qualquer operador de direito a relativização operada nos princípios seculares que encerram a esfera individual, desde o advento da Constituição Federal de 1988. Princípios como o da propriedade privada, da liberdade de contratar, da livre manifestação do pensamento, entre outros, vem sendo solapado em nome de um ideário “progressista”, conduzido por um reduzido número de acadêmicos e governantes “bem” intencionados.

O que mais chama a atenção no movimento de publicização do direito privado é o fato de que essa nefasta intromissão estatal vem ocorrendo sob os olhares complacentes de civilistas de escol. Acabam, na verdade, por se tornarem eles próprios “coveiros da liberdade”, na medida em que, convenientemente, silenciam-se diante das arbitrariedades cometidas pelo estado.

As teorias jurídicas dominantes, lastreadas que estão na corrente da publicização do direito privado, não mais vislumbram na liberdade individual a fonte e a condição essencial da existência dos valores morais.

A partir do reducionismo publicista, a liberdade individual passa a ocupar plano secundário nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. O resultado prático não poderia ser outro senão o avanço crescente da intervenção estatal em todos os estratos da vida em sociedade, aliado a uma gradual redução das garantias fundamentais dos indivíduos frente ao arbítrio estatal.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras atuam como se a liberdade individual fosse imune a retrocessos; como se constituísse uma irreversível conquista civilizacional. A evidência que nos cerca, contudo, mostra-nos, à exaustão, o oposto.

É cediço que os regimes “democráticos” têm sofrido abalos, em boa parte do mundo e, principalmente, na América Latina. Uma breve visada nos recentes acontecimentos políticos que pululam na Venezuela, na Argentina, no Equador e na Bolívia – sem falar em Cuba! – serve-nos de exemplo para verificar o quanto a liberdade individual vem sofrendo reiterados achaques. E não é de hoje! A propensão para o autoritarismo é uma marca indelével que a história bem contada dos povos latino-americanos elucida com bastante clareza.

É com o fito de evitar o sacrifício da liberdade dos indivíduos em favor de uma minoria organizada é que se deve por em constante suspeição as “boas” intenções dos acadêmicos e dos governantes da hora. É importante nutrir um saudável ceticismo em relação aos homens que conduzem a máquina estatal. Afinal, são todos eles homens. E, por serem homens, são passíveis de cometerem erros e de se submeterem a tentações nada republicanas. Nesse ponto, uma leitura, ainda que rasa, do cenário político atual é bastante elucidativa.

A contenção do poder do estado é necessária para que ele possa cumprir sua missão primordial: postar-se a serviço do indivíduo. O indivíduo posto a serviço do estado é algo assombroso que a ainda recente história da humanidade insiste rememorar.

Imbuído desse espírito, o presente artigo busca apresentar alguns elementos da teoria do Direito do jurista, filósofo político e economista austríaco Friedrich August von Hayek (1899-1992). Para Hayek, é missão do direito salvaguardar a liberdade individual contra as invectivas do poder do estrato governamental. Busca-se, com isso, um contraponto necessário às doutrinas jurídicas que dominam o prosclênio jurídico brasileiro,

defensoras da presença massiva do estado na esfera de atuação dos indivíduos.

## I - COERÇÃO

O conceito hayekiano de liberdade decorre da apreensão prévia do significado de coerção. Segundo Hayek

A coerção ocorre quando um indivíduo é obrigado a colocar suas ações a serviço da vontade de outro, não para alcançar seus próprios objetivos, mas para buscar os da pessoa a quem serve<sup>1</sup>.

Assim, a coerção é a manipulação ou o controle arbitrário da conduta alheia, em prol da circunstância que favorece o manipulador ou controlador, mas em desfavor dos planos traçados pelo manipulado ou controlado. Na coerção, a obrigação decorre de uma ameaça dirigida a consecução de certa conduta que, na ausência da ameaça, não seria realizada pelo coagido.

Se o coagido age, é porque ele tem alguma escolha. Essa escolha, porém, recai sobre a conduta que lhe causa menos danos e a conduta que lhe causa menos danos é justamente a que o coator quer que o coagido realize. Assim, o coagido age de acordo com os planos previamente elaborados pelo coator, com vistas a evitar maiores danos para si.

Hayek atenta para a impossibilidade de se evitar totalmente a coerção, uma vez que sua contenção só pode ser realizada pela própria ameaça de coerção. Para ele, a civilização ocidental superou esse dilema conferindo ao estado o monopólio da coerção, legitimado pela ação suficiente e necessária a impedir a coerção exercida entre os indivíduos.

Com lastro nos ideais que conformaram o surgimento dos direitos políticos e civis, Hayek defende que a função legítima do governo é im-

---

<sup>1</sup> HAYEK, F. A. **Os Fundamentos da Liberdade**. Intr. Henry Maksoud; Trad. Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Brasília / São Paulo: Editora Universidade de Brasília / Visão, 1983. p. 146.

pedir a coerção porventura surgida entre os indivíduos, a fim de assegurar que vivam as suas próprias vidas em livre associação com seus semelhantes. Em vista disso, o poder do estado deve ser restringido de forma que a ameaça de coerção por ele exercida seja impessoal e dependente de normas gerais e abstratas.

Os direitos civis e políticos são os direitos à vida, à liberdade e à propriedade, conhecidos como direitos de primeira geração, relacionados à liberdade negativa do liberalismo clássico. Na visão de Hayek, seriam estes os únicos a serem reconhecidos como direito propriamente ditos. Os denominados direitos sociais (ou de segunda geração) e os direitos coletivos e difusos (terceira geração) nada mais seriam que privilégios direcionados a grupos específicos. Correspondem à noção de liberdade positiva preconizada pelos socialistas. Para serem concretizados, precisam necessariamente violar os direitos de primeira geração. Uma forma de legitimar essas reiteradas violações exprime-se no neoconstitucionalismo – ou, segundo o jurista Humberto Ávila, neopositivismo – cuja ideia central pugna a relativização dos direitos de primeira geração/dimensão pela irrefreada aplicação de princípios por meio da técnica da ponderação de interesses.

Para Hayek, as normas coercivas impessoais, gerais e abstratas, por resultarem das circunstâncias que os indivíduos criaram para si, constituem “*um instrumento auxiliar do indivíduo na busca de seus próprios objetivos e não um meio a ser usado para alcançar objetivos de outrem*”<sup>2</sup>.

Por considerar inevitáveis e, até mesmo, legítimas algumas formas de intervenção do estado na esfera privada, Hayek distanciou-se do *laissez-faire*, cultuado pela tradição racionalista francesa – e mais recentemente pela corrente misesiana – para se aproximar da visão de Thomas Paine (1737-1809) que vislumbra o Estado como um mal necessário.

A sociedade, em qualquer estado é uma benção, enquanto o governo, mesmo

em seu melhor estado, não passa de um mal necessário; no seu pior estado, um mal intolerável, pois, quando sofremos ou somos expostos por ‘um governo’ às mesmas desgraças que poderíamos esperar num país ‘sem governo’, nossa calamidade é intensificada pela conclusão de termos sido nós quem fornecemos os meios pelos quais sofremos<sup>3</sup>.

A posição de Hayek quanto à impossibilidade da eliminação total da coerção impele-o a considerar um tipo muito especial de coerção: a coerção arbitrária. Dessa forma, presume-se que algum tipo de coerção não arbitrária – ou, em outros termos, legítima – possa ser posta em prática na sociedade. Daí o autor legitimar algumas ações estatais que, sob o ponto de vista de seus críticos<sup>4</sup>, contraria o arcabouço sob o qual está sustentada sua defesa da liberdade.

Para autores como Ronald Hamowy (1937-1912) e Murray N. Rothbard (1926-1995), a falha fundamental do sistema de pensamento de Hayek centra-se nos graus de coerção por ele admitidos.

O libertarianismo *rothbardiano* questiona como o Estado pode nos defender da coerção se ele próprio tem o poder de exercer a coerção. Segundo essa corrente de pensamento, a institucionalização da coerção, ainda que exercida ao mínimo para salvaguardar a liberdade individual, não satisfaz à garantia de que a coerção estatal recrudescerá, tornando inevitável o abuso de poder estatal.

Assim, o Estado é entendido pelos libertários como um mero instrumento que

<sup>3</sup> PAINE, Thomas. **O Senso Comum e a Crise**. Trad. Vera Lúcia de Oliveira Sarmiento. Brasília: Universidade de Brasília, 1982. p. 11.

<sup>4</sup> Para maiores esclarecimentos sobre as críticas voltadas ao conceito de coerção de Hayek ver HAMOWY, Ronald. *Freedom and the Rule of Law* in F. A. Hayek. **II Político** (1971-72): 355-56; e outros dois textos desse mesmo autor, intitulados Hayek’s Concept of Freedom: A Critique. **New Individualist Review** (April 1961): 28-31 e *Law and the Liberal Society*: F. A. Hayek’s *Constitution of Liberty*. **Journal of Libertarian Studies**, Vol. 2 (Winter 1978): 287-97.

<sup>2</sup> Idem. *Ibidem.*, p. 18.

se destina a prover um meio “legal”, ordeiro e sistemático destinado à depredação da propriedade privada, com finalidade de tornar certa e relativamente segura a vida de uma casta parasitária da sociedade<sup>5</sup>. Sob essa perspectiva, Rothbard cita, em *A Anatomia do Estado*, Bertrand de Jouvenel (1903-1987)<sup>6</sup> para quem “o Estado é na sua essência o resultado dos sucessos alcançados por um grupo de bandidos que se impôs a uma sociedade gentil e pacífica”<sup>7</sup>.

Rothbard, ao contrário de Hayek, apresenta uma definição mais restrita de coerção. Para ele, coerção é a “invasão da pessoa ou propriedade de outro por meio do uso ou ameaça de violência física” (Princípio da Não Agressão, ou PNA).

O autor adverte que a distinção quantitativa apresentada por Hayek entre coerção suave e severa, para além do mero uso ou ameaça de violência física, revela “uma rachadura que se espalha por todo o seu sistema de filosofia política”<sup>8</sup>. Dessa forma, o conceito de coerção hayekiano seria paradoxal. À medida que amplia o conceito de coerção para além do uso ou ameaça da violência física, limita certas formas de violência praticadas pelo Estado, ao considerar não coercitivas as ações provenientes de regras gerais e abstratas, ainda que concretizadas pela violência<sup>9</sup>.

O ponto de vista do governo limitado – mínimo ou como um mero guarda noturno – refletido no liberalismo clássico de fundo *lockeano*, vem sendo severamente criticado, desde Mises e Rothbard até seus discípulos

contemporâneos reunidos em torno do *Mises Institute*, entre eles Hans Hermann-Hoppe, Stefan Molyneux e Robert Higgs.

Para o libertarianismo de cunho misesiano e rothbardiano, a lógica da verdadeira autonomia individual levada adiante implica a negação do próprio Estado, inclusive do Estado mínimo. Parte-se da percepção de que os “Estados mínimos jamais permanecem mínimos”<sup>10</sup>. A conclusão é que qualquer arranjo estatal degenera em coerção irrefreada, sendo o Estado incapaz de proteger a propriedade privada e de fornecer serviços de segurança e de justiça, na forma pretendida por Hayek e pelos liberais clássicos.

## II - LIBERDADE

A abordagem hayekiana tem como núcleo a temática da liberdade. Para Hayek, a liberdade não é um valor moral específico, mas sim a fonte e a condição essencial da maioria dos valores morais.

De acordo com Sir Isaiah Berlin (1909-1997),

Alguém é livre na medida em que nenhum outro homem ou nenhum grupo de homens interfere nas atividades desse alguém [...]. Um homem não possui liberdade política, individual ou institucional, apenas se estiver sendo impedido de atingir uma determinada meta por outros seres humanos [...]. Quanto mais ampla a área de não-interferência, mais ampla... a liberdade individual<sup>11</sup>.

Na mesma linha de Berlin, Hayek define liberdade como ausência de coerção, não obstante admita a coerção legitimada. Assim, para nosso autor a liberdade é “[o] estado

<sup>5</sup> ROTHBARD, Murray N. *A Anatomia do Estado*. Trad. Tiago Chabert. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012. p. 13.

<sup>6</sup> JOUVENEL, Bertrand de. *On Power*. New York: Viking Press, 1949.

<sup>7</sup> ROTHBARD. *A Anatomia do Estado*. p. 14.

<sup>8</sup> ROTHBARD, Murray N. *A Ética da Liberdade*. Pref. Hans-Hermann Hoppe; Tra. Fernando Fiori Chiocca. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 301.

<sup>9</sup> Idem. *Ibidem.*, p. 303.

<sup>10</sup> HERMANN-HOPPE, Hans. *Como Funcionaria uma Sociedade sem Estado*. Instituto Ludwig von Mises (4 fev. 2014). Disponível em: <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1795>.

<sup>11</sup> BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Trad. Wamberto Hudson. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981. p. 136-137.

*no qual o homem não está sujeito à coerção pela vontade arbitrária de outrem*"<sup>12</sup>.

Hayek assume a perspectiva de liberdade pugnada pelos liberais clássicos<sup>13</sup>, segundo a qual a liberdade é eminentemente negativa, caracterizada pela oposição ao que se convencionou denominar liberdade positiva.

A distinção entre liberdade negativa e positiva, elaborada em sua forma mais simples pelo pensador liberal suíço Benjamin Constant (1767-1830), foi definitivamente clarificada pelo historiador inglês Sir Isaiah Berlin, em seu ensaio "Dois Conceitos de Liberdade"<sup>14</sup>.

A liberdade negativa é, para o jusfilósofo italiano Norberto Bobbio (1909-2004), aquela "*entendida como esfera de ação em que o indivíduo não está obrigado por quem detém o poder coativo a fazer aquilo que não deseja ou não está impedido de fazer aquilo que deseja*"<sup>15</sup>.

Já a liberdade positiva consiste, basicamente, em rechaçar a noção de liberdade negativa por entender que as escolhas por ela garantidas não são necessariamente efetivadas. Os adeptos da liberdade positiva questionam o valor da liberdade negativa porque ela, por si só, não permite o exercício de outros valores igualmente relevantes para a vida em sociedade.

A esse questionamento Berlin responde que não se pode ter tudo ao mesmo tempo. Conquanto se compreenda que necessidades prementes devam ser atendidas, qualquer tentativa de reduzir a liberdade para garantir outros valores implicará redução da liberdade total – e não o inverso. Como bem assinalou Berlin, "*cada coisa é uma coisa: liberdade é*

*liberdade, e não igualdade, imparcialidade, justiça, cultura, felicidade humana ou uma consciência tranquila*"<sup>16</sup>.

Bem compreendida essa assertiva, impõe-se que o sacrifício da liberdade de uns na intenção de suplantar uma situação de suposta desigualdade, injustiça ou infelicidade, não amplia a liberdade de quem quer que seja. O máximo que se pode extrair desse equívoco é a troca da liberdade individual por algum outro valor: uma parcela maior de igualdade material, por exemplo. O que se opera, de fato, é uma perda absoluta de liberdade, cujas implicações conduzem – como a história vem nos ensinando – a situações piores do que aquelas que se pretendia corrigir.

Na seara política, a noção de liberdade negativa impõe a existência de governo limitado e respeito à esfera privada das decisões pessoais de forma que a liberdade de uns não interfira na liberdade de outros.

A acepção hayekiana de liberdade negativa pressupõe a liberdade individual, una e variável apenas em grau, mas não em gênero. Logo, para o austríaco, não há que se falar em liberdades, no plural, mas sim em liberdade, entendida a partir de uma relação de alteridade. Hayek evita o termo liberdade civil, por ser, frequentemente, confundido com liberdade política, porquanto civil deriva do grego e política do latim, ambos dotados do mesmo significado.

A liberdade individual pressupõe uma esfera privada do indivíduo incólume à interferência de terceiros, sejam estes indivíduos tomados isoladamente, sejam indivíduos organizados em grupo. Se a liberdade concerne exclusivamente às relações interindividuais, toda tentativa de "*uso do termo para expressar outra coisa que não uma relação social e política de um homem com outros envolve uma metáfora*"<sup>17</sup>. A partir da próxima seção, serão ressaltadas as diferenças entre o sentido de liberdade delineado por Hayek e

<sup>12</sup> HAYEK. **Os Fundamentos da Liberdade**. p. 4.

<sup>13</sup> Entre os liberais clássicos que influenciaram a visão de liberdade de F. A. Hayek contam-se John Locke (1632-1704), Benjamin Constant (1767-1830), Alexis de Tocqueville (1805-1859) e John Stuart Mill (1806-1873).

<sup>14</sup> BERLIN. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**.

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Garcia. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 20.

<sup>16</sup> BERLIN. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. p. 138.

<sup>17</sup> T. H. GREEN *apud* HAYEK. **Os Fundamentos da Liberdade**. p. 6.

aqueles sentidos equivocados que o vocábulo liberdade adquiriu ao longo do tempo.

## II.1. - Liberdade e Semântica

“Quando palavras perdem o seu sentido o povo vai perder a sua liberdade”<sup>18</sup>. A citação de Confúcio (551-479 a.C.), na epígrafe do capítulo de *Arrogância Fatal* intitulado “A Nossa Linguagem Envenenada”, ilustra de forma precisa a percepção de Hayek sobre a importância de se revelar com a máxima exatidão o significado das palavras.

A palavra liberdade é termo que se presta a gerar ambiguidades terminológicas que não raro conduzem os homens rumo ao caminho da servidão.

Atento a essa questão, o filósofo político e advogado italiano Bruno Leoni (1913-1967), em sua obra *Liberdade e Lei: Os Limites entre a Representação e o Poder*, revela alguns esclarecimentos de cunho linguístico. Se tais esclarecimentos já eram dignos de nota na década de 1950, quem dirá nos dias atuais, em que a nebulosidade semântica ergue-se de maneira assombrosa.

Para Leoni, definir liberdade não é tarefa fácil. Tampouco o é perceber se estamos perfeitamente conscientes da sua exatidão quando a definimos. É preciso atentar para o fato de que a liberdade é antes de tudo uma palavra, mas não apenas uma palavra<sup>19</sup>.

Em princípio, Leoni alerta que definir uma coisa abstrata como a liberdade, a justiça e o direito não é algo trivial como a definição de uma coisa concreta, tal qual uma mesa, uma árvore ou um animal. A situação complica-se quando o ouvinte desconhece o termo referido e, mais ainda, quando se busca

definir algo abstrato, imaterial, como se fosse algo material, visível, palpável.

[...] Como coloca o professor Glanville Williams (1911-1997), em seu recente ensaio (1945) sobre a controvérsia em relação à palavra ‘direito’, o jurista inglês John Austin (1790-1859), o célebre fundador da jurisprudência, sustentava que sua definição do ‘direito’ correspondia ao ‘direito propriamente dito’, sem ter a menor dúvida de que efetivamente existe algo como o ‘direito propriamente dito’. Em nossos dias, uma visão semelhante à de Austin foi desenvolvida pelo conhecido professor Hans Kelsen (1881-1973), que alardeou e continua se gabando, em seus *General Theory of Law and State* (1947), de ter descoberto que o que é ‘propriamente’ o ‘estado’ não é outra coisa que a ordem legal<sup>20</sup>.

Não é demais rememorar que a noção de estado como ordem legal serve de pano de fundo a toda sorte de regimes de exceção, na medida em que lhes confere poder necessário para cometerem as mais terríveis atrocidades contra os indivíduos.

A mesma prudência admitida para a definição de direito é exigido para a definição de liberdade, dado o elevado grau de abstração que devem comportar ambos os enunciados.

Uma segunda observação linguística apontada por Leoni refere-se ao fato de que algumas palavras estão “*tão enraizadas em um contexto histórico definido, que não podemos encontrar palavras na língua de outros contextos*”<sup>21</sup>.

Já a terceira e última observação refere-se à confusão semântica gerada a partir de circunstâncias em que o uso corrente de uma mesma palavra passa a significar coisas distintas, dando azo à confusão entre causa e efeito. É a situação em que “*vários significados de uma mesma palavra podem se mostrar incompatíveis em alguns casos*”, tornando-se “*fonte contínua de*

<sup>18</sup> Confúcio *apud* HAYEK, F. A. **A Arrogância Fatal. Os Erros do Socialismo**. Trad. Ana Maria Capovilla e Candido Mendes Prunes. Porto Alegre: Ed. Ortiz, 1988. p. 145.

<sup>19</sup> LEONI, Bruno. **Liberdade e a Lei: os Limites entre a Representação e o Poder**. Trad. Rosélis Maria Pereira e Diana Nogueira. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010. p. 40.

<sup>20</sup> Idem. *Ibidem.*, p. 42.

<sup>21</sup> Idem. *Ibidem.*, p. 43.

*mal-entendidos*” e, até mesmo, de disputas ideológicas<sup>22</sup>.

Sob essa perspectiva, aflora a influência dos filósofos Fritz Mauthner (1849-1923) e Ludwig Wittgenstein (1889-1951) nos escritos de Hayek para quem o estudo da linguagem é indissociável do estudo do pensamento humano<sup>23</sup>. No transcurso de suas obras, percebe-se a obsessão do autor em tentar esclarecer as ambiguidades terminológicas que viciam a compreensão de dada matéria<sup>24</sup>.

Com o fito de conferir maior clareza à definição de liberdade, Hayek contrapõe o termo a algumas terminologias que a ela são reiteradamente associadas no uso corrente, mas que, em hipótese alguma, mantém qualquer correspondência com seu significado.

É o que será expresso na seção seguinte.

<sup>22</sup> Idem. *Ibidem.*, p. 45-46. Entre nós, o professor e filósofo Denis Rosenfield oferece-nos uma mostra da manipulação política da linguagem, ao desfiar substanciais críticas ao chamado processo de ressemantização afeto à questão quilombola (ROSENFELD, Denis L. **Justiça, Democracia e Capitalismo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010).

<sup>23</sup> GRAY, John. F. A. Hayek and the Rebirth of Classical Liberalism: A Bibliographical Essay. *Literature of Liberty: A Review of Contemporary Liberal Thought*. **Cato Institute**, Vol. V, No. 4 (Winter 1982). Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/pages/hayek-and-classical-liberalism-a-bibliographical-essay-by-john-gray>.

<sup>24</sup> Exemplos dessa natureza podem ser encontrados no capítulo VI de *Studies in Philosophy, Politics and Economics* (HAYEK, F. A. **Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas**. London: Routledge & Kegan Paul, 1978) e no capítulo I do primeiro volume de *Direito, Legislação e Liberdade*, nos quais Hayek discorre sobre a falsa dicotomia entre os termos “natural” e “artificial”. Também o capítulo I da Parte I e o capítulo IX da Parte II d’Os *Fundamentos da Liberdade*, nos quais o autor procura refinar, respectivamente, os conceitos de liberdade e de coerção pela indicação dos equívocos gerados pelo uso corrente de ambos os termos.

## II.2. - Liberdades que não são Liberdade

### II.2.a - Liberdade Política

Entende-se como liberdade política: “a participação dos homens na escolha de seu governo, no processo legislativo e no controle da administração”<sup>25</sup>.

O conceito surge como uma espécie de liberdade coletiva em nada aderente à acepção hayekiana de liberdade, calcada no indivíduo.

Para Hayek, participar ativa ou passivamente do processo político não confere liberdade em sentido estrito ao homem. Se assim fosse, os estrangeiros, os inalistáveis e os inelegíveis não estariam aptos a desfrutar de suas plenas liberdades individuais por não possuírem capacidade eleitoral. Não parece ser esse o caso.

Ademais, é razoável supor que indivíduos possam vir, por meio do voto, escolher sua completa submissão a um tirano, renunciando à liberdade no sentido estrito do termo. Logo, não se pode confundir liberdade política com liberdade individual.

### II.2.b - Liberdade Interior

A denominada liberdade interior, também descrita por Hayek como liberdade metafísica ou subjetiva, muitas vezes é confundida com a liberdade individual.

A liberdade interior a que alude Hayek equivale ao que Sir Isaiah Berlin denomina, sem muitos floreios, de incapacidade humana para atingir determinadas metas. Berlin cita Claude-Adrien Helvétius (1715-1771) que, a esse propósito, diz:

O homem livre é o homem que não está agrilhado, nem preso em uma jaula, nem aterrorizado como um escravo em virtude do medo do castigo [...] não voar como uma águia, não nadar como uma baleia não significa falta de liberdade<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> HAYEK. **Os Fundamentos da Liberdade**. p. 7.

<sup>26</sup> HELVÉTIUS *apud* BERLIN. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. p. 171.



De acordo com Hayek, “o oposto de ‘liberdade interior’ não é a coerção exercida por outrem, mas a influência de emoções temporárias, ou a fraqueza moral ou intelectual”. Diz-se que há ausência de liberdade interior quando uma pessoa é incapaz de uma escolha inteligente entre as alternativas postas à sua disposição ou de agir de acordo com as resoluções por ela tomadas<sup>27</sup>.

A advertência dissocia a ausência de liberdade individual à incapacidade de alguns indivíduos adquirirem algo de que outros são capazes. Como afirma Berlin, a crença de que os homens são mantidos em estado de carência em face de um arranjo específico depende da aceitação de teorias sociais que a sustente<sup>28</sup>.

Não seria o caso de minimizar as necessidades básicas de indivíduos que sofrem privações. Todavia, a carga emotiva do argumento não deve servir de viseira ideológica que impeça a verificação da inversão na carga semântica operada em torno da palavra liberdade, porquanto liberdade é liberdade, não igualdade.

### II.2.c - Liberdade como Poder

A liberdade enquanto poder foi definida por Bertrand Russell (1872-1970), em *Freedom and Government* (1940), como a “ausência de obstáculos à realização de nossos desejos”<sup>29</sup>.

A liberdade enquanto poder parte desse pressuposto e se revela como o poder efetivo de se fazer qualquer coisa que se queira ou deseje. É o extremo oposto do que se pode entender por liberdade.

<sup>27</sup> HAYEK. *Os Fundamentos da Liberdade*. p. 10.

<sup>28</sup> BERLIN. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. p. 137. Cite-se como exemplo o caso do marxismo e de suas variantes ideológicas que sustentam que a riqueza da minoria se deu pela exploração da maioria. É forçoso reconhecer, no entanto, que algumas correntes de pensamento reconhecidas como “liberais” – o utilitarismo, por exemplo - preconiza que a liberdade humana está relacionada à condição socioeconômica dos indivíduos.

<sup>29</sup> RUSSELL, Bertrand. *apud* HAYEK. *Os Fundamentos da Liberdade*. p. 12.

A propósito, aduz-se a esclarecedora lição de Bobbio que afirma ser a acepção de liberdade prevalecente na tradição liberal (liberdade individual) antitética à noção de poder.

Há uma acepção de liberdade – que é a acepção prevalecente na tradição liberal – segundo a qual ‘liberdade’ e ‘poder’ são dois termos antitéticos, que denotam duas realidades em contraste entre si e são, portanto, incompatíveis: nas relações entre duas pessoas, à medida que se estende o poder (poder de comandar ou de impedir) de uma diminui a liberdade em sentido negativo de outra e, vice-versa, à medida que a segunda amplia a sua esfera de liberdade diminui o poder da primeira<sup>30</sup>.

Enquanto a liberdade individual busca resguardar uma área privada reservada contra qualquer constrangimento exterior, a liberdade como poder assume abertamente a ausência de limites para o exercício da liberdade, o que, por conseguinte, faz ruir o próprio edifício da liberdade. Isso porque – o senso comum alerta – o indivíduo só pode ser considerado livre até o ponto em que a sua liberdade não interfira na liberdade do outro.

## III - ORDEM E ORDENS

O conceito de ordem formulado por Hayek constitui o elemento central da compreensão de sua abordagem do direito. É a base sobre a qual o autor desfia grande parte de seus argumentos e de suas críticas epistemológicas.

### III.1 - O Conceito de Ordem

Segundo Hayek, o conceito de ordem é “indispensável ao exame de todos os fenômenos complexos”<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> BOBBIO. *Liberalismo e Democracia*. p. 20.

<sup>31</sup> HAYEK, F. A. *Direito, Legislação e Liberdade: Uma Nova Formulação dos Princípios Liberais de Justiça*

Como o conceito de ordem não é unívoco, nosso autor começa sua definição de ordem esclarecendo os equívocos relacionados à ambiguidade de seu significado e de sua frequente associação com concepções autoritárias.

Na acepção hayekiana, ordem não pode ser identificada com ordenação intencional, fundada em uma relação de mando e obediência, típica dos regimes autoritários. Essa conotação autoritária de ordem pressupõe a ideia de subordinação e baseia-se no equívoco segundo o qual a ordem só pode ser criada a partir de forças externas ao sistema (forças exógenas).

Um regime de liberdade civil não se sustenta frente a essa incapacidade de compreender e aceitar que as atividades humanas podem ser coordenadas sem que, necessariamente, os indivíduos tenham de se ajustar a condições específicas, deliberadamente criadas e insuscetíveis de serem abarcadas em sua totalidade.

Para José Ortega y Gasset (1883-1955), “ordem não é uma pressão que se exerce de fora sobre a sociedade, mas um equilíbrio que se cria em seu interior”<sup>32</sup>. Na mesma linha do filósofo espanhol, o conceito de ordem apresentado por Hayek designa uma condição não intencionalmente criada,

em que múltiplos elementos de vários tipos se encontram de tal maneira relacionados entre si, e que, a partir de nosso contato com uma parte espacial ou temporal do todo, podemos aprender a formar expectativas corretas com relação ao restante ou, pelo menos, expectativas que tenham probabilidade de se revelarem corretas<sup>33</sup>.

---

e **Economia Política**. Apres. Henry Maksoud; Trad. Anna Maria Copovilla, José Ítalo Stelle, Manuel Paulo Ferreira e Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Visão, 1985. 3v. Vol. I, p. 35.

<sup>32</sup> ORTEGA Y GASSET, José. **História como Sistema. Mirabeau ou o Político**. Trad. de Juan A. Gili Sobrinho e Elizabeth Hanna Côrtes Costa. Brasília: Universidade de Brasília, 1982. p. 62.

<sup>33</sup> HAYEK. **Direito, Legislação e Liberdade**. p. 36.

Como visto, a ordem decorre de um ajustamento de expectativas a circunstâncias que, embora contingentes e desconhecidas, são passíveis de se revelarem eficazes ou, até mesmo, corretas. Assim, os indivíduos ficam aptos a “prever com um elevado grau de confiabilidade que tipo de colaboração é lícito esperar dos outros”<sup>34</sup>.

A decorrência lógica da acepção hayekiana sugere que ordens muito complexas só podem ser produzidas por forças que induzam a formação de uma ordem espontânea, uma vez que inúmeros fatos particulares são insuscetíveis de serem apurados ou manipulados por qualquer cérebro humano.

### III.2 - Ordem Espontânea (*kosmos*) versus Ordem Criada (*taxis*)

Da análise das tradições anglo-saxônica e francesa Hayek distingue duas espécies de ordens às quais designa, respectivamente, como ordem espontânea (*kosmos*), atrelada a noção de evolução social, e ordem criada (*taxis*), concebida pelo planejamento humano.

As noções de ordem espontânea (*kosmos*) e ordem criada (*taxis*) referem-se a formas de organização da sociedade. A primeira delas caracteriza-se por ser endógena ou autogeradora; enquanto a segunda, exógena ou artificialmente construída.

Sobre a noção hayekiana de ordem espontânea (*kosmos*), é esclarecedora a lição de Corentin de Salle aduzida nas seguintes linhas:

[T]rata-se de uma ordem auto-organizada, “amadurecida pelo tempo”. Saída da prática, embora não necessariamente, o seu grau de complexidade não é limitado por aquilo que o espírito humano pode dominar. A sua existência não é necessariamente material, pode basear-se em relações puramente abstractas que

---

<sup>34</sup> Idem. *Ibidem.*, p. 177, vol I.

só se podem reconstituir mentalmente. Não tendo sido fabricada, ela não tem um objectivo específico. Está inacabada. Os elementos que a compõem vivem segundo certas regras e princípios abstractos e a estrutura dinâmica das relações que mantêm entre si confere à ordem uma relativa permanência<sup>35</sup>.

E em relação à ordem criada (*taxis*), o mesmo autor a resume nos seguintes termos:

[T]rata-se de uma ordem confeccionada, uma construção, uma ordem artificial. A sua estrutura é relativamente simples ou de uma complexidade moderada (de forma a que o seu autor a possa apreender com um olhar). Por norma, ela é concreta e está ao serviço de uma intenção. Geralmente, é relativamente efémera. Os elementos de uma tal ordem são regidos por mandamentos e/ou podem receber funções<sup>36</sup>.

Em suma, Hayek apresenta duas formas antitéticas de organização social: a ordem espontânea (*kosmos*), concebida como fruto da ação, mas não do deliberado desígnio humano; e a ordem criada (*taxis*), produzida pela ação planejada e deliberadamente orientada do homem.

O direito, o mercado, a moral, o dinheiro, a linguagem e o conhecimento seriam subordens espontâneas que integram uma ordem maior: a sociedade. Essas instituições não se plasmaram a partir de um objetivo pré-concebido, planejado por uma mente superior. Ao invés disso, surgiram da evolução lenta e gradativa das tradições culturais fundadas nas experiências compartilhadas, mas não da reflexão humana. Reveladora a tentativa frustrada de criação intencional do esperanto; uma língua criada para um propósito específico: a comunicação entre diferentes culturas. Típico exemplo de que o estabelecimento da ordem não requer planejamento.

<sup>35</sup> DE SALLE, Coentín. **A Tradição da Liberdade: Grandes Obras do Pensamento Liberal**. Trad. Luís Humberto Teixeira. Bruxelas / Lisboa: European Liberal Forum / Movimento Liberal Social, 2010. p. 191.

<sup>36</sup> Idem. *Ibidem.*, p. 191.

De outra feita, a sociedade, considerada como a superordem espontânea, também é composta de ordens criadas, a que Hayek associa às organizações.

Desde o século XIX, o termo “organização” foi criado em contraposição a ordem espontânea abstrata das estruturas sociais. Segundo nosso autor, o termo bem refletiu o espírito do período napoleônico, vindo a se transformar no “conceito central dos planos para a ‘reconstrução da sociedade’ dos principais fundadores do socialismo moderno – os saint-simonianos – e de Augusto Comte (1798-1857)”<sup>37</sup>.

Sobre a exacerbação do uso do termo organização, fruto da ordem criada (*taxis*), em franca oposição à ordem espontânea, Hayek assim preleciona:

A idéia de organização, neste sentido, é uma consequência natural da descoberta dos poderes do intelecto humano e especialmente da atitude geral do racionalismo construtivista. Essa idéia pareceu por muito tempo o único processo pelo qual uma ordem que atendesse aos propósitos humanos poderia ser deliberadamente alcançada, e ela é de fato o método inteligente e eficaz para a consecução de determinados resultados conhecidos e previsíveis. Mas, assim como seu desenvolvimento é uma das grandes realizações do construtivismo, assim também o desprezo que demonstra pelos próprios limites é um dos seus mais graves defeitos. Não leva em conta o fato de que o desenvolvimento da mente capaz de dirigir uma organização, e o da ordem mais abrangente em cujo âmbito funcionam as organizações, baseia-se em adaptações ao imprevisível, e que a única possibilidade de transcender a capacidade das mentes individuais é valer-se das forças ‘auto-organizadoras’ e suprapessoais que geram as ordens espontâneas<sup>38</sup>.

Entre as organizações, qualificadas como estrutura deliberadamente criada pelo homem (ordem criada ou *taxis*), estão o governo e as empresas.

<sup>37</sup> HAYEK. **Direito, Legislação e Liberdade**. Vol. I, p. 57.

<sup>38</sup> Idem. *Ibidem.*, Vol. I, p. 58-59.

No que concerne à formação espontânea de uma ordem policêntrica, assim se manifestou Michael Polanyi (1891-1976), em *The Logic of Liberty* (1951):

Quando a ordem se realiza entre seres humanos ao se permitir que interajam por sua livre iniciativa – estando sujeitos apenas às leis que se aplicam igualmente a todos -, temos um sistema de ordem espontânea na sociedade. Poderemos dizer, então, que os esforços desses indivíduos são coordenados pelo exercício de sua iniciativa individual e que essa autocoordenação justifica essa liberdade em termos sociais. Diz-se que as ações desses indivíduos são livres, porque não são determinadas por uma ordem específica de um superior ou de uma autoridade pública; a ordem à qual devem obedecer é impessoal e geral<sup>39</sup>.

Essas “leis que se aplicam a todos”, dotadas da impessoalidade e da generalidade citadas por Michael Polanyi, correspondem a noção de norma de conduta que informa a ordem espontânea, vista em contraposição à norma característica da ordem criada.

Ambas são o tema da seção seguinte.

### III.3 - A Distinção entre Lei (*nomos*) e Legislação (*thesis*)

Associada a cada uma das formas de organização social (*kosmos* e *taxis*), Hayek distingue duas espécies de normas de conduta que denomina, com esquete na antiguidade clássica, *nomos* e *thesis*.

Lei (*nomos*) é a norma que enquadra, mas não dirige o comportamento. É a norma que ordena o comportamento em uma ordem espontânea (*kosmos*). Constitui *nomos* as chamadas normas de justa conduta. Aquelas que estabelecem limites gerais e abstratos ao que deve ou não deve ser feito. Está estritamente relacionada à liberdade, regulando usos e costumes consolidados pelo tempo.

<sup>39</sup> POLANYI, Michael. *apud* HAYEK. **Os Fundamentos da Liberdade**. p. 177-78.

Norberto Bobbio rejeita a essencialidade dos requisitos de generalidade e abstração para a existência de uma norma jurídica, com base no argumento segundo o qual há, nos ordenamentos jurídicos reais, comandos e ordens ao lado das normas gerais e abstratas. Por essa razão, não haveria que se falar em generalidade e abstração como requisitos essenciais da norma jurídica<sup>40</sup>.

É oportuno lembrar, todavia, que a abordagem de Hayek sobre o direito é deontológica, um dever-ser não necessariamente aderente à realidade observada.

O *nomos*, como norma de justa conduta, não é norma criada, mas descoberta pelo juiz ou pelo o legislador que a apenas a externaliza. Para Hayek, o juiz é “*uma instituição da ordem espontânea*” e seu papel é descobrir ou aperfeiçoar – e não criar – as normas. Aperfeiçoa ao enunciá-las, tornando-as mais precisas, e descobre-as quando nunca foram enunciadas<sup>41</sup>.

A lei, na acepção de *nomos*, não se dirige a um propósito específico, mas possui a função de delimitar os domínios de proteção do indivíduo, formulando as condições gerais e abstratas de como os direitos podem ser resguardados ou adquiridos. Logo, é norma essencialmente negativa. É, também, o instrumento de que os indivíduos se valem para enfrentar a ignorância resultante da limitação de nossas mentes.

Funda-se na tradição da *common law* que sustenta a contenção do poder arbitrário do estado em relação ao indivíduo. O *nomos* dos gregos é o antigo *ius* dos romanos ou aquilo que, em outras línguas europeias, é chamado de *droit* (francês), *recht* (alemão) e *diritto* (italiano).

São exemplos de normas de justa conduta o direito à propriedade, à vida, à herança, os princípios que regem o direito penal, dentre outros.

<sup>40</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 3ª Ed., 2005. p. 181.

<sup>41</sup> HAYEK. **Direito, Legislação e Liberdade**. Vol I, p. 110.

Nas lições de Ubiratan Jorge Iorio: *Nomos* refere-se a regras que regulam a conduta dos indivíduos, aplicáveis a um número desconhecido de situações futuras, que consistem em decorrência dos direitos individuais e às quais todos os indivíduos, indistintamente, devem subordinar-se. É, em poucas palavras, a lei garantidora da liberdade, a autoridade da lei, que deve ser descoberta, no sentido de que sua fonte básica são os usos, costumes e tradições<sup>42</sup>.

De outra feita, legislação (*thesis*) está associada a um comando, a uma instrução que visa a uma ação concreta. É o comando que dirige a ação em uma ordem criada (*taxis*). Segundo Iorio, a legislação diz respeito às “regras derivadas do conceito positivo de lei, ou seja, a comandos, aplicáveis de modo desigual sobre as pessoas e nem sempre de modo prospectivo”<sup>43</sup>. É norma criada para atender a propósitos específicos, sendo por vezes instrumentalizadas para suprir demandas de grupos que detém o poder político ou gravita em torno dele. Impõe-se por sua coercitividade extrínseca, destituídas que estão da autoridade ínsita que caracteriza as normas de justa conduta (*nomos*).

Decorre do positivismo jurídico. É o que em na língua alemã se conhece como *gesetz* ou *legge* em italiano. É também o caso da maior parte das leis editadas e promulgadas pelos Poderes Executivo e Legislativo brasileiros.

São exemplos de normas dessa natureza a que impõe a obrigatoriedade de pagar impostos, os orçamentos públicos, o alistamento militar e eleitoral, dentre muitas outras.

Diante desse cenário, Iorio atenta para a existência de dois casos polares de organizações sociojurídicas conhecidas: sociedades livres e sociedades totalitárias<sup>44</sup>.

A sociedade livre – ou de homens livres – caracteriza-se pela combinação *kosmos-*

*nomos*. Em outras palavras, a sociedade livre é aquela que alberga o indivíduo como o sujeito da liberdade. Resulta o que se convencionou chamar ordem liberal, calcada na economia de mercado e no estado de direito, ambos manifestações da ordem espontânea.

Por sua vez, a sociedade totalitária caracteriza-se pela combinação *taxis-thesis*, resultante da ordem deliberadamente criada pelos indivíduos, cujas características centram-se no planejamento e controle da economia e na prevalência de comandos destinados a atingir fins específicos.

### III.3.a - A Impossibilidade de uma Terceira Via

Para Ubiratan Iorio, direito e economia são “inseparáveis e precisam ser complementares, quando se busca uma ordem social adequada”. Desse modo, “quaisquer formas intermediárias entre uma ordem espontânea e uma ordem dirigida são inviáveis, porque sofrem, por definição, de inconsistências lógicas internas fatais”<sup>45</sup>.

Revela-se, então, a natureza não intercambiável dessas duas formas de organização político-social (*kosmos-nomos/taxis-thesis*), a partir de uma condição conhecida como *tertium non datur* ou lei do terceiro excluído, uma condição em que se torna impossível conceber-se uma terceira alternativa.

As formas mistas consubstanciarium os arranjos *kosmos-thesis* e *taxis-nomos*.

Um arranjo *kosmos-thesis* caracteriza-se pela economia de mercado regida por comandos do tipo *thesis*. É o denominado liberalismo social; uma contradição em termos. Tal arranjo implica a inibição da competição pelas ordens pessoais - e, portanto, desiguais - dirigidas ao processo de mercado, nele interferindo via distorção nas informações geradas pelos preços. Resulta daí a desordem econômica que, na opinião corrente, demandaria mais

<sup>42</sup> IORIO, Ubiratan. **Economia e Liberdade: A Escola Austríaca e a Economia Brasileira**. São Paulo: Forense Universitária, 1997.

<sup>43</sup> Idem. *Ibidem*.

<sup>44</sup> Idem. *Ibidem*.

<sup>45</sup> IORIO, Ubiratan Jorge. **Ação, Tempo e Conhecimento: A Escola Austríaca de Economia**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2011. p. 23.

intervenção estatal, abrangendo o *kosmos-thesis* para o arranjo extremo característico dos regimes de intervencionismo econômico pleno (*taxis-thesis*).

Nesse contexto, Iorio, com respaldo na lição de Ludwig von Mises (1881-1973), alerta para o fato de que os efeitos indesejados da intervenção demandam intervenções cada vez maiores, o que acaba por culminar na substituição da economia de mercado por uma economia planificada do tipo *taxis-thesis*<sup>46</sup>. A mecânica das reiteradas intervenções está fartamente retratada na coletânea de ensaios de Frédéric Bastiat (1801-1850) intitulada apenas como o nome do autor homônimo<sup>47</sup>, com o sugestivo título “*O que se vê e o que não se vê*” e também no livro *Intervencionismo: uma Análise Econômica*, de Ludwig von Mises, verdadeiras aulas magnas sobre o fenômeno da intervenção estatal<sup>48</sup>.

Por sua vez, um arranjo *taxis-nomos* resulta da tentativa de conjugar liberalismo político com controle econômico. É a tese sustentada pela social democracia. Da mesma forma que no arranjo anterior, a contradição é patente. Isso porque o intervencionismo econômico é incompatível com a aplicação de normas de justa conduta do tipo *nomos*. Uma vez que os planejadores sociais encerram a compreensão do processo de mercado como fruto da deliberada criação humana, a condução desse processo tem de, necessariamente, ser realizada por comandos. O resultado é a substituição das normas impessoais do mercado por ordens dirigidas com a finalidade de alcançar determinados objetivos. Aqui, mais uma vez, o arranjo converge, gradativamente, para a conformação extrema *taxis-thesis*.

Ao explicar sobre a razão que sustenta a impossibilidade de uma organização

sociopolítica intermediária, Ubiratan Iorio aduz o ensinamento de Gabriel Zanotti, segundo o qual “os problemas da organização econômica da sociedade não se apresentam em termos contrários, mas em termos contraditórios”<sup>49</sup>.

Termos contrários admitem um termo intermediário: entre frio e quente, existe “morno”; entre fechado e aberto, existe “semi-aberto”; entre branco e preto, existe “cinza”, etc. Mas o princípio lógico da exclusão dos terceiros mostra que, quando os termos são contraditórios, não existe uma terceira possibilidade intermediária entre eles: por exemplo, entre chover e não chover, entre frio e não frio, entre economia de mercado e economia controlada. A formulação metafísica desse princípio é que a única possibilidade intermediária entre ser e não ser, entre dois termos contraditórios, é ser e não ser a um só tempo, o que viola o princípio de não contradição. Logo, não existe uma terceira opção entre economia de mercado e “economia de não mercado”<sup>50</sup>.

No mesmo diapasão, Norberto Bobbio esclarece que duas proposições são contrárias quando ambas não podem ser verdadeiras, mas podem ser ambas falsas. Quanto aos termos contraditórios, afirma que, duas proposições são contraditórias quando não podem ser ambas verdadeiras nem falsas. Deduz-se daí que entre duas proposições contrárias há relação de incompatibilidade e entre proposições contraditórias, de alternatividade<sup>51</sup>.

Admitida a tese da contradição dos modelos de organização político-social, poder-se-ia rechaçar, dada a incoerência lógica em eleger uma terceira via, a possibilidade de existência do chamado liberalismo social, à guisa do que pugnava o saudoso diplomata José Guilherme Merquior (1941-1991), e da

<sup>46</sup> MISES *apud* IORIO. *Economia e Liberdade*.

<sup>47</sup> BASTIAT, Frederic. **Frederic Bastiat**. Trad. Ronaldo da Silva Legey. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

<sup>48</sup> MISES, Ludwig von. **Intervencionismo: Uma Análise Econômica**. Trad. Donald Stewart Jr. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.

<sup>49</sup> IORIO. *Economia e Liberdade*.

<sup>50</sup> ZANOTTI, Gabriel. *apud* IORIO. *Economia e Liberdade*.

<sup>51</sup> BOBBIO. *Teoria da Norma Jurídica*. p. 185.

socialdemocracia, bem representada pelo ordoliberalismo alemão.

Hayek não transigiu com o fato de que o sistema de organização político-social de uma sociedade livre pudesse comportar desmembramentos que, ao fim e ao cabo, terminariam por renegá-la, conduzindo-a a uma sociedade totalitária.

## IV - DIREITO

### IV.1 - A Aparente Indistinção entre Lei e Direito

Como dito alhures, F. A. Hayek define lei (*law*) como o *nomos* dos gregos, o antigo *ius* dos romanos, o *droit* dos franceses, o *recht* dos alemães ou o *diritto* dos italianos.

Hayek não faz qualquer distinção entre os termos lei e direito. Cumpre lembrar que, para o autor, *nomos* possui um significado bem definido e distinto daquele que usualmente se apresenta como lei no sentido de emanção típica do poder legislativo.

Como bem observaram Bruno Salama e Lucas Mendes, em artigo intitulado "Direito como Liberdade"<sup>52</sup>, a visão jurídica de Hayek – e entre ela a sua definição de lei e direito – contrasta claramente com a teoria jurídica contemporânea, principalmente se comparada com os preceitos contidos na tradição jurídica da *civil law*. A análise empreendida pela teoria jurídica atual recai sobre os diplomas estabelecidos pelos legisladores e juízes (leis e jurisprudência no sentido usual dos termos), sobre suas fontes e formas. Para Hayek, o direito não se qualifica por suas fontes e formas, mas por seu conteúdo.

Para se ter uma melhor compreensão da aparente indistinção entre lei e direito

na visão hayekiana, é interessante notar os conceitos de ambos formulados por Henry Maksoud (1929-2014) e por Bruno Salama e Lucas Mendes.

No prefácio de *Os Fundamentos da Liberdade*, Henry Maksoud sintetizou o conceito de lei elaborado por Hayek.

A lei é norma geral de conduta, igual para todos e aplicável a número desconhecido de casos futuros, abstraídos, portanto, de quaisquer circunstâncias específicas de tempo e de lugar e referindo-se apenas a condições que possam ocorrer em qualquer lugar ou a qualquer tempo<sup>53</sup>.

Já Salama e Mendes assim definiram direito, de acordo com a compreensão de Hayek: "o direito consiste de normas abstratas, indistintamente aplicáveis e prospectivas, que se baseiam no costume comunitário e evoluem através das práticas judiciais"<sup>54</sup>.

Percebe-se muito claramente que ambos os conceitos comportam algumas similaridades. Mas será mesmo que os termos são indistinguíveis?

### IV.2 - O Conceito de Direito

É preciso, portanto, diferenciar, com mais precisão, os conceitos de lei e de direito em Hayek.

Pode-se identificar, a partir de ambos os conceitos expressos na seção anterior, que lei refere-se à regra universal, de conduta justa, geral, abstrata, não deliberadamente criada pelo homem, não necessariamente escrita e aplicada a um número indistinto de casos futuros, sem qualquer correspondência com circunstâncias específicas de tempo e lugar.

A propósito, Hayek alerta para a concepção errônea, propagada desde os racionalistas construtivistas até o positivismo jurídico contemporâneo, segundo a qual uma sociedade se constitui e, apenas depois dessa constituição, suas leis são elaboradas.

<sup>52</sup> SALAMA, Bruno & MENDES, Lucas. Direito como Liberdade. *Ordem Livre*, 2010. Disponível em: <http://ordemlivre.org/posts/direito-como-liberdade>.

<sup>53</sup> HAYEK. *Os Fundamentos da Liberdade*. p. xxi.

<sup>54</sup> SALAMA & MENDES. Direito como Liberdade.

Lastreado em uma constatação antropológica, nosso autor afirma que o direito precede àqueles comandos (também conhecidos entre nós como leis), decorrentes da criação intencional de corpos legislativos. Logo, a autoridade e o próprio estado só poderiam derivar do direito e nunca o contrário, como querem os juspositivistas<sup>55</sup>. Assim, ambos derivariam de concepções pré-existentes de justiça que os indivíduos obedeciam, sem, contudo, estarem plenamente conscientes delas.

O poder de legislar pressupõe o mínimo de concordância sobre alguns princípios comuns que são reconhecidos por todos e limitam aquele poder, apesar de não se constituírem como normas positivadas. Esses princípios comuns, segundo Hayek, decorrem do processo evolutivo que constituem a ordem espontânea. As normas que surgem como produto de uma ordem espontânea são definidas por Hayek como lei ou direito (*nomos*) indistintamente.

Dessa fórmula surgiu, a partir da criação dos Tribunais Reais de Westminster, a figura da jurisprudência, cuja função não foi só a de aplicar o direito aos casos concretos, mas também a de destacar as regras do direito, como assentou René David (1906-1990), em *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*<sup>56</sup>.

Conquanto Hayek não tenha apresentado um conceito fechado sobre o que vem a ser o Direito, Coentín de Salle bem cumpriu essa tarefa ao buscar uma definição teleológica que afirma ser o direito “*o conjunto das regras de conduta desencadeadas por um processo evolutivo e que asseguram, de facto, uma ordem social espontânea*”<sup>57</sup>.

Mas se o direito deve assegurar a ordem social espontânea, como se deve processar essa tutela? É o que veremos na seção seguinte.

### IV.3 - O Propósito do Direito

Hayek assume a posição do jurista Roscoe Pound (1870-1964), em *Law and Morals*, para quem o propósito do direito é: Impedir a mútua interferência entre seres conscientes e dotados de livre arbítrio. É ordená-los de tal modo, que cada um exerça sua liberdade de uma maneira compatível com todos os demais, visto que estes devem ser igualmente considerados fins em si mesmos<sup>58</sup>.

Assim, o propósito do direito para Hayek é salvaguardar a liberdade individual, através da proteção de expectativas consideradas legítimas. Em outras palavras, o direito tem por fim “*impedir a frustração das expectativas que ele declara legítimas, e não [...] qualquer prejuízo causado a outrem*”<sup>59</sup>.

Hayek admite que a distinção entre expectativas legítimas e ilegítimas nem sempre é uma tarefa fácil. Diante dessa dificuldade, propõe o autor que apenas deve ser objeto do direito as ações que afetam outrem, tradicionalmente denominadas *operationes quae sunt ad alterum* (ações relativas a outrem). Logo, as ações que não afetam nem prejudicam quem quer que seja não podem ser objeto do direito. É o caso das ações que os indivíduos praticam em sua esfera íntima, reservada, ou em relações consentidas que não afetem terceiros.

Também não será objeto de proteção do direito toda e qualquer ação que porventura viesse a prejudicar outras pessoas, porquanto dificilmente podem-se prever todas as consequências de uma dada ação. Como bem exemplifica Hayek:

Numa sociedade em permanente mudança, o direito só pode impedir a frustração de algumas expectativas, não de todas. E algum dano conscientemente causado a outrem é

<sup>55</sup> HAYEK. *Direito, Legislação e Liberdade*. Vol. I, p. 110-11.

<sup>56</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>57</sup> DE SALLE. *A Tradição da Liberdade*. p. 206.

<sup>58</sup> POUND, Roscoe. *apud* HAYEK. *Direito, Legislação e Liberdade*. Vol. I, p. 123.

<sup>59</sup> HAYEK. *Direito, Legislação e Liberdade*. Vol. I, p. 119.



até essencial à preservação de uma ordem espontânea: o direito não proíbe a criação de uma nova empresa, mesmo que se saiba de antemão que isso acarretará o fracasso de outra<sup>60</sup>.

A despeito da dificuldade em distinguir entre expectativas legítimas e ilegítimas, Hayek resolve grande parte do problema ao propor que a finalidade do direito é dar concretude às expectativas legítimas dos indivíduos, pela delimitação dos limites protegidos de cada um, ou seja, pela delimitação da propriedade, em seu sentido mais amplo: vida, liberdade e bens materiais<sup>61</sup>.

Em outras palavras, o propósito do direito é salvaguardar a liberdade dos indivíduos contra a possibilidade de exercício arbitrário de outrem e do Estado.

#### IV.4 - Direito Público e Direito Privado

Atualmente, a linha divisória entre o direito privado e o direito público vem sendo obliterada, em face de um fenômeno denominado publicização do direito privado, voltado à transformação do direito privado em direito público, a serviço das legislações sociais.

De acordo com Hayek, os debates acerca da estrutura conceitual do direito privado estão a cargo dos publicistas, *“para quem o direito é direito público, e a ordem se reduz à organização”*<sup>62</sup>. Parte-se, segundo ele, de um erro crasso, calcado na crença segundo a qual *“só as ações que visam deliberadamente a propósitos comuns servem a necessidades comuns”*<sup>63</sup>.

O direito público reclama, em suma, que as condutas dos indivíduos se ajustem ao interesse público, por meio dos comandos específicos editados pela organização governamental. A substituição do direito privado pelo

direito público vem-se concretizando, em grande medida, pela orientação da atividade privada para fins específicos e em benefício de determinados grupos. Os governos, dessa forma, passam a tutelar os indivíduos como uma coisa a ser administrada com a finalidade de atingir resultados específicos.

A realização do fenômeno da publicização do direito privado pavimentou o caminho rumo à *“socialização do direito”*, no qual seus defensores pleiteiam a presença massiva do estado na esfera privada.

As teorias publicistas encontraram terreno fértil na Alemanha, fonte a partir da qual a doutrina e a jurisprudência brasileira se abeberaram com considerável frequência. De acordo com o autor:

Foi na própria Alemanha, no entanto, que esse processo mais avançou e em que teve consequências mais plenamente aceitas e explicitamente acatadas. Nesse país passara a ser opinião corrente que a busca dos objetivos sociais envolvia a progressiva substituição do direito privado pelo direito público. De fato, os mais destacados pensadores socialistas no campo do direito proclamavam abertamente a doutrina de que o direito privado, destinado à coordenação das atividades individuais, seria progressivamente substituído por um direito público subordinante, afirmando que para a consecução de uma ordem social de direito, o direito privado deveria ser considerado apenas um campo de iniciativa privada provisório e em constante retração, temporariamente tolerado na esfera todoabrangente do direito público. Essa evolução foi muito facilitada na Alemanha pela remanescência de uma tradição de poder governamental fundamentalmente ilimitado, baseada numa mística de *Hoheit* e *Herrschaft*, que encontrou sua expressão em concepções, então ainda basicamente ininteligíveis no mundo ocidental, tais como a de que o cidadão é um súdito da administração governamental e a de que o direito administrativo é o direito característico das relações entre o estado administrador e os súditos com que este depara em suas atividades<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> Idem. *Ibidem.*, Vol. I, p. 118.

<sup>61</sup> Idem. *Ibidem.*, Vol. I, p. 125.

<sup>62</sup> Idem. *Ibidem.*, Vol. I, p. 157.

<sup>63</sup> Idem. *Ibidem.*, Vol. I, p. 155.

<sup>64</sup> Idem. *Ibidem.*, Vol. I, p.167.

Enquanto o direito público pugna a interferência na esfera privada, o direito privado limita-se a permitir aos indivíduos a busca por suas metas individuais, restringindo suas ações apenas quando elas causarem um prejuízo qualificado como ilegítimo a outrem.

## V - JUSTIÇA E JUSTIÇA SOCIAL

### V.1 - A Concepção Hayekiana de Justiça

Originado em Aristóteles (384-322 a.C.), o conceito de justiça é inerente à ação do homem na *polis* (comunidade política); à ação do homem enquanto animal político. Sob essa perspectiva, a justiça pressupõe alteridade, porquanto será sempre exercida em relação a outrem no interior da comunidade política<sup>65</sup>.

A justiça aristotélica pressupõe a adequação da ação à lei e da igualdade dos indivíduos numa dada comunidade enquanto agentes políticos (igualdade formal).

Mas a que lei Aristóteles esta a se referir? A lei oriunda do positivismo jurídico ou o *nomos* grego minuciosamente descrito por Hayek?

A concepção de justiça lastreada na adequação da ação a uma lei de cunho positivista é uma contradição em termos. Como vivemos em uma sociedade de homens e não de anjos, a associação da validade de uma lei a sua mera existência abre espaço para a criação de leis tirânicas. Como bem observa Denis Rosenfield, pode-se “*perfeitamente ocorrer, num caso como este, que a ação que viole a lei tirânica seja justa, caindo aquela que a preserva na determinação oposta, qual seja, a de ser injusta*”<sup>66</sup>. Dessa forma, o conceito positivista de lei viola as condições exigidas pela concepção aristotélica de justiça.

Portanto, resta claro que a ideia de lei que integra a concepção de justiça aristotélica

<sup>65</sup> ROSENFELD. *Justiça, Democracia e Capitalismo*. p. 133.

<sup>66</sup> Idem. *Ibidem.*, p. 134.

encontra ressonância no *nomos* grego a que Hayek define como a lei da sociedade aberta, cuja incidência se estende a todos de forma geral e abstrata.

Hayek, na linha aristotélica, rejeita a noção de que a justiça seja um atributo inerente à sociedade, entendida aqui como ordem espontânea. Foi a arcaica antropomorfização da sociedade que lhe atribuiu comportamentos inerentes aos indivíduos. Entre tais comportamentos repousam as qualificações das sociedades como justas ou injustas<sup>67</sup>.

Apenas a conduta humana, alicerçada em ações individuais e assentadas nos comandos que a governam, é que pode ser considerada justa ou injusta. Assim, Hayek entende a justiça como um atributo exclusivo da conduta humana, seja proveniente de um indivíduo tomado de *per se* ou de organizações compostas por grupos de indivíduos capazes de agir.

Consentâneo com seu evolucionismo social, a justiça, assim como todos os termos de cunho abstrato, constitui adaptações à ignorância em relação a fatos particulares. Para o autor, uma condição factual que ninguém é capaz de alterar não pode ser qualificada como justa ou injusta, mas apenas como boa ou má. Como exemplo, Hayek afirma que não há injustiça no fato de alguém nascer com um defeito físico ou de ter sido acometido por alguma doença, muito embora se trate de circunstâncias ruins<sup>68</sup>.

Uma vez que somente situações criadas pela vontade humana podem ser chamadas de justas ou injustas, os elementos de uma ordem espontânea não podem ser justos ou injustos: se não é o resultado pretendido, ou previsto, da ação de alguém que A tenha muito e B pouco, isso não pode ser chamado

<sup>67</sup> ORDOÑEZ, Carmen D. B. El Concepto de Justicia Social em Hayek. In: SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel & HOYO SIERRA, Isabel Araceli (Eds.). *Textos Jurídicos y Contextos Sociales en F. A. Hayek*. Madrid: Dykinson, 2011. p. 179-98. Esp. p. 180.

<sup>68</sup> HAYEK. *Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. p. Vol. II, 36.

de justo ou injusto. Veremos que aquilo a que se chama de justiça 'social' ou 'distributiva' é, na verdade, algo sem significado numa ordem espontânea, só tendo sentido numa organização<sup>69</sup>.

Percebe-se, com isso, que a concepção de justiça de Hayek é consentânea com sua teoria das ordens. Se a reivindicação de justiça é dirigida à sociedade e esta mesma sociedade (ordem espontânea), não atua com vistas a propósitos específicos, então não se pode inferir que a sociedade seja justa ou injusta, uma vez que o conceito se adstringe tão somente às ações deliberadas de indivíduos ou de grupos de indivíduos.

Com visto alhures, a função das normas numa sociedade livre (normas de conduta justa ou *nomos*) é formular as condições gerais e abstratas de como os direitos são adquiridos, jamais estipular objetivos específicos, como sói acontecer com os comandos (*thesis*). Assim, o domínio de cada indivíduo dependerá de suas ações e de circunstâncias factuais não determinadas pela norma (*nomos*), o que torna impossível a avaliação da justiça de quaisquer resultados produzidos em casos específicos.

Apesar disso, é possível considerar que a justiça ou injustiça possa surgir em relação à forma com a qual um processo social é conduzido. Nesse ponto, Hayek concorda com a concepção de John Locke (1632-1704) concernente à justiça da concorrência, segundo a qual "o que importa é o modo como a concorrência é levada a efeito, não seu resultado"<sup>70</sup>.

Como bem observa Carmen Ordoñez:  
O homem se sente injustamente tratado quando alguém suficientemente poderoso altera as regras no desenrolar do jogo. Mas não se sente injustamente tratado quando fracassa em sua empresa<sup>71</sup>.

A concepção de justiça em Hayek se apresenta como atributo da conduta humana. Não se ocupa de resultados sociais específicos, sendo por isso eminentemente procedimental. Decorre do princípio segundo o qual todos devem ser livres e iguais perante a lei (*nomos*), compreendida esta como norma abstrata, sem destinatários pré-estabelecidos (igualdade formal), voltada a evitar coações ilegítimas chanceladas pelas instâncias legislativas.

## V.2 - A Prova Negativa da Universalizabilidade da Justiça

Ao conseguir provar que não há critérios positivos de justiça, o positivismo jurídico sustenta erroneamente que não há quaisquer critérios objetivos de justiça.

Ressentidos com a descoberta da inexistência de um critério positivo, em que todo um sistema de normas deveria assentar-se em premissas a partir das quais poderia ser logicamente deduzido, os juspositivistas construíram a ideia de que "todas as questões de justiça eram tão somente uma questão de vontade, de interesse ou de emoções"<sup>72</sup>.

Assim, propuseram que a noção de justiça fosse convencionalizada, abrindo o caminho para o arbítrio estatal ou, em outras palavras, abrindo o caminho para a servidão.

Em resposta, Hayek alerta que a inexistência de um critério positivo de justiça não impede que a justiça seja objetivamente determinada por "critérios negativos que nos mostram o que é injusto"<sup>73</sup>. Como não se pode ter a certeza de ter alcançado a justiça, a eliminação gradual do falso e do injusto permite que se aproxime cada vez mais dela.

Trata-se da prova da universalizabilidade de Immanuel Kant (1724-1804), um teste negativo que "permite eliminar por etapas graduais o que é injusto"<sup>74</sup>. É dizer: um ato é justo se atende ao imperativo categórico kantiano

<sup>69</sup> Idem. *Ibidem.*, Vol. II, p. 38.

<sup>70</sup> Idem. *Ibidem.*, Vol. II, p. 47.

<sup>71</sup> ORDOÑEZ. El Concepto de Justicia Social em Hayek. p. 186. Tradução livre.

<sup>72</sup> HAYEK. *Direito, Legislação e Liberdade*. Vol. II, p. 54.

<sup>73</sup> Idem. *Ibidem.*, Vol. II, p. 52.

<sup>74</sup> Idem. *Ibidem.*, Vol. II, p. 53.

que afirma que se deve agir segundo a máxima que se possa querer que ele se torne lei universal. Nesse ponto, Hayek traça um paralelo entre com o tratamento das normas jurídicas sujeitas a uma prova negativa e o desenvolvimento realizado na filosofia da ciência, mormente no que tange ao falsificacionismo de Karl Popper (1902-1994)<sup>75</sup>.

Assim, a justiça de um ato não depende da vontade deliberada do agente de se querer que tal ato seja justo, mas sim da compatibilidade desse ato com um sistema de normas universais que regem a sociedade (*nomos*).

Nesse contexto, Hayek opera uma crítica imanente que considera a ação praticada relativamente a um sistema de valores vigentes, sem que se pretenda ao fim e ao cabo uma reconstrução geral de todo o sistema<sup>76</sup>.

Vista a concepção hayekiana de justiça como atributo da conduta humana, cuja ação se caracteriza pela adequação a regras universais de conduta justa (*nomos*), passemos ao próximo tópico que trata de sua crítica à justiça social.

### V.3 - Justiça Social

#### V.3.a - A Justiça Social Ontem e Hoje

Ubiratan Borges de Macedo (1937-2007), em *Liberalismo e Justiça Social*, afirma que o termo justiça social começou a ser empregado no século XVIII, não sob a forma que atualmente se lhe reveste, mas, ironicamente, no sentido de aplicação das normas de conduta justa numa sociedade<sup>77</sup>.

O mesmo autor ensina que a acepção atual do termo justiça social na forma pela qual hoje a conhecemos foi, inicialmente, preconizada por William Godwin (1756-1836),

<sup>75</sup> Idem. *Ibidem.*, Vol. II, p. 53-54.

<sup>76</sup> DE LA NUEZ, Paloma. *La Política de La Libertad. Estudio del Pensamiento Político de F. A. Hayek*. Madrid: Unión Editorial, 2013.

<sup>77</sup> MACEDO, Ubiratan Borges de. *Liberalismo e Justiça Social*. São Paulo: IBRASA, 1995. p. 83.

um socialista do século XVIII, em *Enquiry Concerning Political Justice*<sup>78</sup>, e, posteriormente, disseminada pelos socialistas de todos os matizes. Em menor medida, também contribuíram para a disseminação do atual conceito de justiça social a doutrina social da igreja católica e a inusitada corrente de pensamento denominada liberalismo social.

Em relação à apropriação e disseminação do termo justiça social pelos socialistas de todos os gêneros, Hayek assim se expressou:

A expressão traduziu desde o início as aspirações que constituíam a essência do socialismo. Embora o socialismo clássico se tenha em geral caracterizado pela exigência da socialização dos meios de produção, isso era, para ele, sobretudo um meio considerado essencial para a realização de uma distribuição 'justa' da riqueza; e, visto que os socialistas descobriram mais tarde que essa redistribuição poderia ser efetivada, em grande parte e com menor resistência, por meio da tributação (e de serviços governamentais por ela financiados), relegando muitas vezes, na prática, suas exigências anteriores, a realização da 'justiça social' tornou-se sua principal promessa<sup>79</sup>.

Mas, afinal, o que vem a ser essa tal justiça social?

O autor que mais contribuiu para o prestígio da expressão justiça social foi John Stuart Mill (1806-1873), reconhecido filósofo e economista liberal. Seu pensamento acabou, de certa forma, por solapar o liberalismo clássico ao fornecer as bases para a construção de um "novo liberalismo", assentado na liberdade positiva, na negação do *laissez-faire* e na justiça social. A partir dele, uma vertente do liberalismo denominada liberalismo social passa a associar a justiça social com a justiça distributiva e a confundir a expressão com o termo igualdade (igualdade de oportunidades). São passagens como as citadas por Mill que, consubstanciadas em

<sup>78</sup> GODWIN, William. *Enquiry Concerning Political Justice*. London: G.G.J. and J. Robinson, 1793.

<sup>79</sup> HAYEK. *Direito, Legislação e Liberdade*. Vol. II, p. 83.

reivindicações de justiça dirigidas à sociedade, conduzem-na diretamente ao socialismo.

É universalmente considerado justo que cada pessoa obtenha o que merece (seja bom ou mau), e injusto que obtenha um bem ou seja submetida a um mal que não merece. Esta é talvez a mais clara e mais enfática forma em que a ideia de justiça é concebida pelo senso comum. Como envolve a ideia de merecimento, surge a questão do que constitui o merecimento [...].

A distinção entre rico e pobre, que pouquíssima relação tem com o mérito e com o demérito, ou mesmo com o esforço ou a falta de esforço, é sem dúvida injusta<sup>80</sup>.

Na mesma linha, os adeptos do liberalismo social definem justiça social como Igualdade que deve ser introduzida por medidas indiretas, sejam elas tributação sobre herança e imposto sobre a renda, respeitando-se as liberdades individuais mediante reformas aprovadas por congressos livremente eleitos, e amplamente debatidas<sup>81</sup>.

O estado, nesse contexto, passa a ocupar a posição de agente promotor da aludida justiça social.

Na esteira do Novo Igualitarismo proposto por John Rawls (1921-2002), a justiça social é a *“maneira como se distribuem direitos e deveres fundamentais e a partilha do produto social, isto corporificado na constituição e arranjos econômicos sociais”*<sup>82</sup>.

No que tange à Doutrina Social da Igreja Católica, pretende-se imprimir uma definição de justiça social coincidente com a de justiça geral tomista, mas seu conteúdo está repleto de medidas de distribuição de riquezas, típicas da justiça distributiva. Sua expressão mais radical encontra ressonância na utopia revolucionária da Teologia da Libertação.

Já a justiça social na concepção marxista é mero pretexto para uma profunda

intervenção do estado na esfera individual, com vistas à implantação de um regime totalitário e planificado, uma vez que expressões como justiça, direitos individuais e princípios morais que impliquem dever-ser são entraves à revolução que se pretende realizar. Embora reconheça essa realidade, Macedo propõe que *“a justiça social marxista é a imposição revolucionária (violenta) de uma igualdade material pelo Estado”*<sup>83</sup>.

Desde John Stuart Mill até hoje, a reivindicação de justiça social consiste na organização de grupos identificáveis que, através de um discurso fluido e impreciso, mobilizam-se com o intuito de reclamar políticas públicas que visem ao atendimento de demandas a serem consolidadas pela subtração de cotas do produto da sociedade.

Hayek qualifica como absurdo a exigência de justiça de um processo impessoal de distribuição das cotas de produto, uma vez que os efeitos sobre indivíduos específicos não são previstos nem pretendidos por quem quer que seja. No entanto, afirma que reivindicação de justiça social não atende a um critério mais preciso de justiça, sendo, portanto, injusta, na medida em que confere benefícios a parcelas específicas (e muitas vezes organizadas) da sociedade, em detrimento do todo<sup>84</sup>.

### V.3.b - A Crítica de Hayek à Justiça Social

No Caderno de Resoluções oriundo do 5º Congresso do Partido dos Trabalhadores (PT), cujo título não foi nada menos que *“Nossos Valores são Eternos”*, está escrito o seguinte:

Companheiras e Companheiros,  
Ninguém pode se arvorar no direito de nos dar lição de ética!  
Ninguém pode se arvorar no direito de nos ensinar qual o verdadeiro sentido da política!

<sup>80</sup> Idem. *Ibidem.*, Vol. II, p. 81.

<sup>81</sup> MACEDO. *Liberalismo e Justiça Social*. p. 85.

<sup>82</sup> Idem. *Ibidem.*, p. 89.

<sup>83</sup> Idem. *Ibidem.*, p. 87.

<sup>84</sup> HAYEK. *Direito, Legislação e Liberdade*. Vol. II, p. 82.

Ninguém pode se arvorar no direito de nos ensinar o que significa justiça social!<sup>85</sup>

Contrariando a inspiração “democrática” do partido político que governa o país desde 2003, traçaremos algumas linhas relacionadas aos ensinamentos de Hayek sobre o significado da palavra-talismã justiça social.

Atualmente, o tema justiça social é invocado por políticos e burocratas como a panaceia para todos os males que assolam o país. A razão para isso reside no fato de que “*exigência de justiça social*” constitui o meio mais eficaz de conquista de votos e de ampliação de poder do estamento burocrático.

O tema justiça social é tema recorrente nos discursos políticos e nas diretrizes dos partidos autodenominados progressistas. Em documento intitulado Programa Socialista para o Brasil do Partido Comunista do Brasil (PC do B), cujo subtítulo é nada mais nada menos que “*O fortalecimento da Nação é o caminho, o socialismo é o rumo*”, afirma-se, por exemplo, o seguinte: “[c]ombater a enorme injustiça social do país, tendo como diretriz que cada cidadão tenha os mesmos direitos e condições para o seu desenvolvimento” (g.n).

A abordagem de Hayek sobre o tema inicia-se em *O Caminho da Servidão*<sup>86</sup> e perpassa *Os Fundamentos da Liberdade*<sup>87</sup>. Nessas obras, nosso autor limita-se a tracejar algumas poucas linhas, mormente associadas a sua crítica ao *Welfare State* (estado de bem estar social), despreocupadas com uma abordagem sistemática sobre o tema.

<sup>85</sup> PARTIDO DOS TRABALHADORES. *Caderno de Resoluções do 5º Congresso do PT*. 1ª etapa: Brasília, 2013. Disponível em: [http://5c912a4babb9d3d7cce1-6e2107136992060ccfd52e87c213fd32.r10.cf5.rackcdn.com/wp-content/files/Resolues\\_5\\_Congresso\\_do\\_PT\\_DEZ\\_2013.pdf](http://5c912a4babb9d3d7cce1-6e2107136992060ccfd52e87c213fd32.r10.cf5.rackcdn.com/wp-content/files/Resolues_5_Congresso_do_PT_DEZ_2013.pdf).

<sup>86</sup> HAYEK, F. A. *O Caminho da Servidão*. Tradução e revisão Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

<sup>87</sup> HAYEK. *Os Fundamentos da Liberdade*.

Em contrapartida, Hayek dedicou, na trilogia *Direito, Legislação e Liberdade*<sup>88</sup>, um livro inteiro sobre o assunto, intitulado *A Miragem da Justiça Social* (volume dois), cuja orientação destina-se a debater com profundidade o tema justiça social.

Convém assinalar, em princípio, a observação de Michael Novak para quem “*a teoria de Hayek, com sua contundente crítica, visa à teoria secular e socialista da justiça e não à teoria clássica que se originou em São Tomás de Aquino (1225-1274)*”<sup>89</sup>.

Assim como fizera em relação aos conceitos de ordem, lei e liberdade, também na análise do conceito de justiça social de Hayek demonstra sua obsessão quanto ao (ab)uso da linguagem.

Para Hayek, “*a expressão ‘justiça social’ não pertence à categoria do erro, mas à do absurdo, como a expressão ‘uma pedra moral’*”<sup>90</sup>. Sendo a justiça um fenômeno social, adjetivá-la com o termo social é nada mais que um pleonasma<sup>91</sup>.

Hayek alerta que a expressão justiça social não pretende ser social no sentido de resultado de um processo. Trata-se de uma concepção moral que se pretende impor à sociedade, sem qualquer relação com a acepção de justiça.

Como assevera o autor, o termo social: Adquiriu gradualmente um significado preponderante de aprovação moral. Quando caiu no uso geral, durante a segunda metade do século passado, pretendia transmitir um apelo às classes ainda dominantes para que se preocupassem mais com o bem-estar dos pobres, muito mais numerosos, cujos interesses não tinham recebido a devida consideração. [...] A “política social” (ou *Social-politik*, na língua do país que então liderava o movimento) tornou-se a ordem do dia, a principal preocupação de todas as pessoas progressistas e bondosas, e ‘social’ passou, cada vez mais, a substituir termos

<sup>88</sup> HAYEK. *Direito, Legislação e Liberdade*.

<sup>89</sup> NOVAK, Michael. *apud* MACEDO. *Liberalismo e Justiça Social*. p. 109-10.

<sup>90</sup> HAYEK. *Direito, Legislação e Liberdade*. Vol. II, p. 98.

<sup>91</sup> Idem. *Ibidem.*, Vol. II, p. 99.

como 'ético', ou simplesmente 'bom'. Mas, desse apelo à consciência do povo para que se interessasse pelos desafortunados e os reconhecesse como membros da mesma sociedade, a concepção veio gradualmente a significar que a 'sociedade' deveria considerar-se ela própria responsável pela posição material de todos os seus membros, cabendo-lhe assegurar que cada um recebesse o que lhe era 'devido'. Isso implicava que os processos sociais deveriam ser deliberadamente dirigidos para resultados específicos e, mediante a personificação da sociedade, representava-a como um sujeito dotado de uma mente consciente, cuja atuação poderia ser norteadada por princípios morais. 'Social' tornou-se, cada vez mais, a designação da virtude proeminente, o atributo pelo qual se distinguia o homem bom e o ideal que deveria reger a ação comunal<sup>92</sup>.

O contorcionismo vocabular imprimido ao termo "social" transformou-o de algo próprio da estrutura e do funcionamento da sociedade em "*etiqueta da virtude proeminente*" que tem por função esvaziar de sentido tudo aquilo a que adjetiva<sup>93</sup>. É o exemplo de expressões como economia social de mercado, democracia social, estado social de direito e a própria justiça social. Conquanto se reconheça significados válidos e precisos para economia de mercado, democracia, estado de direito e justiça, "*a adição do adjetivo 'social' torna-os capaz de significar quase tudo que se queira*". Decorre daí que o adjetivo social passou a "*identificar quase toda ação como publicamente desejável*", razão pela qual os publicistas e os intervencionistas a ela se aferram com o objetivo de promoverem suas ideologias e crenças<sup>94</sup>.

Assim, a justiça social é, para Hayek, uma superstição quase religiosa. Todavia, se essa superstição fosse vivenciada no âmago de cada indivíduo, sem quaisquer consequências

negativas para a sociedade, nosso autor seria o primeiro a muito liberalmente respeitá-la. Mas esse não é o caso. Para ele, a noção de justiça social é a que mais gravemente ameaça os valores de uma civilização pautada na liberdade.

Lastreados que estão em considerações igualitárias, os seguidores da justiça social pretendem implantar a igualdade material na sociedade, uma utopia que nem os mais cruentos regimes totalitários conseguiram concretizar.

Como fruto de uma política deliberadamente orientada, a justiça social (igualdade material) tem de ser necessariamente imposta pelo governo a toda sociedade. Com isso, os indivíduos deixam de se sujeitar ao domínio de uma lei geral e abstrata a qual decidiram jungir-se em benefício próprio, para se sujeitar à imprevisibilidade e ao arbítrio de uns poucos burocratas.

Hayek indaga sobre o sentido do conceito de justiça social numa sociedade livre. Numa sociedade regida pela economia de mercado, todos se valem das informações que se encontram dispersas e tem o direito de usar seu conhecimento com vistas a atingir seus propósitos, sem qualquer intervenção em seus domínios privados. Para Hayek, o conceito de justiça social em uma sociedade livre não tem qualquer significado, uma vez que nenhuma vontade é capaz de determinar as posições relativas ocupadas pelos indivíduos ou, até mesmo, de impedir que tais posições ocorram ao acaso.

Dessa forma, Hayek assevera que a justiça social na forma como atualmente é concebida só pode ser levada a termo num sistema centralmente dirigido capaz de alterar coercitivamente as posições relativas dos indivíduos na sociedade, sempre a custa de uma perda geral de liberdade.

A instrumentalização política do conceito de justiça social constitui elemento de controle dos indivíduos frente ao estado, controle esse que perverte a noção basililar segundo a qual cabe ao estado servir os indivíduos e não o contrário.

<sup>92</sup> Idem. *Ibidem.*, Vol. II, p. 97-98.

<sup>93</sup> DE SALLE. *A Tradição da Liberdade*. p. 222.

<sup>94</sup> HAYEK. *Direito, Legislação e Liberdade*. Vol. II, p. 100.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ineficiência do estado brasileiro, aliada aos escândalos de corrupção, nunca foi tão dramática como nos dias atuais. Essas mazelas cotidianas contribuem expressivamente para o ressurgimento de ideias voltadas para a contenção do poder estatal e o estancamento da espiral intervencionista que solapa a economia nacional.

Atualmente, é possível verificar o vigoroso ressurgimento do pensamento liberal no Brasil, principalmente pela disseminação de institutos, associações e *sites* destinados à crítica do intervencionismo estatal e ao estudo dos teóricos defensores da liberdade.

Nos centros acadêmicos, por outro lado, a situação é diversa. Neles, as cátedras são ocupadas, em grande medida, por adeptos da visão ilimitada a que alude Thomas Sowell<sup>95</sup>. Para esses teóricos de corte construtivista, a mente humana é capaz de gerar sociedades melhores; eldorados em que todas as privações humanas sumiriam como num passe de mágica, bastando, para isso, que os indivíduos depositem integral confiança nas boas intenções dos burocratas no poder.

Foi com a intenção de colaborar com a disseminação do debate das teorias de cunho liberal que este trabalho foi elaborado. As linhas que antecederam a essa conclusão pretenderam transmitir alguns poucos – mas relevantes – aspectos da preciosa obra jurídica do pensador austríaco Friedrich August von Hayek.

Foi visto que a coordenação dos esforços de cada indivíduo na sociedade só pode ser concretizada através de mecanismos impessoais que surgem independentemente da ação volitiva do Homem. É o caso do direito, da linguagem, dos códigos morais, do dinheiro, do mercado, dentre outras instituições humanas.

A teoria do direito do pensador austríaco está intimamente integrada a sua

compreensão do direito como uma instituição – criada pelo Homem, mas não de forma deliberadamente voltada a um propósito específico – responsável pela salvaguarda da liberdade individual em oposição ao ilimitado poder estatal. Em Hayek, a valorização extrema da liberdade encontra ressonância na sua percepção do termo não como um valor moral específico, mas como a fonte e a condição essencial da maioria dos valores morais.

Para Hayek, o poder coercitivo do estado deve-se restringir ao mínimo suficiente e necessário, sendo legítimo apenas quando vise a evitar a coerção exercida entre indivíduos e a defender expectativas legítimas lastreadas em normas gerais e abstratas.

Sendo o propósito do direito a salvaguarda da liberdade individual, deve ser ele concretizado pela via negativa, restringindo o poder coercitivo do estado ao mínimo necessário à manutenção de uma ordem espontânea, entendida esta como mais eficiente na geração de benefícios sociais do que qualquer outra forma de ordenação social volitivamente criada e destinada a fins específicos.

Em outras palavras, Hayek sublinha que uma sociedade livre, que respeita o indivíduo como sujeito da liberdade, deve fundar-se na economia de livre mercado e em normas gerais e abstratas (*kosmos-nomos*). Formas de organização alternativas que vise à intervenção do estado na economia e na aplicação de comandos concretos estão fadadas a degenerar-se em regimes totalitários.

A lei em uma sociedade livre não deve consistir em mera projeção da vontade de governantes ou de maiorias ditas democráticas. Deve ser ela, então, uma norma de conduta geral e abstrata. A generalidade da norma implica tratamento igual para todos. Não é o mesmo que dizer que os indivíduos devam ser iguados, pois qualquer tentativa nesse sentido só pode ocorrer pelo arbítrio e pela força, o que acaba por minar a liberdade humana. Por sua vez, a abstração exige que

<sup>95</sup> SOWELL, Thomas. **A Conflict of Visions: Ideological Origins of Political Struggles**. Cambridge: Basic Books, 2007.



uma norma seja aplicada a um número desconhecido de casos futuros, sem quaisquer circunstâncias específicas de tempo e lugar. A tentativa de imprimir efeito concreto à norma, em regra, constitui privilégio de uns em detrimento de outros.

A noção de justiça de Hayek afirma ser ela um atributo inerente à conduta humana. Um ato é justo ou injusto se emanado em uma relação de alteridade, na qual os indivíduos

são perfeitamente identificáveis. Injustificado, portanto, o (ab)uso do termo justiça social, propalado pelos teóricos construtivistas, partidos políticos e socialistas de todos os gêneros. Nesse ponto, Hayek imprime uma de suas mais acerbicas críticas, demonstrando que, sem qualquer relação com a justiça propriamente dita, aquela palavra representa nada menos que uma concepção moral que se pretende impor à sociedade. ∞