

Economic Analysis of Law Review

O Império da Lei Como Fundamento da Civilização Livre na Perspectiva de F. A. HAYEK

The Empire of Law as the Ground of Free Civilization in the Perspective of F. A. HAYEK

Renata Rodrigues Ramos¹
Universidade Federal de Santa Catarina

RESUMO

O conceito *Estado de Direito*, ou *Império da Lei*, é um termo moral normativo que expressa um ideal que a sociedade e suas instituições governamentais devem, como assunto de moralidade política, aspirar. E o intento principal do trabalho de F. A. Hayek, no âmbito da Nova Economia Institucional (NEI), foi recuperar o sentido do termo com base em uma análise histórica e filosófica, a fim de reafirmá-lo. Consoante o Autor, a razão para o declínio atual do *Império da Lei* é a perversão de instituições ancestrais pela ideologia coletivista do socialismo, e sua promessa de *justiça social*. Desse modo, a pretensão do presente ensaio é apresentar o conceito de *Império da Lei* desde as importantes contribuições de Hayek ao debate da Nova Economia Institucional do Século XX, e sua proposta muito particular de sentido ao conceito, inspirada na tradição anglo-saxã, ou programa evolucionário.

Palavras-chave: Nova Economia Institucional (NEI); Friedrich August von Hayek; Império da Lei.

JEL: K21, L49

ABSTRACT

The concept of *Rule of law* is a morally normative term that expresses an ideal to which society and its governing institutions should, as a matter of political morality aspire. And the main purpose of F. A. Hayek research on *new institutional economics* was to revive the meaning of the concept of *Rule of law* based on the analysis of history and philosophy, with the intention of reaffirm the concept. According to the Author, the reason for the decline of *Rule of law* was the corruption of ancestral institutions by the collectivist ideology of socialism, and its promises of *social justice*. Therefore, the aim of this essay is to present the concept of *Rule of law* from Hayek's important contribution to the *New Institutional Economics* debate of the twentieth century, and his very particular perceptions about the *Rule of law* inspired by the Anglo-Saxon tradition, or *evolutionary program*.

Keywords: *New Institutional Economics (NIE)*; Friedrich August von Hayek; Rule of law.

R: 14/11/17 **A:** 16/03/18 **P:** 30/04/18

¹ E-mail: rerodriguesramos@yahoo.com.br

1. Introdução

F. A. Hayek certa vez afirmou que “as antigas verdades devem ser constantemente reafirmadas na linguagem e nos conceitos de sucessivas gerações” (1983, p. XXX), oportunidade em que contemplou consternado os ataques às instituições do Ocidente como um todo, empreendidos por indivíduos que desconhecem os próprios pilares que sustentam sua existência nesse planeta.

E recuperar o sentido do termo *Rule of Law*, na perspectiva histórica e filosófica, com a pretensão de reafirmá-lo, consistiu a essência do empreendimento do Autor no âmbito da análise institucional. Para Hayek, o declínio do *Rule of Law*, no ambiente contemporâneo, foi a causa precípua da ascensão dos regimes totalitários do Século XX, e do posterior agigantamento dos Estados Previdenciários, paradigma em que a liberdade individual foi quase que plenamente substituída pelo ideal da *segurança econômica*². Consoante o Autor, a razão para o declínio do *Rule of Law* foi a perversão de instituições ancestrais desde a ideologia coletivista do socialismo, e de suas promessas de igualdade econômica a partir do século XVIII³.

A pretensão deste ensaio, portanto, é apresentar o *Rule of Law*, ou o *Império da Lei*, a partir da importante contribuição de Hayek ao debate institucional do Século XX, e de suas percepções muito particulares sobre o conceito, moldado desde a vertente liberal anglo-saxã, ou *programa evolucionário*.

² Sobre o assunto, colhe-se da obra *O caminho da servidão*: “[...]A segurança econômica, assim como a espúria “liberdade econômica”, e com mais justiça, é muitas vezes apresentada como condição indispensável da autêntica liberdade. Em certo sentido isso é ao mesmo tempo verdadeiro e importante. É raro encontrar independência de espírito ou força de caráter entre aqueles que não confiam na sua capacidade de abrir caminho pelo próprio esforço. Todavia, a ideia de segurança econômica não é menos vaga e ambígua do que a maioria dos outros conceitos nesse campo; e por isso, a aprovação geral à reivindicação de segurança pode tornar-se um perigo para a liberdade. Com efeito, quando a segurança é entendida num sentido absoluto, o empenho geral em conquistá-la, ao invés de possibilitar maior liberdade, torna-se a mais grave ameaça a esta. Convém contrapor, de início, as duas espécies de segurança: a segurança limitada, que pode ser conquistada para todos e por conseguinte não constitui privilégio mas objeto de legítimas aspirações; e a segurança absoluta, que numa sociedade livre não pode ser conquistada para todos e que não deveria ser concedida como um privilégio – a não ser em certos casos especiais, como o dos juízes, em que a independência completa é de suprema importância. Essas duas espécies de segurança são: em primeiro lugar, a salvaguarda contra graves privações físicas, a certeza de que um mínimo, em termos de meios de sustento, será garantido a todos; e, em segundo lugar, a garantia de um certo padrão de vida, ou da situação relativa de uma pessoa ou um grupo de pessoas em relação a outras – ou, em poucas palavras, a segurança de uma renda mínima e a segurança da renda específica que se julga que cada um merece [...]” (HAYEK, 2010, p. 127).

³ “Poucos estão prontos a admitir que a ascensão do nazismo e do fascismo não foi uma reação contra as tendências socialistas do período precedente, mas o resultado necessário dessas mesmas tendências. Esta é uma verdade que a maioria das pessoas reluta em aceitar, mesmo quando as semelhanças entre muitos aspectos detestáveis dos regimes internos da Rússia comunista e da Alemanha nacional-socialista são amplamente reconhecidas. Em consequência, muitos dos que se julgam infinitamente superiores às aberrações do nazismo e detestam com sinceridade todas as suas manifestações trabalham ao mesmo tempo em prol de ideais cuja realização levaria diretamente à tirania que odeiam (HAYEK, 2010, p. 31).

Referida vertente desenvolveu um panorama bem definido e sistemático de princípios que englobam as muitas nuances da salvaguarda à liberdade individual em relação ao arbítrio do homem contra o homem, e em relação ao *poder político*. Nas palavras de Hayek: “o princípio fundamental segundo o qual devemos utilizar ao máximo as forças espontâneas da sociedade e recorrer o menos possível à coerção pode ter uma infinita variedade de aplicações” (HAYEK, 2010, p. 42). A essência desse princípio, em Hayek, é o *Rule of Law*, e oferecer as principais nuances do conceito, em sua grande obra, constitui a finalidade do presente estudo.

Para tanto, o estudo foi dividido em quatro seções. Na primeira, nominada “o sistema explanatório multidisciplinar hayekiano”, buscou-se apresentar o quadro institucional multidisciplinar que ofereceu suporte à edificação teórica de Hayek. Por sua vez, na segunda seção intitulada “a alternativa institucional eremítica em meio à barbárie totalitária do Século XX”, foi descrito o contexto histórico da obra hayekiana. Nas seções “a perspectiva hayekiana do *rule of law*”, e “elementos do *rule of law*” objetivou-se elucidar o conceito de *rule of law* nos textos de Hayek. A metodologia do estudo repousa na análise bibliográfica dos principais textos de Hayek, bem como de seus comentadores mais expressivos no sentido de enfrentar o problema já exposto, e responder com hipóteses ao aludido problema desde os objetivos elencados na pesquisa.

2. O Sistema Explanatório Multidisciplinar Hayekiano

A impactante obra de Hayek constitui uma das heranças mais notáveis à obra do conhecimento humano. O *Sistema Explanatório Multidisciplinar*⁴ reúne contribuições originais nos campos das “Teorias do Capital, Monetária, Flutuações Econômicas, Funcionamento dos Mercados, Sistemas Econômicos Comparados, Evolução Institucional, Direito, História Econômica, História das Ideias, Política, Filosofia e mesmo Psicologia Teórica” (BARBIERI, 2013, p. 47).

O versado *Sistema Multidisciplinar* encontra convergência na percepção quanto à *Ordem Espontânea*⁵ das instituições⁶ na enganosa expressão *Sociedade*, melhor articulada pelo Autor como *Grande Sociedade*⁷, bem como na análise de seus aspectos econômicos, legais, políticos e morais (Cf. BARRY, 2011, p. 142). Assente no entendimento quanto à complexidade da coordenação desses fenômenos, Hayek percebeu a possibilidade em se estabele-

⁴ Conceito formulado pelo economista Fábio Barbieri (2013).

⁵ Sobre a opção pelo termo *Ordem Espontânea*, Hayek explicou: “Embora ainda aprecie e empregue ocasionalmente a expressão ‘ordem espontânea’, concordo que ‘ordem autogeradora’ ou ‘estruturas auto-organizadoras’ constituem por vezes expressões mais precisas e unívocas, e por isso as utilizo com mais frequência que a primeira. Do mesmo modo, em conformidade com o uso hoje predominante, emprego agora, às vezes, a palavra ‘sistema’ em vez de ‘ordem’” (HAYEK, 1985c, p. XIV).

⁶ Douglass North caracteriza uma instituição como “regras do jogo em uma sociedade ou, de modo mais formal, [...] as restrições arquitetadas pelos homens que dão forma a sua interação” (NORTH, 1991, p. 3). Aludidas regras do jogo operam como um mecanismo social que restringe ou incentiva condutas humanas.

⁷ Hayek conceitua *Grande Sociedade* como o conjunto complexo das instituições humanas compostas por organismos e organizações.

cer regularidades, ou recomendações para a elaboração de arranjos institucionais, a fim de adquirirem melhor assimilação pelas inteligências humanas.

A ambiciosa pretensão em escrever *A Riqueza das nações* do Século XX desde o texto *Os fundamentos da liberdade* sinalizou a maturidade após a *transformação Hayek* revelada por Bruce Caldwell. Ao visualizar o sistema de preços como um sistema de informações, no ensaio que lhe rendeu o Prêmio Nobel, *Economics and knowledge*, de 1937, Hayek se afastou do âmbito mais técnico da Teoria Econômica convencional rumo a contribuições inusitadas no contexto das Ciências Sociais.

O fato de Mises ter perdido o embate com Oskar Lange, a respeito da impossibilidade do cálculo econômico socialista (a vitória de Lange se refere ao corpo de ideias que prevaleceu no Século XX, e não ao argumento em si), fomentou em Hayek a urgência em reformular sua perspectiva desde uma abordagem interdisciplinar em acréscimo à interpretação econômica muito marcante em seus escritos preliminares.

A *transformação Hayek* motivou descobertas inovadoras quanto aos problemas da coordenação e do conhecimento⁸, bem como a conclusão pela superioridade dos princípios de mercado sobre o planejamento estatal para organização da sociedade. Bruce Caldwell evidenciou o abandono do instrumental puro usual de um economista rumo a uma abordagem que adotou a hipótese de conhecimento imperfeito por parte dos indivíduos, e que visualizou o Mercado como um processo competitivo de descoberta por meio de ensaios e de erros (Cf. CALDWELL, 1988).

A partir dessa inovadora linha de raciocínio, Hayek chegou a duas conclusões que iriam conferir coerência e unidade a toda a sua obra posterior: 1) a importância do sistema de preços como sistema de sinais a refletir a sabedoria comum do que acontece em um mercado, e 2) os perigos de forças externas, a exemplo do governo, sobre esse sensível mecanismo *natural*⁹.

Hayek é tributário da tradição conhecida por *liberalismo evolucionário* que contempla a indispensabilidade das instituições para o bom funcionamento dos sistemas baseados na liberdade individual, ao contrário da narrativa que o *laissez faire* assumiu em países como a França. Inclusive, o Autor defendeu que o Mercado, como instituição criada pelo homem,

⁸ Advertiu o Autor: “Muitas vezes, a palavra ‘informação’ é também evidentemente preferível nos casos em que eu em geral falava de ‘conhecimento’, uma vez que a primeira se refere claramente ao conhecimento de fatos particulares, e não ao conhecimento teórico que o simples termo ‘conhecimento’ poderia sugerir” (HAYEK, 1985c, p. XIV).

⁹ Hayek esclareceu a confusão entre os conceitos de *positivo* e *natural*, que decorre de um mal-entendido dos antigos gregos em separar os fenômenos em *naturais* e *artificiais*. “Os termos gregos originais, que parecem ter sido introduzidos pelos sofistas do século V a.C., eram *physei*, que significa *por natureza*, e, em contraposição, *nomó*, melhor traduzido como *por convenção*, ou *thesei*, que significa aproximadamente *por decisão deliberada*” (Cf. HAYEK, 1985, p. 16). O exemplo da linguagem pode auxiliar na melhor compreensão deste esquema, em Hayek. Segundo o Autor a linguagem é natural ao homem. Não no sentido grego *physei* por *natureza*, como se os seres humanos tivessem nascido com a aptidão de elaborar os mesmos signos de sua comunidade (não se desconhece as recentes descobertas da neurociência em sentido contrário). Mas somente na percepção de que a *linguagem* acompanha os indivíduos desde os primórdios dos tempos, e é uma tradição assimilada sobretudo por observação e repetição. Nesse âmbito, a linguagem seria fruto da *ação humana*, mas não da *intenção humana*. E, assim, também o sistema de preços.

deve operar em coordenação com a demais instituições, a exemplo do Governo, desde que este não sufoque as liberdades individuais em razão de monopólios coercitivos contra a concorrência.

A articulação dessas instituições é das tarefas mais difíceis na *Grande Sociedade*, uma vez que incentivos institucionais mal colocados podem perverter todo o tecido social. Portanto, a interação institucional demanda rigoroso escrutínio, a fim de que as forças autogeradoras da sociedade não sejam prejudicadas por planejamentos que não priorizem a liberdade individual.

Para Hayek, o mecanismo de compreensão quanto aos processos sociais repousa no comportamento dos indivíduos¹⁰. O Autor demarcou exaustivamente a distinção entre *individualismo* e *egoísmo moral*. A despeito da tentativa em equiparar conceitos tão distintos, Hayek buscou recuperar a ideia de *individualismo* responsável pelos fundamentos da civilização ocidental desde as tradições grega e romana da antiguidade clássica, acrescidas às do cristianismo. A individualismo foi responsável pela concepção de indivíduo como ser humano, ou seja: “a supremacia de suas preferências e opiniões na esfera individual, por mais limitada que esta possa ser, e a convicção de que é desejável que os indivíduos desenvolvam dotes e inclinações pessoais (HAYEK, 2010, p. 39-40).

O individualismo metodológico em acréscimo à epistemologia falibilista, compartilhada com o colega Karl Popper, enfatiza a assimetria do conhecimento, e se baseia na formulação de conjecturas que possam derruir as intuições preliminares em uma moldagem ao que se poderia nomear “empirismo negativo”. “Podemos chegar mais perto da verdade através de instâncias negativas. É enganoso construir uma regra geral a partir de fatos observados. Contrário à sabedoria convencional, nosso corpo de conhecimento não aumenta a partir de uma série de observações confirmatórias” (Cf. TALEB, 2008, p. 92).

Nesse rumo, Barbieri defende que instituições como a Ciência e o Mercado progridem por meio da competição entre ideias rivais submetidas a um processo de correção de erros. Como na Ciência ou na Política, também nos Mercados a liberdade não faria sentido se “a teoria correta/o melhor governo/os verdadeiros custos e benefícios da ação econômica fossem conhecidos por uma elite iluminada que pudesse impor a verdade sem os ‘custos da duplicação e desperdício’ inerentes à competição” (BARBIERI, 2013, p. 49).

Barbieri (2013) ensina que “o falibilismo que fundamenta as ideias hayekianas sobre competição nos mercados se estende à sua teoria sobre evolução institucional”. A teoria de Hayek sobre a evolução institucional informa que agentes não maximizam funções em

¹⁰ Carlos Sell adverte que Weber não fez uso da expressão *individualismo metodológico*. Não obstante, “descreveu sua Sociologia como individualista quanto ao método e explicou que o indivíduo deveria ser considerado como o ponto de partida – o átomo – da investigação [...]. A partir desse marco analítico vem se consolidando a leitura de que, no plano ontológico, a sociologia weberiana possui um fundamento individualista que rejeita peremptoriamente a substancialização de entes coletivos, quer seja a sociedade concebida como totalidade *sui generis*, quer sejam as estruturas ou esferas sociais simplesmente desconectadas dos indivíduos. Por outro lado, há relativo consenso de que tal postura não deve ser lida como se ela implicasse premissas atomistas que negam qualquer tipo de efetividade ao nível trans-individual: se a sociedade não existe, nem por isso a dimensão social é constituída apenas por entidades singulares” (SELL, 2016, p. 344).

razão de parâmetros dados, mas desde regras abstratas que, ao longo do tempo, informaram e ensinaram aos agentes como atingir seus objetivos. Aludidas regras, por sua vez, decorrem de processos seletivos e, “uma teoria evolucionária é desenvolvida para explicar a coordenação em situações na qual a complexidade do problema impede o conhecimento pleno da melhor solução”.

Portanto, Hayek defendeu que “as instituições que historicamente permitiram o florescimento da humanidade não foram planejadas, mas, como outros fenômenos sociais, seriam ordens espontâneas, fruto da ação humana, mas não da intenção humana”. O principal adversário intelectual do economista, o socialismo, contribuiu para que teorizasse “como o socialismo e o impulso totalitário em geral estão relacionados a um ingênuo racionalismo construtivista, que desdenha as ordens espontâneas como algo irracional”. Para o Autor, o fracasso do planejamento central decorre “da desconsideração das limitações do conhecimento humano” (BARBIERI, 2013, p. 49).

3. A Alternativa Institucional Eremítica em Meio à Barbárie Totalitária do Século XX

Quando os nazistas tomaram o poder na Alemanha, em 1930, Hayek voltou suas preocupações à situação política da Europa. O Autor percebeu que o nacionalismo e o socialismo eram duas forças perigosas à civilização. Para Hayek não era apenas a vitória de um partido em particular que aparentava perigo, mas sim a assimilação, pela sociedade, de um emaranhado de ideias que poderiam minar a civilização europeia.

Após a eclosão da guerra, em 1939, Hayek tinha uma visão muito clara a respeito do problema insurgente e como a questão deveria ser enfrentada e, nos 20 anos subsequentes ao término do conflito, dedicou todas as energias à publicação da obra *Os fundamentos da liberdade* (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 187). O problema, como o Autor constatou, era investigar de que modo se poderia combater o pensamento que serviu de base às instituições totalitárias.

A resposta, conforme o Hayek, importava na submissão das convicções totalitárias a críticas, bem como na promoção de uma alternativa liberal. É muito importante notar aqui duas coisas: em primeiro lugar, Hayek não percebia essa tarefa como um trabalho filosófico, mas principalmente um trabalho intelectual que pressupunha o engajamento não só de filósofos, mas de economistas, cientistas sociais, e principalmente de historiadores. Em segundo lugar, Hayek possuía a convicção de que o sucesso do empreendimento dependia de um amplo debate público para além de círculos intelectuais específicos (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 187-188).

A defesa do princípio da liberdade individual, em Hayek, deve ser compreendida desde o receio em relação ao futuro em meio aos escombros de duas grandes guerras. O Autor parecia convicto a respeito da importância de salvaguardar os valores humanistas que foram solapados pelos conflitos armados e pelo totalitarismo. Essa é a explicação para grande parte

das características de sua obra. Importante pontuar que Hayek se propôs a revitalizar os princípios liberais ao contrário de inaugurar uma teoria liberal contemporânea¹¹.

A preocupação em relação aos regimes totalitários auxilia na compreensão quanto à perspectiva de análise do Autor. No âmago da teoria repousa a rejeição radical a projetos com pretensões de controlar, ou moldar o desenvolvimento humano com base em um conceito muito específico de *razão*. A ideia de fornecer à sociedade uma *direção consciente*, rumo a qualquer objetivo em particular, é o que une as doutrinas coletivistas tanto do nazismo quanto do comunismo.

Para Hayek, as doutrinas totalitárias recusam-se a reconhecer esferas autônomas em que os fins de cada agente sejam soberanos. Desse modo, a teoria é apresentada como uma tradição que se pauta pela falibilidade da razão humana, no sentido de valorizar os processos sociais não planejados. Consoante o Autor, os poderes criativos da civilização dependem do reconhecimento quanto a esta *Ordem Autogeradora*, que não pode ser submetida, sem as devidas ponderações, aos poderes da razão humana como direção consciente (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 193).

O culto à razão abstrata, muito comum à perspectiva de certa vertente que inspirou a Revolução Francesa, foi duramente combatido por Edmund Burke no importante texto *Reflexões sobre a revolução em França*. Burke rejeitou a definição *direitos do homem* – a base teórica para as liberdades positivas, porquanto a enxergava como legitimadora tanto de um arbítrio sem limites quanto da falta de moderação do poder político.

Para Burke, os revolucionários franceses eram destemperados e extremistas, uma vez que a pretensão emancipatória quanto às religiões e à monarquia não era apenas uma recusa a tradições e costumes específicos, mas sim um ataque a toda e qualquer autoridade decorrente da tradição. Ao contrário de observarem a educação ao longo da história, a literatura e as ciências voltadas a disciplinar e a elevar a recalcitrante condição humana, os revolucionários desejavam reformulá-la integralmente, a fim de enquadrá-la na razão abstrata dos *direitos do homem*. Não é a toa que a genialidade de Burke antecipou tanto o terror jacobino quanto os totalitarismos do Século XX, uma vez que a fé dos revolucionários em modificar a condição humana, via poder político, era um convite manifesto a toda espécie de violência desumanizadora (Cf. BERKOWITZ, 2013, p. 38-39).

Semelhantes críticas à razão abstrata foram empreendidas por Hayek, e fomentaram sua ostracização após a publicação de *O caminho da servidão*, texto responsável por marcar o ingresso nas discussões em Economia e Filosofia Política e fortemente marcado pela barbárie revelada em duas grandes guerras mundiais. O Autor foi vítima de uma injustiça sem

¹¹ “Em minha opinião, Hayek ofereceu uma maneira distinta de interpretar o liberalismo clássico. Ele sugeriu que deveríamos colocar considerações da Economia Política e da Teoria Política e Social no centro do palco quando consideramos questões na teoria política normativa. A abordagem de Hayek contrasta significativamente com a abordagem baseada em direitos para o liberalismo clássico que pode ser encontrada em escritores como Nozick. Mas também é diferente do tipo de argumento econômico para o liberalismo clássico que pode ser tirada da Escola de Chicago, ou os proponentes de Direito e Economia. Em vez disso, ele representa algo parecido com a abordagem cética de David Hume e Adam Smith” (KUKATHAS, 2007, p. 188).

precedentes de críticos que pouco compreenderam a real pretensão de sua obra, como se Hayek tivesse profetizado que todas as sociais-democracias se transformariam em regimes totalitários.

A cada nova edição da obra, Hayek defendia que sua oposição se dirigia, na verdade, à corrupção das mentalidades pela filosofia do estatismo, a ideologia que de modo dissimulado perverte todo o tecido social por meio do desequilíbrio dos gastos públicos, dos monopólios Estatais, do inflacionismo e do dirigismo sobre as esferas privadas: a *tiranía suave e benevolente* profetizada por Tocqueville.

Nos textos mais modernos de sua grande obra, o Autor empreendeu um duro ataque ao conceito de *democracia*, e revitalizou a noção com base na antiguidade clássica, para compreendê-la como *governo das leis da maioria*, leis estas que deveriam ser *descobertas* com base na moralidade da liberdade individual. Para Hayek, a barbárie do século passado foi precedida pelo declínio do *Império da Lei* também na Alemanha, fenômeno indissociável ao entendimento da *democracia* como corolário lógico de *vontade da maioria*.

Consoante Hayek, a moderna concepção de *democracia* não concebe restrições aos governantes, uma vez que se conduzem pelo *retorismo democrático* para expandir ilimitadamente suas atividades. A leitura da obra de Giovanni Sartori, *A teoria democrática*, permitiu que Hayek afirmasse o fato de que no estágio contemporâneo as *Constituições democráticas* deixaram de exprimir a ideia de *Constituições*, na acepção aristotélica de *limitação de todo o poder por princípios permanentes de governo*, para se tornarem instrumentos de uma suposta igualdade. “Democracia como sinônimo de igualdade”, nas palavras de Hayek (Cf. HAYEK, 1985c, p. 3). Em missiva dirigida a Walter Lippmann, em 1937, afirmou: “eu gostaria de que meus amigos progressistas aqui entendessem que a democracia só é possível sob o capitalismo e que as experiências coletivistas levam inevitavelmente ao fascismo” (Cf. WAPSHOTT, p. 233).

Consoante explicou Bruce Caldwell, as opiniões de Hayek sobre Economia e Política estiveram fora de sintonia com as da *intelligentsia*: “ele atacou o socialismo quando este era o considerado o ‘meio-termo’, quando aparentemente todas as pessoas de boa consciência tinham simpatias socialistas [...]. Durante grande parte do século, Hayek foi alvo do ridículo, do desprezo, ou, talvez pior, para um homem de ideias, da indiferença” (Cf. WAPSHOTT, p. 344).

A defesa de Hayek quanto ao princípio da liberdade de ação merece análise, em primeiro lugar, porque consiste em uma tentativa global em enfrentar uma miríade de problemas complexos, e inter-relacionados na teoria moral, social e política. Kukathas afirma que, desde Weber, Hayek foi o principal pensador a lidar com as dificuldades do liberalismo como doutrina filosófica, em um mundo em que as exigências éticas muitas vezes entram em conflito com a realidade econômica e política.

A peculiaridade do pensamento de Hayek, segundo Kukathas, foi direcionar o foco de análise aos problemas éticos da liberdade e da justiça, não apenas como problemas filosóficos isolados, mas em relação a questões de organização social e econômica, e problemas

de conflito político nacional e internacional. Esse seria o importante desafio do trabalho de Hayek à teoria liberal “que nos últimos trinta anos ficou presa a discussões abstratas de fundamentos morais do liberalismo e negligenciou essas perguntas a questões institucionais” (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 202).

As ideias de Hayek continuam a influenciar inúmeras áreas da Economia contemporânea. A *Nova Economia Institucional* (NEI) estuda o papel das instituições, e sua articulação nos arranjos organizacionais (Cf. MENARD; SHIRLEY, 2005, p. 1). Com efeito, a NEI assume que os indivíduos possuem conhecimento imperfeito e se deparam com ignorância constante (teses essenciais do trabalho de Hayek). A ênfase no papel das instituições, bem como o abandono das hipóteses neoclássicas a respeito da informação e racionalidade perfeitas são também as pedras angulares dos estudos hayekianos. Oliver Williamson (2000) apontou Hayek como precursor crítico da NEI. Desse modo, o programa de pesquisa da *Nova Economia Institucional* deve ser visualizado desde as bases da Economia Política de Hayek.

A percepção do economista austríaco era muito aguda quanto ao fato de que sistemas morais, econômicos e políticos não poderiam subsistir isoladamente. Referido isolamento de fatores, segundo Hayek, contribuiu para o nacionalismo e para o totalitarismo. Mesmo com o abandono do comunismo europeu no final do Século XX, muitos problemas permanecem em termos de conflitos étnicos, movimentos separatistas nacionais e blocos comerciais regionais. Coletivismos estes hostis a princípios morais individualistas, universalistas e igualitários. Enquanto pensadores como Hannah Arendt também reconheceram a ameaça do perigo moral representado pelo totalitarismo, é no trabalho de Hayek, para Kukathas, que existe a tentativa mais profunda de compreender a lógica da sua alternativa institucional (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 202-203).

A compreensão da alternativa liberal hayekiana pressupõe uma investigação quanto ao conceito de *Rule of Law*, uma vez que o Autor visualizava em seu declínio o principal motivo da ascensão dos regimes totalitários no século passado. Para Hayek, até mesmo as sociais-democracias deveriam manter rigorosa vigilância quanto aos ataques ao *Rule of Law* advindos, sobretudo, da percepção de *democracia* como corolário lógico de *vontade da maioria*.

4. A Perspectiva Hayekiana do *Rule of Law*

Na introdução à coletânea *Law, liberty and the rule of law*, Imer Flores e Kenneth Himma defendem a existência de uma grande disputa teórica a respeito do significado do termo *Rule of Law* (quase sempre traduzido por *Estado de Direito* no Brasil), situação que torna ainda mais difíceis os esforços para se chegar em uma apropriada e correspondente teoria normativa do *Estado de Direito* (Cf. FLORES; HIMMA, 2013, p. 1).

O *Rule of Law* é descrito de modos muito diferentes: o governo da lei e não do povo; nenhum indivíduo encontra-se acima da lei – inclusive o órgão que elabora as leis, e o governo da lei em uma ordem legal criada pela lei. Para os Autores, um ou todos estes significados podem ser manejados, mas não é

claro como o termo é usado em debates ou escritos (FLORES; HIMMA, 2013, p. 2).

Já se expôs, nesse texto, a preferência pela expressão *Império da Lei* ao se explicar sobre o conceito em Hayek. Isso porque, o Autor constatou que numerosas instituições na *Grande Sociedade*, a exemplo do Mercado, da Ciência, da Família, das Religiões, da Moral, do Direito, etc. são mecanismos sociais que restringem ou incentivam os comportamentos dos agentes, em outras palavras, oferecem sinalizações, regras do jogo, para que os indivíduos se movimentem.

Consoante o Autor, o *Império da Lei* é uma ideia que deve ser apreendida nesse âmbito institucional, razão por que a noção *Estado de Direito* não reflete a melhor compreensão do *Rule of Law*. O termo *Estado de Direito* oferece ao intérprete a ideia de que o Direito é apenas produto das organizações *Estados Nacionais*, quando, na verdade, referida organização é relativamente recente na história humana, ao passo que a instituição *Direito* é ancestral.

Flores e Himma afirmam que a falta de consenso sobre o conceito de *Rule of Law* é problemática por duas razões. A primeira é o fato da importância de uma teoria adequada em relação ao conceito em prol de seu benefício, a fim de que a natureza do Direito, e de seus vários ideais, seja devidamente apreendida. Os Autores advogam a importância, tanto acadêmica quanto prática, da compreensão quanto às instituições normativas existentes. Em segundo lugar, a possibilidade desta teorização constitui pré-requisito para o desenvolvimento de um retrato das condições normativas com o objetivo de satisfazerem o ideal do *Rule of Law* – e isto é obviamente necessário, na qualidade de questão prática, no sentido de aperfeiçoar nossas instituições, a fim de conformá-las às normas morais a elas aplicáveis, e assegurar que as políticas públicas satisfaçam as normas da legitimidade política (Cf. FLORES; HIMMA, 2013, p. 2).

Caso se opere desde um conceito de *Rule of Law* muito restritivo, é provável que questões normativas de importância crucial sejam perdidas na avaliação das práticas legais, do ponto de vista da moralidade política, no exame de Flores e Himma. Por sua vez, uma concepção de *Rule of Law* muito abrangente possibilita que imposições normativas ocorram sem estarem conjugadas à moralidade política. Desse modo, a clareza quanto aos conceitos é o requisito para a elaboração de teorias substantivas que auxiliem a avaliar os sistemas legais, no ensinamento de Flores e Himma (2013, p. 2).

Consoante se observa, somente o exame destas duas dificuldades já suscita inúmeros problemas diferentes, que devem ser resolvidos no sentido de produzir uma Teoria do Direito abrangente e plausível. Flores e Himma apontam para os problemas que surgem na Teoria da Legitimidade. Segundo defendem, existem teorias bastante genéricas no sentido de fornecer um fundamento moral para a instituição *Direito*.

A teoria do contrato social, por exemplo, fundamenta a legitimidade das instituições legais coercitivas no consentimento dos cidadãos, seja o consentimento real ou hipotético, explícito ou implícito. Naturalmente, muitas destas teorias fornecem também algumas restrições substantivas ao funcionamento do Estado; John Locke, por exemplo, assumiu a

posição no sentido de que os indivíduos se colocam voluntariamente diante da autoridade coercitiva do Estado ao consentirem em obedecer suas leis desde que exista um respeito a seus direitos morais (Cf. FLORES; HIMMA, 2013, p. 2).

Por vezes teorias normativas e empíricas se conjugam no sentido de pressupor o que é realmente o *Direito*, e o que ele deve ser. Flores e Himma relembram o célebre argumento de Ronald Dworkin no sentido de que o Direito abrange os princípios morais que apresentam a existência da História do Direito na melhor luz moral. Além disso, nas palavras dos Autores, “Dworkin sustentou em trabalhos anteriores que os juízes decidem casos difíceis deste modo – localizando princípios morais em que se baseiam as normas socialmente mais relevantes, e decidem os casos com base nas regras que representam os mais importantes valores morais” (Cf. FLORES; HIMMA, 2013, p. 3).

Flores e Himma defendem que a matéria relativa ao *Rule of Law*, mesmo que um pouco mais delimitada que o tópico *legitimidade*, apresenta semelhantes problemas: 1) obter clareza sobre o conceito, a fim de lograr uma melhor compreensão a respeito do conteúdo das normas mais relevantes; 2) identificar as normas relevantes que regem o *Rule of Law* em todas as áreas em que as questões sobre o *Rule of Law* surgirem [...]; e 3) compreender a história tanto do ideal do *Rule of Law* e como ele surgiu e foi aplicado nos sistemas legais do passado, e teorizado pelos estudiosos do Direito do passado.

Embora possa parecer que essas questões são distintas e independentes, Flores e Himma advertem que as matérias em referência se encontram relacionadas. Na verdade, por exemplo, a história do ideal tal como evoluiu ao longo do tempo no sentido de se expressar nas práticas legais será relevante no que diz respeito ao enfrentamento das questões conceituais e normativas que surgem quando da conexão com a teorização do *Rule of Law* (Cf. FLORES; HIMMA, 2013, p. 2-3).

Diante das dificuldades inerentes ao conceito em exame, Hayek dedicou sua justificação, ou sua teoria institucional, à compreensão do *Rule of Law*. Na obra *The constitution of liberty*¹² a preocupação fundamental do Autor foi definir um *estado de liberdade* ou a *liberdade*: “nossa preocupação nesta obra é com um estado em que a coerção de um homem sobre o outro encontre-se reduzida tanto quanto possível” (Cf. HAYEK, 1983, p. 3-5). O principal intento de Hayek, no texto em análise, foi esclarecer o sentido e o alcance prático do termo *Império da Lei*, a fim de responder ao problema de definição quanto a um *estado de liberdade*.

Antes de delinear a estrutura da obra, Hayek havia apresentado a ideia em trabalhos prévios. Todavia, o esforço completo se materializou em quatro palestras realizadas em 1955, no Cairo, a convite do Banco do Egito, intituladas *O ideal político do Império da Lei*. O Autor explicou, mais tarde, que no caminho rumo ao Egito, viajou com a esposa por sete meses pela Europa, a fim de refazer o percurso que John Stuart Mill teria realizado pela Itália e

¹² Importante esclarecer o sentido que Hayek atribui ao termo *constitution* em suas obras. O uso do termo se dá em um sentido amplo, descritivo de um estado de *aptidão individual*. No Brasil o texto recebeu a tradução de *Os fundamentos da liberdade*.

Grécia. Essa experiência reacendeu em Hayek o interesse pela obra *Sobre a liberdade*, de Mill (Cf. MILLER, 2010, p. 101).

Nos três volumes de *Direito, legislação e liberdade*, Hayek enunciou uma distinção essencial à compreensão do conjunto de sua obra: *thesis* e *nomos*. O primeiro conjunto engloba as normas de organização, ou comandos, que se impõem *top-down*. Em clara distinção conceitual, *nomos* representa as normas de conduta justa, ou as leis da liberdade, formuladas em relações *bottom-up*.

Enquanto *thesis* reflete, sobretudo, os interesses de uma hierarquia organizacional (ou dos grupos dominantes em geral), *nomos* se desvela da interação entre os indivíduos na coordenação de atividades rumo à maior eficiência e solução pacífica para os desacordos nas mais variadas instituições. Conquanto alguns historiadores defendam que Hayek associou *common law* e *costomary law*¹³, posicionamento que não endossamos, a distinção entre *thesis/nomos* permanece hígida em sua obra (Cf. SKOBLE, 2006, p. 171).

O conceito de ordem (posteriormente compreendida como *sistema*), na obra de Hayek, corresponde a um estado de coisas em que uma multiplicidade de elementos de vários perfis se relacionam de modo que os indivíduos possam se familiarizar e formar expectativas corretas, ou pelo menos com boas chances de se apresentarem corretas. Isso ocorre porque os indivíduos dependem do conhecimento uns dos outros para sobreviver, na divisão de trabalho percebida pelos economistas do século XVIII, a exemplo de Smith e Ricardo (Cf. SKOBLE, 2006, p. 172-173).

Consoante já apontado, o principal intento de Hayek com a obra *Os fundamentos da liberdade* foi clarificar o conteúdo e o sentido prático do termo *Império da Lei*. Hayek não o compreendia como uma atividade estritamente governamental, na qualidade de exercício da

¹³ “Hayek’s characterization of the common law as an institutional bulwark against the depredations of the Stuart monarchs is not dissimilar to that offered by J. G. A. Pocock in his *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, where he argues that the legal rules under which Englishmen operated had their origins in ancient custom, not statute, and took their form through a process of evolution over many centuries. Pocock (1987: 46) maintains that it is this aspect of English political history that provided the parliamentarians the legal principles with which they armed themselves in their struggles with the Crown: [...] Perhaps the best 17th-century summary of the common law—which comports with the way Hayek was later to interpret it— was put forward in 1612 by Sir John Davies. Davies was then attorney general for Ireland and had introduced British common law to Ireland after the Tudor Conquest. He maintained that the *Common Law of England* is nothing else but the *Common Custome* of the Realm: ‘and a Custome which hath obtained the force of a Law is always said to be *jus non scriptum*; for it cannot be made or created either by Charter, or by Parliament, which are Acts reduced to writing, and are alwaies matter of Record; but being onely matter of fact, and consisting in use and practice, it can be recorded and registered nowhere but in the memory of the people. For a Custome taketh beginning and groweth to perfection in this matter: When a reasonable act once done is found to be good and beneficiall to the people, and agreeable to their nature and disposition, then do they use it and practise it again and again, and so by often interation and multiplication of the act it becometh a *Custome*; and being continued without interruption time out of mind, it obtaineth the force of a *Law*. And this *Customary Law* is the most perfect and most excellent, and without comparison the best, to make and preserve a Comonwealth. For the *written Laws* which are made either by the Edicts of Princes, or by Councils of Estates, are imposed upon the Subject before any Triall or Probation made, whether the same be fit and agreeable to the nature and disposition of the people, or whether they will breed any inconvenience or no. But a *Custome* doth never become a *Law* to bind the people, untill it hath been tried and approved time out of mind, during all which time there did thereby arise no inconvenience: for if it had been found inconvenient at any time, it had been used no longer, but had been interrupted, and consequently it had lost the virtue and force of a *Law*. [...]” (HAMOWY, 2003, p. 243-245).

autoridade sobre uma comunidade política. O *Império da Lei*, segundo o Autor, descreve o significado que a lei deveria possuir em uma sociedade livre. As leis, incluindo as normas constitucionais, podem se aproximar desse ideal tanto quanto podem se manter afastadas dele (Cf. MILLER, 2010, p. 101).

De acordo com Hayek, esse conceito foi em grande parte esquecido em nossa época, razão por que se lançou à tarefa de tornar mais precisa a concepção de lei em que se fundamentou o ideal de “liberdade em conformidade à lei”, preceito este que possibilitou a interpretação da lei como *ciência da liberdade* (Cf. HAYEK, 1983, p. 163). Para o Autor, a liberdade individual deve ser compreendida como princípio supremo em um ordenamento jurídico, no sentido de *bússola moral* e como um ideal político. O valor em referência é o limite ao poder arbitrário de um homem sobre o outro, e ao poder do governo contra o indivíduo:

A liberdade não apenas constitui um sistema no qual toda a ação governamental é orientada por princípios, mas também um ideal que só será preservado se for aceito como princípio soberano que governa toda legislação específica. Quando não existe uma persistente adesão à norma tão fundamental, como ideal último a respeito do qual não pode haver concessões com vistas a vantagens materiais – como um ideal que, embora possa ser infringido temporariamente durante uma emergência passageira, deve constituir a base de todas as disposições permanentes –, quase certamente a liberdade será destruída por violações gradativas (HAYEK, 1983, p. 73-74).

O *Império da Lei*, em Hayek, é uma doutrina metalegal, porquanto prescreve como a lei deveria ser e que atributos gerais as leis específicas deveriam ter. Caso uma lei conferisse ao governo poder ilimitado para agir como bem lhe aprouvesse, mesmo assim suas ações não seriam sinônimas de *Império da Lei*. A instituição encontra-se, inclusive, além da noção de *constitucionalismo*, porquanto requer que as leis se encontrem em conformidade a certos princípios (Cf. HAYEK, 1983, p. 249).

O *Rule of Law*, portanto, não é uma norma legal, mas uma norma que diz respeito àquilo que a lei deve ser, uma doutrina metalegal ou um ideal político. Será efetivo somente enquanto o legislador se sentir limitado por ele. Numa democracia, significa que ele não prevalecerá, a menos que faça parte da tradição moral da comunidade, de um ideal comum compartilhado e aceito inquestionavelmente pela maioria (Cf. HAYEK, 1983, p. 249).

Aludido conceito, compreendido como um ideal político, como um metaprincípio, ao mesmo tempo em que é derivado deste processo, de certo modo se encontra acima do processo. O *Império da Lei* oferece um padrão de conformação às normas caso se almeje que elas encontrem limites. A eficácia política do ideal dependerá do quanto a comunidade o endossa, além de se encontrar vinculado às tradições morais da comunidade. Não obstante, o ideal não se reduz às opiniões de uma determinada comunidade. Hayek enfrenta aqui o problema da transcendência, e o faz com base em algumas alternativas (Cf. MILLER, 2010, p. 103-104).

Na primeira alternativa, Hayek poderia ter apresentado o *Império da Lei* como uma *lei superior*, ou uma *lei natural*, entendida como comandos atemporais que o homem descobriria a partir da investigação sobre a natureza dos fenômenos, em uma percepção parecida a de Burke. O *Império da Lei*, de Hayek, poderia ser interpretado como uma versão atualizada da doutrina da *lei suprema*. Não obstante, ele rejeita expressamente a lei natural nesses termos.

A ideia de uma natureza constante, imutável e eterna, provida de conteúdos morais, é descartada pela compreensão que Hayek tinha de *razão* como um processo evolucionário. O *Império da Lei* funcionaria apenas se o conceito de *natureza* fosse compreendido nos termos em que Hayek o delineou, como uma moralidade anterior a qualquer legalidade (que necessariamente evolui com os processos sociais), responsável por frear os impulsos de legalidades não ancoradas num princípio superior. Todavia, ao contrário da visão racionalista de *lei natural*, essa moralidade seria totalmente neutra em relação aos fins das ações individuais (a liberdade é um limite, é o fundamento para que todos os valores socialmente desejáveis aconteçam) (Cf. MILLER, 2010, p. 104).

Por sua vez, uma segunda alternativa foi pensada desde o historicismo alemão pós-hegeliano. O historicismo era uma escola que pretendia reconhecer as leis essenciais do desenvolvimento histórico, a fim de derivar dessa intuição o conhecimento de que as instituições eram adequadas às situações existentes. A escola historicista assumia que a mente, ao transcender as limitações referentes ao período histórico, e ao local, poderia reconhecer de modo explícito como as nossas visões atuais são pré-determinadas pelas circunstâncias e assim se valer deste conhecimento para reconstruir as instituições de um modo consentâneo ao tempo em que vivemos.

Hayek, numa linha complementar a de Popper¹⁴, formula duas objeções ao historicismo: 1) ele conduziria a um relativismo extremo, porquanto postula um ideal diverso para

¹⁴ Por oportuno, Karl Popper conceitua “historicismo” o conjunto de argumentos que respaldam as ciências sociais. Segundo o autor, a ciência social é unicamente história, não no sentido tradicional de crônicas de fatos históricos, mas a história como o estudo das forças atuantes, as “leis” do desenvolvimento social. Popper defende que o historicismo combate fortemente o emprego da metodologia naturalista no campo da sociologia, na medida em que os métodos típicos da Física não poderiam ser estendidos às ciências sociais, devido às diferenças profundas que separam aquela ciência destas últimas. Embora o historicismo admita que existam, marcadas pela tipicidade, muitas condições sociais cuja recorrência regular pode ser observada, acaba por negar que as regularidades identificáveis na vida social tenham o caráter das regularidades imutáveis do mundo físico. Popper afirma que, segundo os historicistas, não se deve falar, sem reservas, em “leis da Economia”, mas tão somente em “leis econômicas do período feudal” ou “do início da era industrial” e assim por diante, sempre identificando a fase histórica durante a qual se admite que as leis em causa hajam prevalecido. Em razão disso, Popper esquematiza os argumentos utilizados pelos historicistas para rechaçar a aplicabilidade dos métodos da física, em sua maior parte à sociologia, uma vez que para o pensamento historicista há a necessidade de se considerar a relatividade histórica das leis sociais. Primeiramente, Popper indica que os historicistas atacam o conceito de “generalização”, próprio das ciências naturais. Aduzem que circunstâncias semelhantes só se manifestam em determinado período histórico e nunca se estendem de um a outro período. Consequentemente, a sociedade não apresenta uma uniformidade a longo prazo, de maneira a autorizar generalizações a longo termo. Popper utiliza o exemplo das “inexoráveis leis” da Economia, que têm sido criticadas pelos historicistas, porquanto a crença nessas “leis” indicaria a futilidade da intervenção legislativa na esfera das discussões em torno da fixação de salários, por exemplo. Conforme Popper, essas tendências do historicismo satisfazem aqueles que se inclinam a agir, a interferir, especialmente em negócios humanos, recusando-se a aceitar como inevitável o existente estado das coisas (a aceitação quanto à existência da ordem espontânea, por exemplo). A inclinação a favor da atividade, contra

EALR, V. 9, nº 1, p. 347-367, Jan-Abr, 2018 360

cada época, ao contrário de um ideal universalizável e abrangente de civilização; 2) ele se baseia no *racionalismo construtivista*, a compreensão de que todas as normas não justificáveis racionalmente, ou que não tenham sido arquitetadas para atingir finalidades específicas devem ser abandonadas (Cf. MILLER, 2010, p. 104).

A terceira alternativa seria aquela elaborada por Max Weber, que rejeitou a afirmação formulada pelo historicismo alemão de que haveriam *leis históricas* a serem descobertas. Para Weber, o cientista social se deparava com fatos não limitados pela experiência, e a partir disso deveria selecionar certos fatos no enfoque de sua pesquisa. Referida seleção ocorre pela construção de *tipos ideais*, que não equivalem aos ideais de cunho moral ou ético. Tipos ideais, a exemplo do *capitalismo*, são indispensáveis às ciências sociais (Cf. MILLER, 2010, p. 104-105).

Os *tipos ideais* são projetados com a intenção de se estudar os valores individuais e, desse modo, existe uma rejeição a qualquer juízo de valor, qualquer ideia daquilo que deveria ser. Os ideais morais e estéticos não encontrariam espaço nas ciências sociais, a partir do fato de que não possuiriam bases racionais e empíricas. Um estudioso pode se colocar a defender um ideal, mas ao fazer isso ele abandona a ciência e ingressa num âmbito de conflito ininterrupto que “se enfurece entre deuses diferentes”. A guerra de valores weberiana se traduz como o conflito de ideais, e a escolha de ideais, no fim das contas, é uma questão de fé ou de perspectiva subjetiva (Cf. MILLER, 2010, p. 104-105).

Hayek nutria profunda admiração por Weber, especialmente pela negativa de Weber quanto à existência de *leis históricas* a serem descobertas, e também pela defesa de Weber quanto ao individualismo metodológico nas investigações sociais. Não obstante, Hayek não poderia aceitar a conclusão de Weber, com tons profundamente nietzschianos, de que ideais não possuem fundamentos, de que não haveria base racional para julgar a superioridade de um ideal em relação a outro, e de que no fim das contas a escolha por um ideal era em última instância arbitrária, baseada unicamente em um ato de fé ou simples vontade – assim como escolher entre deus e o diabo. Para ter convicção, o Filósofo Político não deveria ter medo de assumir uma posição quando confrontado com valores conflitantes.

Segundo Hayek, o cientista deveria escolher o que aceitar e o que rejeitar. No entanto, Hayek procura localizar um fundamento para essa escolha, e se recusa a visualizá-la em termos de fé, ou vontade subjetiva (Cf. MILLER, 2010, p. 104-105).

Essas três alternativas não faziam parte do projeto de Hayek, porquanto apresentou o *Império da Lei* como um ideal político, um princípio metajurídico. O autor não disse muito sobre o *status* deste princípio, mas parece intuitivo que a compreensão do princípio ocorra com base na Parte I da obra *Os fundamentos da liberdade* (O valor da liberdade). Hayek enfatizou que não se pode construir inadvertidamente todo um novo corpo de princípios

todas as espécies de inação, foi conceituada por Popper de “ativismo”, oportunidade em que citou a conhecida atitude ativista: “os filósofos se têm limitado a, desta ou daquela maneira, interpretar o mundo; o que importa, porém, é transformá-lo” (Marx em “Teses com Respeito a Feuerbach”) (Cf. POPPER, 1980, p. 8).

morais, mas sim compreender que todo o planejamento deve se dar com a aceitação quanto à existência de uma ordem autogeradora não dirigida.

A civilização humana “tem vida própria”, e todos os esforços humanos devem se focar em aprimorar as instituições a partir do princípio de que não se pode controlar tudo. O princípio metalegal de Hayek parece se fundar nos seguintes termos: “o propósito não é construir um novo corpo de regras morais, mas identificar aquelas normas que favoreceram o avanço da civilização no sentido de tomá-las como fundamentação” (Cf. MILLER, 2010, p. 105-106).

Eugene Miller, ao comentar o ideal hayekiano, afirma que as inovações acontecem em razão da liberdade. Portanto, a inovação não pode ser planejada, desenhada, manipulada, bem como sua direção não pode plenamente prevista. A melhor esperança de que as instituições se aprimorem repousa na liberdade individual, consoante Hayek. Além disso, o *Império da Lei* se refere estritamente à liberdade, e não diz absolutamente nada sobre resultados, fins que os indivíduos devem compartilhar, ou sobre as consequências dos comportamentos humanos em longo prazo (Cf. MILLER, 2010, p. 106).

Na hipótese, a *Grande Sociedade* não é uma organização, mas sim o conjunto de organismos e de organizações. Desse modo, constitui um equívoco pensar que o fim de uma sociedade liberal seja o capitalismo, ou a prosperidade (corolário lógico da liberdade de ação, mas não no sentido de direção consciente). Ao contrário, os fins de um sistema pautado na liberdade individual são tão plúrimos quando o número de indivíduos que o compõe, uma vez que não se trata de uma organização hierarquizada, comandada por mentes privilegiadas, e orientadas por um único propósito, a exemplo do Exército, da Igreja, da Família ou da Empresa.

Portanto, caso os indivíduos decidam se associar no sentido de empreendimentos coletivistas, a exemplo de uma comunidade baseada em trocas e auto-sustentabilidade, desde a negativa em participarem de economias de mercado ou de propósitos estritamente monetários, e sem se pautarem por agressões àqueles não interessados em se associar, deve a política da liberdade acolher tal perspectiva.

Hayek deixou claro que o *Império da Lei* é uma conquista da civilização ocidental¹⁵. Todavia, ambicionou a universalização do ideal. Com efeito, o autor não apresentou explicações muito precisas de como um ideal particular poderia servir de padrão para todas as nações, mas sugeriu duas possibilidades: 1) o *Império da Lei* poderia servir de referência àquelas nações que aspirarem alcançar as realizações criativas do Ocidente, moldadas pelas ideias e instituições ocidentais e, 2) a adoção do Ocidente como um guia, um padrão para as civilizações não conduzidas pelo mesmo ideal (Cf. MILLER, 2010, p. 107).

5. Elementos do *Rule of Law*

¹⁵ A civilização ocidental possui elementos cristãos, visigóticos, bretões, gregos, judaicos, francos, muçulmanos, lombardos, etc. Os principais centros irradiadores foram Atenas, Alexandria, Roma, Constantinopla, Paris, Córdoba, Grã-Bretanha e Estados Unidos desde instituições como a democracia ateniense e o direito romano.

O enigma para a supremacia da Atenas de Péricles e da América de Jefferson, no esquema Ocidental, encontra-se em um elemento comum: o *Império da Lei*, ou o governo das leis, e não o dos homens, como limite ao arbítrio, e ao Poder, para a proteção das liberdades. E o *Império da Lei*, nesses povos, repousava sobre uma melhor compreensão da condição humana, e sobre um ceticismo quanto à arrogância das pretensões demiúrgicas em modificar essa condição pela via institucional, ao contrário de adaptar o quadro institucional a essas mesmas condições. Nas palavras de Madison, um dos *Founding Fathers*: “caso fossem anjos a governarem os homens, não existiria a necessidade de controles externos e nem internos ao governo” (MADISON).

Os germens do conceito de poder limitado – o *Rule of Law* – surgiram na antiguidade clássica, e o ideal brilhou com força soberana nos Estados Unidos da América a partir da arquitetura desenhada pelos *Founding Fathers*. Estes, por sua vez, foram buscar na Grécia Clássica, na República de Cícero, e em certos valores judaico-cristãos, o desenho institucional mais consentâneo à volúvel condição humana. Não por acaso Hayek dedicou a obra *Os fundamentos da liberdade* (1983) “à civilização desconhecida que se desenvolve nos Estados Unidos da América”.

Ao estabelecer como “verdades auto-evidentes” a igualdade de autoridade entre todos os homens, a Declaração de Independência nada mais fez do que materializar o conceito de isonomia muito caro a certo período helenístico, ou *isonomy*, no sentido de “leis gerais aplicáveis igualmente a todos”. Na lição de John Adams: “a América é uma nação de leis, não de arbítrios”. O termo isonomia vigorou até o século XVII “até ser substituído gradativamente pelas expressões ‘igualdade perante a lei’, ‘governo da lei, ou ‘Estado de Direito’”, consoante explica Hayek.

Em uma comunidade política regida por arbítrios, e não por leis isonômicas, os caprichos dos mais fortes não sofrem qualquer limite dos mais fracos. Na hipótese de João ter que devolver um empréstimo a Maria, e ao se encontrar sob a égide de uma “nação de homens”, o acordo entre as partes seria irrelevante; o peso residiria no fato de o grupo de João possuir mais força que o de Maria. Ao contrário, em uma “nação de leis”, Maria poderia confiar nos princípios contratuais que a resguardariam de um eventual inadimplemento de João, a despeito do poder de influência dos amigos de João (Cf. MORRISS, 2005, p. 32).

Dois elementos-chave caracterizam as sociedades em que o *Império da Lei* opera no âmbito das tradições da comunidade. Por primeiro, os princípios responsáveis pela solução das disputas deverão ser previamente conhecidos antes que elas ocorram. João sabe de antemão que a promessa de pagar a dívida a Maria será executada. Em segundo lugar, o resultado da aplicação desses princípios independe da qualidade das partes, de maneira que indivíduos poderosos seriam governados pelas mesmas regras impessoais que constroem as partes mais vulneráveis (Cf. MORRISS, 2005, p. 32).

Para Hayek, essas são condições necessárias mas não suficientes para o *Rule of Law*. Por exemplo, o Imperador romano Calígula expedia decretos em letras minúsculas e os afixava em locais impossíveis de serem acessados, a fim de assegurar que os cidadãos não

soubessem se seus comportamentos violavam ou não as leis. As duas condições acima elencadas são suficientes na tentativa de se evitar uma tirania como a de Calígula, mas não aptas à promoção de uma sociedade livre. Em razão disso, limites substanciais às legislações se fazem necessários (Cf. MORRISS, 2005, p. 33).

Hayek defendeu que “as normas morais de ação coletiva são aperfeiçoadas com dificuldade e muito lentamente, o que deve bastar para indicar o quanto são valiosas”. O Autor enfatizou que “dos poucos princípios desta categoria que a humanidade conseguiu aperfeiçoar, o mais importante é a liberdade individual”. Em razão disso, a liberdade individual deve ser considerada um princípio moral a nortear a ação política. Hayek acentuou a necessidade de que a liberdade individual seja aceita como “um valor intrínseco, como um princípio que deve ser respeitado sem nos determos sobre as consequências em determinado caso”. Os homens somente conquistarão êxito civilizacional caso compreendam e aceitem a liberdade como um princípio, ou um pressuposto tão fundamental que nenhuma razão de conveniência poderá limitá-la (Cf. HAYEK, 1983, p. 73).

A acepção de *Lei* que responde a um quadro de liberdade negativas é aquela que prioriza um sentido moral para o Direito na perspectiva de *nomos* (as normas das organizações não podem ir contra *nomos*), que é o conteúdo evolucionário do princípio da liberdade individual. Ao se insurgir contra o decreto de Creonte que a impedia de realizar as cerimônias fúnebres do irmão, Antígona imortalizou o ideal moral do *Império da Lei*, na qualidade de preservação das tradições consentâneas à liberdade individual, em oposição ao poder arbitrário. Para Antígona, o decreto de Creonte não era *Lei*, mas sim *Legislação* produzida em descompasso à tradição que embasava sua liberdade.

Ao distinguir *Lei* de *Legislação*, Hayek afirmou que a segunda é muito pródiga em sufocar a primeira. Para o Autor, o simples fato de legislações serem promulgadas com lastro na vontade da maioria, não significa que se encontrem em consonância àquilo que entende por *Lei* formulada pela maioria. A simples validade não é suficiente para conferir justiça às normas. Normas válidas podem significar apenas *Legislação*, consoante o Autor. Com efeito, um ordenamento que se vincule à liberdade individual como valor soberano é aquele que mantém o poder político sob a mais estrita vigilância, e o compreende somente como árbitro e arquiteto das instituições necessárias à cooperação. Existe um limite ao poder do governo, e ao poder arbitrário do mais forte, e o limite é sempre o indivíduo visualizado como fim em si mesmo.

Na hipótese, as leis que fundaram a República de Jefferson eram *Leis* no sentido moral de salvaguarda às liberdades, e não mera *Legislação* produzida por vontade política desvinculada de *nomos*. Anteriormente a Darwin, e aos economistas que ofereceram suporte às suas ideias, era muito comum o uso da expressão *Direito Natural* em atenção ao ideal do *Rule of Law*. Todavia, a expressão também oportuniza divergências semânticas labirínticas, e pode ser melhor compreendida quando afirmamos um *Direito Evolucionário* com raízes pré-históricas e funções adaptativas. Os seres humanos evoluíram em pequenos grupos sociais também em razão de tradições mais favoráveis à adaptação, a exemplo da propriedade e do contrato. E as civilizações grega e romana eram civilizações do contrato e da propriedade.

A liberdade individual como bússola de um ordenamento jurídico funciona apenas como *limite* ao governo, e ao arbítrio do mais forte, sem prescrever qualquer fim específico para a coletividade, diferentemente de uma organização política marxista, feminista, fascista, calcada em leis divinas, ou em qualquer outra ideologia finalística. Para os teóricos que identificam o *Império da Lei* apenas como comandos de um soberano, não parece existir problema se a Política informar o Direito desde qualquer dessas ideologias finalísticas, uma vez que a ideologia detentora do maior número de armas ditará o comportamento da comunidade, e os indivíduos devem permanecer gratos na hipótese da ideologia do grupo mais forte não redundar no arbítrio do Khmer Vermelho, do Estado Islâmico ou do Talibã (Cf. MORRISS, 2005, p. 32).

É justamente por isso que Hayek não compreende a instituição *Império da Lei* unicamente como vontade de um soberano, como se a *Grande Sociedade* fosse uma organização, e não um sistema plural a agregar organismos e organizações. A *Grande Sociedade* opera, sobretudo, desde convenções que não desprezam as tradições cooperativas e voluntárias mais essenciais à sobrevivência da nossa espécie, na maioria das vezes até anteriores à organização política – a essência do *Império da Lei*, a resguardar os mais diferentes propósitos individuais.

6. Considerações Finais

O termo *Rule of Law* opera desde uma diversidade semântica bastante significativa, e Hayek pretendeu oferecer uma perspectiva muito particular do conceito a partir das trágicas experiências totalitárias do Século XX. O presente ensaio buscou, nesse rumo, clarificar a instituição desde as teorias de Hayek, no sentido de pugnar por um conteúdo substancial para as *Leis* na *Grande Sociedade*, sem perder de vista todo empreendimento em compreender a história do *Rule of Law*, e de como ele surgiu e foi aplicado nos sistemas legais, e teorizado pelos estudiosos do Direito do passado, no sentido de pressupor o que é realmente o *Direito*, e o que ele deve ser.

E o conteúdo substancial ambicionado por Hayek foi a liberdade entendida como ausência de coerção, e da coerção apenas como estratégia a garantir o próprio conceito de liberdade. O princípio elementar a informar o *Império da Lei* é a condição em que a coerção de um homem sobre o outro encontre-se reduzida tanto quando possível. Importante repisar que Hayek acentua a necessidade de que a liberdade individual seja aceita como “um valor intrínseco, como um princípio que deve ser respeitado sem nos determos sobre as consequências em determinado caso”. Os homens somente conquistarão êxito civilizacional caso compreendam e aceitem a liberdade como um princípio, ou um pressuposto tão fundamental que nenhuma razão de conveniência poderá limitá-la (Cf. HAYEK, 1983, p. 73).

A tradição do individualismo de que Hayek é tributário informa sobre a concepção de indivíduo como ser humano, ou seja: “a supremacia de suas preferências e opiniões na esfera individual, por mais limitada que esta possa ser, e a convicção de que é desejável que os indivíduos desenvolvam dotes e inclinações pessoais”, em oposição à ideologia que compreende o homem como meio para a realização de empreendimentos coletivos totais. A preo-

cupação em relação aos regimes totalitários auxilia na compreensão quanto à perspectiva de análise do Autor. No âmago da teoria repousa a rejeição radical a projetos com pretensões de controlar, ou moldar o desenvolvimento humano com base em um conceito muito específico de *razão*. A ideia de fornecer à sociedade uma *direção consciente*, rumo a qualquer objetivo em particular, é o que une as doutrinas coletivistas tanto do nazismo quanto do comunismo.

O *Império da Lei*, em Hayek, é sobretudo a tentativa de articular uma doutrina metalegal que recupere o significado do termo *Constituição* desde a tradição aristotélica de *limitação de todo o poder por princípios permanentes de governo*, não no sentido de construir um novo corpo de regras morais, mas sim no de identificar aquelas normas que favorecerem o avanço da civilização para tomá-las como base normativa. A limitação ao arbítrio do mais forte, e do governo, o *Rule of Law*, torna possíveis arranjos institucionais que promovam segurança e previsibilidade aos agentes, a fim de que conquistem a liberdade de participar da *Ordem Autogeradora* responsável pelos poderes criativos da civilização livre.

7. Referências

BARBIERI, Fábio. *A economia do intervencionismo*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

BARRY, Norman. The tradition of spontaneous order. In: *Literature of liberty*. Arlington: Institute for Human Studies, 1982. Disponível em: <<http://www.econlib.org/library/Essays/LtrLbrty/bryTSO2.html>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

BERKOWITZ, Peter. *Constitutional conservatism: liberty, self-government, and political moderation*. California: Hoover Institution Press, 2013.

CALDWELL, Bruce. Hayek's transformation. *History of Political Economy*, 1988, p. 513-541.

FLORES, Imer; HIMMA, Kenneth. Law, liberty, and the rule of law. *Ius Gentium Comparative Perspectives on Law and Justice*, v. 18. New York, London: Springer, 2013

HAYEK, F. A. *The road to serfdom*. London: Routledge, 1944. Traduzido por HAYEK, F. A. *O caminho da servidão*. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 6. ed. São Paulo: Instituto Mises Brasil, 2010.

_____. *The constitution of liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1960. Traduzido por HAYEK, F.A. *Os fundamentos da liberdade*. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983.

_____. *Rules and order*. Vol. 1 of Law, legislation, and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy. Chicago: University of Chicago Press, 1973. Traduzido por HAYEK, F. A. *Normas e ordem*. Vol. 1 de Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Tradução de Anna Maria Capovilla et al. São Paulo: Visão, 1985.

KUKATHAS, Chandran. Hayek and liberalism. In: FESER, Edward (org). *The Cambridge Companion to Hayek*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 182-207.

MADISON. *The federalist* 51. Disponível em: <<http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-51.php>>. Acesso em: 2 fev. 2016.

MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary. *Introduction*. In: Handbook of New Institutional Economics. Ménard, Claude; Shirley, Mary (org.). New York: Springer, p. 1-20.

MORRISS, Andrew. Why classical liberals care about the Rule of Law (and hardly anyone else does). *Foundation for Economic Education*, 2015. Disponível em: <<https://fee.org/articles/why-classical-liberals-care-about-the-rule-of-law-and-hardly-anyone-else-does/>>. Acesso em: 2 fev. 2016.

NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

TALEB, Nassim. *A lógica do cisne negro: o impacto do altamente improvável*. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008.

WAPSHOTT, Nicholas. *Keynes X Hayek: As origens e a herança do maior duelo econômico da história*. São Paulo: Record, 2016.

WILLIAMSON, Oliver. The New Institutional Economics: taking stock and looking ahead. In: *Journal of economic literature*. American economic association, 2000. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2565421?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 10 mai. 2017.