

Entre a Anarquia e o Estado do Bem-Estar Social: Aplicações do Libertarianismo à Filosofia Constitucional

Rodrigo Brandão

Professor-adjunto de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (graduação, mestrado e doutorado). Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Sócio Rodrigo Brandão Advogados.

“Dar dinheiro e poder ao governo é o mesmo que dar whisky e carros potentes a adolescentes” P. J. O’Rourke

RESUMO: O artigo se destina a tratar das relações entre o libertarianismo e a Teoria da Constituição, com destaque à obra de dois filósofos libertários: Robert Nozick e Friedrich August von Hayek. Ao final, serão examinados os limites e possibilidades da aplicação da filosofia libertária à Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the connections between libertarianism and constitutional theory, with emphasis on two libertarians philosophers: Robert Nozick e Friedrich August von Hayek. In conclusion, will be examined the limits and possibilities of applying libertarian philosophy to the Brazilian Federal Constitution.

PALAVRAS-CHAVE: Libertarianismo. Constitucionalismo. Constituição Federal de 1988. Estado do Bem-Estar Social.

KEYWORDS: Libertarianism. Constitutionalism. Brazilian Federal Constitution. Welfare State.

1. INTRODUÇÃO: OS CONTORNOS GERAIS DO LIBERTARIANISMO.

O século XX parece ter sido o século do poder estatal. Após uma progressiva afirmação da liberdade a partir da sua solene proclamação como direito natural do indivíduo nas Revoluções Burguesas (séculos XVII e XVIII), o século passado foi marcado por coletivismos dos mais diversos matizes: do comunismo de Stalin e do fascismo de Mussolini e Salazar ao nacional-socialismo de Hitler; das ditaduras militares latino-americanas e africanas aos Estados do Bem-Estar Social altamente burocratizados na Europa, etc. A crença nutrida nos anos seguintes ao segundo pós-guerra a respeito do potencial de a intervenção estatal propulsionar a economia e construir uma rede de seguridade social foi substituída, no fim dos anos setenta, pela difusão da noção de que um Estado amplo fracassara, redundando em inflação, estagnação econômica e desemprego. As técnicas dos monopólios estatais e da nacionalização das mais variadas empresas (telefonia, minérios, rádio, televisão, automóveis, etc.) revelaram que a intervenção direta do Estado na economia apresenta, recorrentemente, custos superiores e graus de eficiência e inovação inferiores aos das empresas geridas pela iniciativa privada. Mesmo em países que não se valeram tão intensamente dessas práticas, como foi o caso dos EUA, as pesadas taxação e regulação da economia contiveram drasticamente o crescimento econômico, na medida em que reduziram o incentivo do indivíduo para produzir riqueza.

A vitória da Nova Direita na Inglaterra e nos Estados Unidos, com as eleições de Margareth Thatcher (1979) e de Ronald Reagan (1980), os movimentos de desestatização (v.g. privatização, quebra de monopólios estatais, etc), de flexibilização da Administração Pública e de redução do déficit público (especialmente o previdenciário) condensados nos postulados que integram o Consenso de Washington, e a atual desilusão do cidadão a propósito das potencialidades e virtudes da política e dos políticos, parecem confluir para uma certa descrença acerca da aptidão de um Estado amplo satisfazer as expectativas - igualmente amplas - criadas com a sua instituição. Por outro lado, a superação do fascismo, do nazismo e, mais recentemente, do comunismo, e a universalização de instrumentos democráticos (eleições livres e periódicas, mecanismos de responsabilização de autoridades, liberdade de expressão e de associação partidária, etc.)

e dos institutos típicos de um constitucionalismo em sentido forte (rigidez constitucional, controle de constitucionalidade, separação de poderes, etc.) parecem erigir os regimes democrático-liberais de livre mercado como fundados na única ideologia restante, que vencera as diversas formas de coletivismo, como se tivéssemos chegado ao “Fim da História”, ante a suposta superação das grandes disputas político-ideológicas.¹

A partir de um cenário assim delineado, os libertários afirmam que é chegada a hora de reencontrarmo-nos com a clássica tradição liberal. Nesse viés, o libertarianismo sustenta que todo indivíduo tem o direito de viver a vida de acordo com as suas resoluções pessoais, desde que as suas atitudes não conflitem com igual direito de outrem. Os indivíduos possuiriam, assim, direitos pré-políticos à vida, à liberdade e à propriedade, na medida em que tais direitos não apenas seriam anteriores à criação do Estado, como também representariam a sua razão de ser e pautariam o exercício legítimo da potestade pública. Dessa forma, as relações humanas deveriam se basear na consensualidade, admitindo-se apenas a proibição daquelas condutas que envolvam o emprego da força contra aqueles que não a haviam empregado anteriormente (condutas ilícitas, como o homicídio, estupro, roubo, sequestro, fraude, etc.)² Caso, todavia, o governo não se limite à tutela dos precitados direitos individuais e à contenção do uso ilegítimo da força pelos cidadãos - desempenhando atividades outras que não a segurança interna e externa, a jurisdição e demais serviços destinados à preservação da vida, liberdade e propriedade -, não procederá de forma legítima, imiscuindo-se nos direitos dos demais indivíduos.

Do que se veio de expor já se pode depreender que o *individualismo*³ e o *reconhecimento do pluralismo* constituem bases fundamentais do libertarianismo. O individualismo consiste em fundamento metodológico e ético do libertarianismo: em seu primeiro aspecto, o indivíduo é reconhecido como a unidade básica de análise social, na medida em que apenas os indivíduos têm vontades, planos, intenções, capacidade de escolha, e, sobre-

1 V. FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992. Destaque-se, contudo, a existência de regimes políticos extremamente distintos das democracias liberais, como o fundamentalismo islâmico e o “capitalismo autoritário” praticado em diversos países, especialmente na China. Ademais, dentro do espectro das “democracias liberais” há diversos matizes: Estados mais ou menos interventivos, mais ou menos autoritários, etc.

2 BOAZ, David. *Libertarianism*. New York: The Free Press, 1998, p. 2.

3 V. MACHAN, Tibor R. The Case for Libertarianism: Sovereign Individuals. In: *Libertarianism: for and against*. DUNCAN, Craig; MACHAN, Tibor R. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2005, p. 14 et. seq.

tudo, somente as pessoas podem ser responsabilizadas por seus atos. Não são olvidados os benefícios trazidos pela possibilidade de os indivíduos interagirem entre si: trata-se do próprio fundamento da criação da sociedade civil e de um sistema institucionalizado de direitos, como salientado há muito por próceres do liberalismo, como Locke e Hume. Apenas se quer salientar que a sociedade é composta por indivíduos, não sendo um organismo dotado de existência própria; ao revés, o verdadeiro propósito da sua criação é a proteção e a promoção do bem-estar do indivíduo. A base ética ou normativa individualista do libertarianismo vincula-se precisamente a esse objetivo específico da instituição do Estado, revelando-se, de forma precisa, através da segunda formulação do imperativo categórico kantiano: todo e qualquer indivíduo, independentemente da sua função social, deve ser tratado como um fim em si mesmo, nunca como um meio para a satisfação de necessidades coletivas.⁴

Para melhor compreensão do individualismo, mister se faz contrastá-lo com tese que se situa no extremo oposto no espectro da filosofia política, qual seja o organicismo, base teórica de diversas formas de coletivismo. O organicismo vê o Estado como “um grande corpo composto de partes que concorrem - cada uma segundo sua própria destinação e em relação de interdependência com todas as demais – para a vida do todo, e portanto, não atribui nenhuma autonomia aos indivíduos *uti singuli*”.⁵ Tal tese foi formulada, de forma definitiva, por Aristóteles, segundo a máxima de que o todo precede necessariamente à parte, de modo a considerar o Estado uma totalidade anterior e superior aos indivíduos. Não se concede, portanto, nenhum espaço a esferas de atuação individual independentes do todo, nem se reconhece uma clara distinção entre as esferas pública e privada. Ao contrário, o organicismo se funda numa concepção descendente de poder: “difícil imaginar um organismo em que sejam os membros a comandar, e não a cabeça”.⁶

O individualismo, contudo, considera o Estado como fruto das relações estabelecidas entre indivíduos isoladamente considerados, não tendo, portanto, uma existência própria, mas sendo compreendido como conjunto

4 V. KANT, Emmanuel. *Fundamentação à Metafísica dos Costumes*. Trad: Paulo Quintela. In: Os pensadores: Kant (II). São Paulo: Abril Cultural, 1980.

5 BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6ª edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994, p. 45/46.

6 BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 46

de indivíduos criado para a proteção dos seus “membros”. De acordo com a perspectiva do contrato social, o Estado “é justificado como o resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente livres que convencionam estabelecer os vínculos estritamente necessários a uma convivência pacífica e duradoura.”⁷ Assim, segundo a concepção individualista, primeiro existe o indivíduo com os seus interesses, que adquirem o *status* de direitos naturais, e depois a sociedade, de maneira que o Estado não mais é considerado um fato natural, existente independentemente da vontade dos indivíduos - como um organismo vivo -, mas algo criado artificialmente pelos indivíduos para a satisfação dos seus interesses – como se fosse uma máquina. Note-se que a versão liberal da teoria individualista afirma tratar o indivíduo como adulto, ou seja, como agente capaz de tomar decisões morais: daí extrair o indivíduo do corpo orgânico e fixar um amplo domínio - delimitado, apenas, por igual direito alheio - no qual deve prevalecer a atuação do indivíduo segundo as suas próprias convicções, afastando-se, pois, a incidência de normas estatais de caráter coercitivo nesse âmbito.

Saliente-se, por outro lado, que uma das características mais marcantes das sociedades contemporâneas é o fato do pluralismo, pois, em regimes pautados pela liberdade parece natural que as pessoas tenham diferentes concepções de vida boa e que diverjam sobre questões morais, filosóficas, religiosas, econômicas, etc. Uma reação a tal fenômeno é o perfeccionismo, segundo o qual a tarefa precípua da filosofia política consistiria no delineamento de um desenho institucional, embasado em determinada doutrina moral, que favoreça o aperfeiçoamento da natureza humana. Por exemplo, Marx propunha o pleno desenvolvimento do potencial do ser humano através do socialismo; as religiões teocráticas oferecem como resposta a tal dilema a união de todo o povo num único entendimento a respeito da sua relação com Deus; os filósofos comunitaristas aludem a valores compartilhados pela comunidade, que forjam a própria identidade dos indivíduos.⁸ Já os liberais, para além de reconhecerem como inevitável o fato do pluralismo, afirmam que não se afigura legítimo que o governo imponha uma determinada concepção de vida boa aos indivíduos. Ao contrário, os indivíduos devem ser livres para viver de acordo com a doutrina moral de sua eleição, cabendo ao Estado tão

7 BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6ª edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994. p. 14.

8 BOAZ, David. *Libertarianism*. p 105/106.

somente instituir uma estrutura neutra apta a evitar violações aos direitos individuais e a viabilizar que cada um possa perseguir o seu projeto pessoal de vida, a sua própria utopia. Aliás, desde há muito se salienta que as tentativas de se impor paraísos na Terra redundam, normalmente, em infernos, é dizer, em totalitarismo sob os mais variados rótulos.

Das breves considerações sobre os papéis exercidos pelo individualismo e pelo reconhecimento do pluralismo no bojo do libertarianismo, infere-se a sua proximidade com a tradicional corrente liberal. Em seu âmbito, contudo, deve-se distinguir os liberalismos político e econômico. O liberalismo político consiste em doutrina a respeito dos limites dos poderes públicos, fundada, basicamente, na noção de que os indivíduos têm direitos oponíveis ao Estado e na garantia de moderação do poder estatal através de mecanismos de fracionamento das funções públicas em órgãos independentes (separação de poderes). O conceito de Estado de Direito, erigido como uma espécie de “antileviatã”,⁹ se consubstancia, por sua vez, em pedra de toque do liberalismo político, na medida em que busca igual propósito de limitação do arbítrio estatal através de expedientes diversos: normas gerais, abstratas e prévias, aplicáveis a governantes e governados, independência do Judiciário, limitação da ação do Executivo à lei, previsão dos direitos individuais numa lei superior (direito natural ou constituição rígida), etc. Assim, parte-se da premissa de que a proteção do indivíduo é a finalidade última da criação do Estado e do Direito, de maneira que garantias inerentes à dignidade humana não poderão ser suprimidas mesmo que tal medida seja fundamentada na maximização do bem-estar coletivo, sob pena de o Estado ir de encontro ao propósito fundamental que inspirou a sua criação. Resta, portanto, resguardado um domínio de atuação individual inenfo a intervenções estatais, em cujo âmbito deve prevalecer a liberdade individual em detrimento da coerção estatal.

Enquanto o liberalismo político postula um Estado limitado (Estado de Direito), o liberalismo econômico propugna por um Estado mínimo, é dizer, uma mínima intervenção estatal na economia, zelando os poderes públicos, basicamente, pelas liberdades civis, pela propriedade privada, pela livre iniciativa, pela autonomia da vontade e pelo regular cumprimento dos contratos, visto que, quando a atuação do Estado transcender

⁹ MIAILLE, Michel. Le retour de l'Etat de droit. Le débat en France. In: CÓLAS, Dominique (org.) *L'État de droit: travaux de la mission sur la modernisation de l'État*. Paris: PUF, 1987, p. 218.

tais funções, buscando prover bens e serviços particulares ou produzir resultados específicos, redundaria, via de regra, falta de coordenação, ante a “desastrada” interferência governamental no sistema de preços. Segundo os libertários, o sistema de preços contém uma gama de informações acerca dos desejos, necessidades, e valores atribuídos pelas pessoas aos bens produzidos numa economia complexa que nenhum cérebro humano é capaz de manipular. Caso o governo interfira nesse sistema, instituindo, por exemplo, controle de preços, programas de preservação ou de geração de empregos, etc., atribuiria a tais bens um valor artificial, diverso daquele que lhes é atribuído espontaneamente pelos atores do mercado, causando diversas mazelas, v.g.: excesso ou escassez de bens, manutenção de ofícios que foram superados pelo desenvolvimento tecnológico ou econômico, benefícios odiosos àqueles que desempenham a atividade subsidiada, etc.

Note-se, ainda, que tais instrumentos de intervenção governamental na economia assemelham-se a um truque de mágica: o político que propõe um novo tributo, subsídio, ou programa de transferência de renda quer que os eleitores prestem atenção em sua mão direita, na qual ele destaca o benefício gerado pela medida sugerida (a geração de empregos com a construção de um estádio, a manutenção das atividades de uma empresa tradicional, as pessoas agraciadas com o “benefício social”, etc.). Todavia, a falácia consiste na sua pretensão de encobrir sob a mão esquerda os custos da medida, ou, mais precisamente, a riqueza e os empregos que seriam criados caso os recursos empregados pelo governo fossem utilizados pelos seus titulares.¹⁰

Assim, um mercado livre surge como uma “ordem espontânea” que, através da sua “mão invisível”, logra coordenar as escolhas e preferências de milhões de produtores, intermediários, investidores e consumidores, de modo que o indivíduo, embora não possa adquirir todos os bens que deseja, tem a possibilidade de utilizar o seu dinheiro e de escolher a sua atividade profissional ou negócio da forma que melhor lhe aprouver (seja a mais rentável, seja a que lhe confira maior satisfação pessoal), e não guiado pelas preferências fixadas, de cima para baixo, por uma autoridade central. Ademais, as pesadas taxação e regulação da economia desestimulam a produção de riqueza, estimando-se, p. ex., que, caso não houvesse o forte avanço dessas providências nos EUA nas décadas de sessenta e

¹⁰ BOAZ, David. Op. cit., p. 183/184.

setenta, o norte-americano médio seria quarenta por cento mais rico do que é hoje.¹¹

Os libertários se autointitulam os legítimos representantes da tradição liberal,¹² na medida em que sustentam aplicar, consistentemente, os conceitos básicos do liberalismo clássico, extraíndo conclusões que limitam a atuação coercitiva do Estado mais estritamente do que as demais correntes do liberalismo. Cuida-se, a bem da verdade, de doutrina política ultraliberal, à vista de reunir as características básicas dos liberalismos político e econômico. Tal assertiva é esclarecida a partir da análise combinada dos elementos acima expostos com a concepção libertarianista dos direitos individuais.

Segundo os libertários, há um único direito individual, do qual todos os demais são especificações: cada indivíduo tem o direito de guiar a sua vida, seja nas suas relações pessoais, seja nas suas relações econômicas, em consonância com as suas convicções, desde que respeite igual direito alheio. O fundamento básico desse postulado, ao contrário do que se poderia pensar à primeira vista, não repousa diretamente na liberdade, senão na noção de propriedade sobre o próprio corpo e os seus bens (*self-ownership*), afigurando-se a liberdade e a igualdade formal como as suas pré-condições. Com efeito, desde Platão e Aristóteles foram concebidas teorias políticas cuja premissa é a de que há diferentes tipos de indivíduos, com diferentes talentos, de maneira que alguns teriam nascido com o direito e a responsabilidade de comandar os demais, assim como os adultos cuidam das crianças. As revoluções burguesas, contudo, proclamaram a tese de que, embora as pessoas não tenham os mesmos talentos, recursos econômicos, beleza, inteligência, etc., todos possuem iguais direitos, devendo o ordenamento jurídico tratá-los igualmente (igualdade formal). Reconhece-se, portanto, a todos os indivíduos adultos e mentalmente sãos a capacidade e a responsabilidade moral para tomarem decisões que afetem a sua vida, seu corpo, seus bens, e suas relações pessoais e econômicas. Daí se extrai um postulado de não agressão: ninguém tem o direito de empregar a sua força em face de pessoa que não haja violado os seus direitos. Admite-se, apenas, o emprego legítimo da força para prevenir, punir ou indenizar os atos arbitrários de lesão a direitos, restringindo-se, portanto, a esse restrito domínio a coerção estatal.

11 BOAZ, David. Op. cit., p. 181.

12 V. MACHAN, Tibor R. The Case for Libertarianism: Sovereign Individuals. Op. cit., p. 3 e ss.

Dos postulados da propriedade sobre si mesmo, da igualdade perante a lei e da não agressão, decorre a proteção da vida, integridade física, liberdade e propriedade como direitos naturais do indivíduo intangíveis ao Estado. Enfocando-se a tutela das liberdades não econômicas (existenciais), convém salientar que se afigura especialmente nítida e grave a ofensa perpetrada à noção de propriedade sobre si mesmo pela supressão da vida ou por uma agressão física cometida a alguém. Por outro lado, as diversas formas de manifestação da liberdade civil decorrem igualmente de tal postulado: se eu, e mais ninguém, tenho a responsabilidade moral de tomar decisões a respeito de como levar a minha vida, questões relativas à religião, orientação política, filosófica, econômica e sexual, expressão de pensamentos e opiniões, aonde ir, com quem conviver e se reunir, que profissão ou negócio escolher, como empregar o dinheiro, etc., devem ser decididas por cada indivíduo, e não impostas por uma autoridade, desde que não se verifique violação a direito alheio.

Daí se extrai, como já salientado, uma aversão do libertarianismo às diversas formas de perfeccionismo moral: todo e qualquer indivíduo em pleno gozo de suas capacidades mentais deve ser considerado um agente com o direito e a responsabilidade de tomar decisões morais a respeito de si próprio e dos seus bens; entender-se que as decisões relativas a determinados grupos de indivíduos devem ser tomadas pelo governo significa tratá-los paternalisticamente, como se fossem crianças. Na esteira do exposto, devem ser rejeitadas todas as tentativas de imposição, via normas estatais coercitivas, de uma concepção moral majoritária ou destinada ao aperfeiçoamento da natureza humana, bem como de distinções legais arbitrárias entre os indivíduos. Preconizam, assim, os libertários concepções antiescravocratas e feministas, opondo-se, por outro lado, a não equiparação das uniões homossexuais às heterossexuais, às restrições ao uso da Internet, ao serviço militar obrigatório, à obrigatoriedade do uso do cinto de segurança, à proibição da pornografia, do fumo, da defesa de teses que sejam potencialmente ofensivas a grupos específicos, do uso de medicamentos de alto risco e de drogas leves, etc.¹³ As restrições estatais aos comportamentos individuais se justificam somente na hipótese de destinarem-se à proteção dos direitos dos demais indivíduos. Note-se que os libertários não aprovam, necessariamente, tais condutas, nem mesmo

13 BOAZ, David. Op. cit., p. 291 e ss.

perseguem uma determinada utopia ou doutrina moral; ao contrário, limitam a intervenção do Estado à proteção dos direitos individuais com vistas a delinear os contornos de uma infraestrutura apta a viabilizar que cada indivíduo persiga a sua própria utopia, como salientara Nozick.¹⁴ Desde que respeite os direitos dos demais, os indivíduos terão a possibilidade de, mediante acordos voluntários, viverem na comunidade que lhes pareça mais adequada à sua particular concepção de vida boa. Por exemplo, eles poderão optar por comunidade que ofereça ampla gama de serviços a um alto custo, que seja espartana favorecendo a poupança individual, que seja guiada por determinada orientação religiosa, a qual proíba o uso de álcool, do tabaco e do sexo fora do casamento, ou que seja agnóstica e permita o uso de drogas leves, etc.

Todavia, o libertarianismo não adota apenas a vertente política do liberalismo, abarcando também a sua dimensão econômica. No que toca às liberdades econômicas, o libertário acredita existir um direito natural do proprietário a usar, gozar e dispor de um bem em seu favor, protegido com a mesma intensidade que a integridade física e as liberdades fundamentais (liberdade de expressão, religião, etc.). Tal prerrogativa só poderá ser efetivamente exercida caso o proprietário tenha a garantia de que há segurança jurídica no exercício das suas prerrogativas, impedindo-se, v.g., que se confisque a riqueza produzida por ele. Saliente-se, ademais, que o libertarianismo rejeita ser considerado sinônimo de caos, visto que sujeita as pessoas a várias regras e restrições. O que o libertarianismo sustenta é que a maioria dessas regras deve ser erigida mediante o livre consentimento das partes por elas atingidas, é dizer, através da celebração de contratos livres, admitindo-se apenas normas estatais coercitivas naquilo que for absolutamente essencial: a proteção dos direitos naturais dos demais indivíduos. A propósito, os contratos são concebidos como instrumentos de transferências de títulos de propriedade que habilitam os membros da sociedade a fazer planos de longo prazo e a construir vastas e complexas relações comerciais. A liberdade de celebração de contratos e a sua obrigatoriedade são, portanto, aspectos cruciais da teoria de direitos libertária, que equipara o não cumprimento de contratos a uma forma de roubo.¹⁵ Já a tributação, à vista do seu caráter coercitivo, só é tolerada caso

14 Ver os itens 2.2 e 2.3.

15 Ibid, p. 81.

se restrinja a medida estritamente necessária para o custeio das atividades do governo tidas como legítimas (sobretudo, polícia, Judiciário e defesa nacional), vedando-se a tributação com fins redistributivos, a qual chega a ser equiparada a uma forma de trabalho forçado.¹⁶

As liberdades econômicas, assim como as existenciais, são concebidas como direitos (i) naturais, porquanto pré-políticos,¹⁷ (ii) universais, já que atuam como pressupostos necessários de um regime livre, e como (iii) trunfos, já que derrotam, no espaço político, quaisquer outras razões morais, definindo quais argumentos morais gozarão da obrigatoriedade que é própria ao direito. Destaque-se, contudo, que os direitos individuais são concebidos apenas como direitos a prestações estatais negativas, protegendo-se uma esfera de livre atuação do indivíduo nas esferas existencial e econômica intangível à ação do Estado.¹⁸ Critica-se a dita “proliferação” de direitos, ou mais precisamente, a atribuição do *status* de direitos individuais a “interesses” e “preferências” ligadas a prestações estatais positivas nas áreas da saúde, educação, previdência e assistência social, moradia, etc. Além da verdade, consideram os libertarianistas que argumentos fincados num conceito substantivo de igualdade (seja a igualdade de resultados, seja a de oportunidades) revelam-se incompatíveis com um regime de liberdade, na medida em que impõem obrigações (especialmente tributárias) incompatíveis com os direitos naturais dos indivíduos, além de pressuporem que a alocação de bens seja decidida por uma autoridade central, e não pelos processos “impessoais” do mercado.

Neste ponto, cumpre indagar a respeito da resposta libertária para a situação de indivíduo que se encontra em situação de extrema pobreza. Inicialmente, destacam os libertários que tal hipótese é bastante rara numa sociedade bem ordenada, uma vez que haverá quase sempre trabalho disponível para a percepção de remuneração que garanta a sua subsistência, ainda que, a seu ver, as normas trabalhistas, especialmente as relativas ao salário mínimo, a intensa taxação do setor produtivo e demais restrições governamentais criem embaraços ao desenvolvimento econômico. Caso o indivíduo não consiga um emprego, poderá contar com o suporte da

16 V. sessão 2.4.

17 Apesar de boa parte dos libertarianistas adotar uma concepção jusnaturalista a respeito dos direitos individuais (ver, na sessão dois, a análise da obra de Nozick), importantes autores nessa seara, dentre os quais Hayek, adotam uma espécie de utilitarismo indireto. Conferir os itens 2.2 e 3.4, em especial.

18 V. MACHAN, Tibor R. *The Case for Libertarianism: Sovereign Individuals*. Op. cit., p. 20 et. seq.

família, de amigos ou de instituições de caridade. Entretanto, na situação extrema de o indivíduo não obter trabalho nem a caridade alheia, pode-se afirmar que ele tem a obrigação moral de assegurar as condições mínimas para a sua subsistência. Assim, se a pessoa faminta roubar um pão, ainda que a respectiva ação penal possa ser proposta, a pena poderá deixar de ser aplicada ante a caracterização do estado de necessidade. Contudo, os libertários, em sua maioria, não extraem da necessidade o direito de um indivíduo exigir parcela da propriedade de outrem, mas apenas reconhecem situações de emergência nas quais a ausência das condições para a vida social e política inviabiliza a aplicação dos direitos individuais.¹⁹

Por fim, cumpre-nos situar o libertarianismo no âmbito da filosofia política. A propósito, seriam os libertários de direita ou de esquerda, conservadores ou progressistas? Diante da profunda crise vivenciada atualmente pelos aludidos rótulos, convém propor-se um acordo semântico baseado na observação da dinâmica do jogo político: os progressistas ou de esquerda (*liberals*, nos EUA), defendem uma forte intervenção estatal nos assuntos econômicos, mediante intensa regulação e taxação, e uma tímida atuação do Estado no âmbito das decisões existenciais do indivíduo; os conservadores ou de direita (*conservatives*, nos EUA) sustentam uma intervenção estatal mais restrita em assuntos econômicos, e mais ampla nas liberdades civis. Do exposto, pode-se inferir que os libertários não se inserem em nenhuma das duas categorias; a bem da verdade, os libertários são progressistas no que toca às liberdades existenciais, e conservadores no que tange às liberdades econômicas, adotando perspectiva ultraliberal, já que associam os postulados dos liberalismos político e econômico, é dizer, as noções de Estado Limitado e de Estado Mínimo, em prol de uma proteção bastante ampla da liberdade individual em sua dupla dimensão, e bastante restrita a respeito das atividades estatais que envolvam o exercício do poder de império.

Daí afirmarem que os conservadores nos tratam como se fossem os nossos pais, dizendo o que devemos ou não fazer, ou seja, orientando-nos acerca das condutas moralmente corretas que devemos seguir, enquanto os “liberais” querem substituir as nossas mães, pois buscam nos alimentar, proteger, enfim, cuidar de nós, provendo as nossas necessidades básicas.

19 Destaque-se, contudo, que há autores libertários, como Hayek, que consideram legítima a instituição de programas governamentais de renda mínima.

Os libertários afirmam tratar os adultos como adultos, já que os consideram agentes racionais com capacidade moral para tomarem decisões que afetem as suas vidas e se responsabilizarem pelos seus efeitos, ainda que se reconheça a possibilidade de tomarem decisões equivocadas.²⁰

Delineados os seus contornos gerais, buscaremos examinar, de forma mais consistente, as bases teóricas do libertarianismo através da análise das obras das duas principais referências do pensamento libertário contemporâneo, quais sejam Robert Nozick e Friedrich August Von Hayek, encerrando o presente ensaio com uma breve conclusão a respeito dos limites e potencialidades da aplicação dessa corrente de filosofia política no direito constitucional brasileiro. Assim como na presente introdução, buscar-se-á adotar perspectiva essencialmente descritiva, reservando o exame crítico, à luz da realidade brasileira, para a sessão final.

2. ROBERT NOZICK: ANARQUIA, ESTADO E UTOPIA

2.1 Introdução

O livro “Anarquia, Estado e Utopia”, publicado por Robert Nozick em 1974 e agraciado com o *National Book Award*, consiste num marco no âmbito da filosofia política. Embora não sejam muitos os seguidores de Nozick e o próprio haja se distanciado do tema por um longo período, a sua obra tem se revelado um contraponto necessário ao clássico “Uma Teoria da Justiça”, de John Rawls (1971), no debate acadêmico norte-americano. Várias são as qualidades de “Anarquia”: a argumentação é brilhante, o estilo é elegante e desafiador, questionando, com exemplos radicais e milimetricamente encaixados, visões confortavelmente estabelecidas, a obra expõe um modo de aproximação da filosofia política raramente tão abstrato e inteligente, a cultura interdisciplinar e as capacidades de imaginação e de raciocínio de Nozick são surpreendentes, há teses que, além de radicais, são inovadoras, v.g.: as etapas de transposição do Estado de Natureza para o governo civil, a teoria da justiça do direito à propriedade, o Estado como estrutura para uma utopia pluralista, etc.

Cabe-me, contudo, advertir não se tratar de um livro fácil: as teses não são expostas de forma didática, sendo frequentemente difícil distin-

²⁰ Ibid. p. 104.

guir argumentos centrais das várias digressões contidas ao longo do texto, premissas fundamentais ao raciocínio são recortadas em várias páginas em meio a outros temas, ou mesmo não são tratadas, a argumentação é extremamente abstrata e o autor se vale de conhecimentos interdisciplinares, etc. Aliás, no prefácio de “Anarquia”, o próprio Nozick admite tratar-se de uma exploração filosófica que não pretende conter uma teoria completa, senão “apresentações inacabadas, conjeturas, questões e problemas em aberto, indicações, conexões secundárias, bem como uma linha principal do argumento. Há espaço para palavras sobre assuntos que não sejam as últimas palavras”.²¹ Todavia, tendo em vista o propósito da presente obra coletiva, buscar-se-á reconstruir as teses de Nozick de forma a iluminar os seus aspectos estruturais e a estabelecer conexões entre si, facilitando a sua compreensão. À vista desse propósito, dividiu-se a análise da sua obra em três tópicos.

2.2 Os direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade

À guisa de introdução, cumpre-nos arrolar as principais características da teoria de Robert Nozick sobre os direitos fundamentais, as quais serão desenvolvidas nos parágrafos seguintes. O filósofo de Harvard parte do pressuposto da (i) *separação entre as pessoas*, de onde extrai não se revelar moralmente legítima a imposição de um ônus a determinado indivíduo em benefício de outrem. Ademais, afirma que todos os indivíduos têm (ii) *direitos à vida, à liberdade e à propriedade*, ressaltando que o último se revela tão forte quanto os dois primeiros. *Tais direitos são naturais (iii), pois não se fundam no direito positivo, mas pertencem à pessoa humana, independentemente da cultura na qual ela se insira e da sua formal positivação, e (iv) visam a proteger uma zona de não interferência*, qualificando-se, portanto, como *direitos a abstenções estatais, ou direitos de defesa*, segundo a moderna terminologia dos direitos fundamentais. Consistem, pois, em garantias em face de incursões arbitrárias num domínio em que deve prevalecer o autogoverno do indivíduo a respeito da sua vida, liberdades e possessões, e não atos coercitivos de outros indivíduos ou da coletividade.

Ademais, tais *direitos são (iv) invioláveis, (v) exaustivos no plano político e (vi) insuscetíveis de colidirem, efetivamente, com outros direitos ou valores*, na medida

21 NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 12/13.

em que não se concebe justificativa razoável para que eles sejam afastados, providência que apenas se verifica com a prática de atos ilícitos. Assim, considerações baseadas nos direitos à vida, à liberdade e à propriedade derrotam, no âmbito do que é juridicamente exigível, quaisquer outros valores morais, inclusive o bem-estar geral, as necessidades de terceiros ou direitos positivos, além de a sua proteção consistir na única forma de legitimação de atos estatais coercitivos.

Delineados os contornos básicos da teoria de direitos de Nozick, ora nos cumpre desenvolvê-la, ainda que de forma esquemática e simplificada. Nesta esteira, saliente-se que consiste em premissa fundamental para a compreensão da concepção de Nozick a respeito dos direitos fundamentais a noção, fortemente individualista, concernente à *separação entre as pessoas*. Partindo de truísmos recorrentes, como o fato de vivermos vidas e existências distintas, Nozick afirma que somente o indivíduo tem o direito de decidir o que ocorrerá com a sua vida, liberdade, corpo e bens, pois eles não pertencem a ninguém senão ao seu titular. Assim, não se pode sacrificar uma pessoa em benefício de outra, ou, em outras palavras, impor a alguém um sacrifício que corresponda a um ganho de outrem, mesmo que tais medidas sejam fundamentadas no bem-estar da coletividade ou na necessidade do beneficiado.

Bem ilustra o equívoco de se desconsiderar a separação entre as pessoas o caso da distribuição coercitiva de partes do corpo, exemplificado pela “loteria de olhos” (*eye lottery*).²² Imagine-se que o avanço tecnológico da medicina permita que os transplantes de globos oculares tenham cem por cento de êxito. Considerando que o número de pessoas que têm os olhos sadios supera, significativamente, o quantitativo de pessoas com graves problemas de visão, poderia se cogitar de uma política de redistribuição de olhos, com o escopo de garantir que todos possam ver. Desta feita, caso o governo não obtivesse o número de doadores voluntários suficiente para tal desiderato, poderia implantar uma espécie de loterias de olhos, segundo a qual os perdedores seriam obrigados a doar um globo ocular a pessoa com problemas de visão. Embora a erradicação da cegueira pareça maximizar o bem-estar geral da sociedade, a referida medida se revela, para dizer o mínimo, grotesca, violando, de forma especialmente

22 NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 223.

clara e intensa, o direito à integridade física daquele que fora compelido a “ceder” o seu globo ocular.

Nozick afirma que a impossibilidade de sacrifício dos direitos de uns para a satisfação de necessidades alheias não se aplica apenas às chamadas liberdades existenciais, mas também às liberdades econômicas, (i.e.: ao direito de propriedade), visto que ambas são consideradas direitos naturais. Daí afirmar que, mesmo que uma pessoa não tenha condições materiais de adquirir os alimentos necessários à sua subsistência, da sua necessidade não decorre que possa legitimamente exigir que outro indivíduo divida com ela os alimentos que tem de sobra. Tal pretensão só se afiguraria possível caso se extraísse do direito à vida uma dimensão positiva, prestacional, no sentido de que o seu titular poderia exigir que um indivíduo, ou mesmo a coletividade, disponibilizasse o bem de que necessita. Entretanto, para Nozick tais direitos prestacionais só podem legitimamente advir de obrigações voluntárias firmadas entre credor e devedor, como, por exemplo, de um contrato firmado entre paciente e médico, no qual este se compromete perante aquele a adotar em seu favor determinados tratamentos. O único direito não contratual que o indivíduo tem é a garantia de que a sua vida, liberdade e propriedade não serão prejudicadas por um ato coercitivo de outro indivíduo (v.g.: homicídio, sequestro ou roubo) ou do Estado (i.e.: tributação, que, ao seu ver, assemelha-se ao trabalho forçado).²³

Assim, os indivíduos só podem exigir dos demais, independentemente da sua manifestação volitiva, o cumprimento de *deveres de não interferência*, é dizer, deveres de abstenção com o escopo de resguardar um âmbito de livre atuação individual. Os direitos fundamentais assumem, portanto, um caráter essencialmente negativo, autorizando apenas que se exija que os demais indivíduos se demitam de atitudes que interfiram na fruição do respectivo direito. Disso se infere a *impossibilidade da verificação de uma efetiva colisão de direitos naturais*, fenômeno que se revelaria inevitável caso fossem reconhecidos direitos negativos e positivos. Explica-se recorrendo, novamente, à dimensão prestacional do direito à vida: se reconhecermos que um indivíduo carente tem direito de exigir que alguém mais abastado divida com ele os alimentos que não utilizará, haverá inevitável conflito entre o direito ao fornecimento de alimentos e o direito de propriedade incidente sobre tais bens. Caso, entretanto, somente sejam conce-

²³ Ver item 2.4.

bidos direitos negativos à vida, à liberdade, e à propriedade, Nozick afirma que tais conflitos não se verificarão, pois condutas que avancem sobre tais bens jurídicos (v.g.: homicídios, agressões, roubos, sequestros, esbulhos, etc.) serão consideradas atos ilícitos.

Poderíamos cogitar de uma colisão de direitos negativos, na hipótese de um grupo ameaçar cometer atos terroristas, colocando em risco a vida e a integridade física de um enorme contingente de pessoas, caso o governo não os entregue o juiz que condenou o seu líder. Na vertente hipótese, poderia se supor a existência de colisão entre os direitos à vida, à integridade física e à liberdade do juiz e iguais direitos de um grupo indeterminado de indivíduos. Nozick afasta o que chama de “utilitarismo de direitos”, o qual, por partir da premissa de que a tutela dos direitos é um objetivo a ser maximizado, justifica a entrega do juiz ao grupo terrorista, visto que tal providência preveniria uma gama muito mais ampla de violações a direitos.

Nozick nega a possibilidade de sacrificar-se o direito de um em benefício da preservação dos direitos de outros. Ao contrário, os direitos são vistos como barreiras à atuação de não titulares na seara especialmente protegida que demarcam, cujo respeito deve ser salvaguardado independentemente das suas consequências práticas. Assim, ainda que haja um verdadeiro temor de que os terroristas implementem atos com repercussões devastadoras sobre os direitos naturais de um sem-número de pessoas, a resposta negativa à sua proposta é a única moralmente legítima.

O filósofo de Harvard nega que tal assertiva decorra apenas da preocupação em mantermos as mãos limpas. Segundo tal perspectiva, caso nos curvássemos à alvitrada ameaça terrorista, nós próprios violaríamos o direito à vida do juiz, enquanto caso a rejeitássemos, iguais direitos dos cidadãos seriam violados por terceiros (terroristas) e não diretamente por nós. A bem da verdade, Nozick rejeita também que uma pessoa, no presente, malfira direitos com o escopo de evitar que ela própria, no futuro, cometa maior violação a direitos. Suponha-se que um cleptomaníaco só consiga conter a sua patologia com o uso de determinada droga que apenas uma pessoa possui. Na hipótese de o único fornecedor negar-se a doar parte da droga ao cleptomaníaco hipossuficiente, Nozick não reputa legítimo que ele, de forma lúcida, furtar tal medicamento, mesmo que tal ato seja orientado para evitar que venha a, compulsivamente, furtar no futuro.

Assim, devemos evitar a violação de direitos no presente, ainda que esta postura implique futuras transgressões ainda mais gravosas.²⁴

Ademais, os direitos negativos são tidos como *invioláveis*, já que prevalecem sobre quaisquer outros argumentos morais. Há, portanto, frontal contrariedade à tese utilitarista de que a maximização do bem-estar geral justifica o afastamento de garantias individuais, à vista de as pessoas não terem outro direito fundamental senão o de ser contados como um, e não mais que um, pois o bem de determinado cidadão tem, rigorosamente, a mesma importância que o bem de qualquer outro. Contudo, a busca de maximização do bem-estar geral pelo Estado, quaisquer que sejam as medidas necessárias ao atingimento dessa finalidade - objetivo visado por um utilitarismo puro - apresenta, segundo Nozick, erros morais e metafísicos, os quais estão umbilicalmente ligados. O equívoco moral consiste, sobretudo, em desconsiderar a separação entre as pessoas, na medida em que não parece moralmente legítimo que sejam impostos ônus a determinadas pessoas para o benefício de outras, ainda que o resultado seja o aumento do bem-estar geral. Isso porque, mesmo que tal postura possa ser justificada no plano individual, a sua transferência para um nível coletivo se revela inviável (erro metafísico). Isso porque, embora a atitude de poupar parcela dos meus rendimentos possa diminuir a minha felicidade no presente, a possibilidade que terei de comprar uma casa no futuro tenderá a aumentar o meu bem-estar numa análise global. Todavia, o transplante desta ideia do plano individual para o coletivo significa apenas que sobre alguns recairão obrigações que se reverterão para outros; enfim, que a felicidade de uns será prejudicada em favor do aumento da felicidade de outros, e nada mais.

Nozick considera, contudo, que não apenas o bem-estar geral é insuficiente para afastar a tutela do direito, como igualmente o são outros valores morais. Assim, caso o proprietário de um terreno resolva demolir uma construção ali localizada que possua imenso valor histórico-cultural, com o escopo de construir um *shopping center*, os não proprietários nada poderão fazer para impedir tal atitude. Isso porque, *no que toca às obrigações legalmente exigíveis, os direitos são exaustivos*, é dizer, são os únicos

24 WOLFF, Jonathan. *Robert Nozick: Property, Justice and the Minimal State*. Stanford: Stanford University Press, 1991, p. 21 e 22.

valores morais cuja obrigatoriedade é garantida pelas sanções do Estado. Assim, não se pode impedir o proprietário de um imóvel de grande valor histórico-cultural que venha a demoli-lo, o que não significa que essa atitude não deva ser lamentada, visto que o domínio da moralidade é muito mais amplo do que o da filosofia política. Contudo, tendo em vista que a última lida apenas com obrigações legalmente exigíveis, neste âmbito restrito, os direitos, repise-se, são exaustivos, e triunfam sobre quaisquer outras considerações morais.

Por fim, os direitos individuais são qualificados por Nozick como *direitos naturais*. Assim, eles são concedidos ao indivíduo tão somente em virtude da sua condição humana, e não em razão da sua inserção em determinada comunidade. Disso se infere que os direitos individuais não decorrem de convenções humanas, como, por exemplo, da Constituição e das leis. Ao contrário, os direitos naturais existem independentemente da sua formal posituação e se alinham à segunda formulação do imperativo categórico kantiano, segundo a qual o homem nunca deve ser tratado como meio, senão como fim em si mesmo, de maneira que os seus direitos não podem ser usados para a consecução de um fim que não lhe seja próprio sem o seu consentimento.²⁵

Restaria perguntar quais seriam os fundamentos desses direitos, ou, de outra forma, por que tais direitos se aplicam aos seres humanos e não a outras espécies? As propostas tradicionais, segundo a síntese de Nozick, são as seguintes: “ser senciente e autoconsciente; ser racional (capaz de utilizar conceitos abstratos, não vinculados a reações e estímulos imediatos); possuir livre arbítrio; ser um agente moral capaz de orientar sua conduta de acordo com princípios morais e capaz de empenhar-se em limitação mútua de conduta; ter alma.”²⁶ Ao ver de Nozick, contudo, todos esses elementos parecem insuficientes para forjar a conexão necessária entre características próprias do ser humano e a razão pela qual a sua sujeição a obrigações estatais está submetida a especiais restrições morais. A fatores como racionalidade, livre-arbítrio e responsabilidade do indivíduo para fazer escolhas morais deve ser adicionada a *capacidade do ser humano de regular e orientar sua vida de acordo com alguma concepção global que ele resolva aceitar*. Do amálgama desses elementos, pode-se extrair a seguinte descrição dos as-

²⁵ NOZICK, Robert. Op. cit., p. 46.

²⁶ Ibid, p. 63.

pectos distintivos do ser humano que justificam a titularidade de direitos naturais: “um ser capaz de formular planos a longo prazo para a sua vida, de considerar e decidir na base de princípios abstratos ou considerações que formula para si mesmo e, daí, não sendo um mero joguete de estímulos imediatos, um ser que limita a sua conduta de acordo com alguns princípios ou ideias que tem do que uma vida correta é para si mesmo e para os demais, e assim por diante”²⁷

2.3 O Estado Mínimo

Neste ponto, poderia ser questionada a existência de uma vinculação direta entre o domínio no qual é moralmente legítimo exigirmos dos demais indivíduos uma conduta cuja obrigatoriedade independa da sua aquiescência (âmbito dos direitos naturais, objeto do antecedente item), e a esfera na qual a atuação estatal se reveste de legitimidade. Enfim, qual seria a relação entre as filosofias moral e política? Nozick afirma, a propósito, que a “filosofia moral arma o palco e estabelece as fronteiras para a filosofia política. O que as pessoas podem ou não fazer umas às outras fixa os limites do que podem fazer através da máquina do Estado ou do que podem fazer para criar tal máquina. As proibições morais permissíveis que ela pode fazer constituem fonte de qualquer legitimidade que tenha o poder coercitivo fundamental do Estado. Esse fato cria a principal esfera de legitimidade do Estado, talvez a única esfera legítima.”²⁸

Assim, a demarcação da área na qual os atos coercitivos estatais são reputados legítimos pressupõe que sejam adotados como ponto de partida aspectos básicos e inescapáveis da condição humana, pois só assim a esfera política teria uma base de legitimação consistente. Daí Nozick dedicar a primeira parte da sua obra a estudar os atos moralmente permissíveis e a demonstrar a maneira segundo a qual o Estado de Natureza pode evoluir ao governo civil sem passos cuja ilegitimidade moral decorra da violação aos direitos naturais.²⁹ Tendo em conta, porém, que o Estado é reputado

²⁷ NOZICK, Robert. Op. cit., p. 64.

²⁸ Idem, p. 20.

²⁹ Contra a objeção natural de que o processo evolutivo descrito por Nozick contrasta com os processos históricos que, efetivamente, se verificaram, o filósofo de Harvard responde que se trata de uma *explicação potencial fundamental*, a qual proporciona importante esclarecimento explicativo, mesmo que não seja a explicação correta. Isso porque, ao estudarmos os atos moralmente permissíveis ou não, as razões profundas que levam pessoas a não observarem tais restrições morais, e o surgimento do Estado Mínimo a partir de um Estado de Natureza visto sob a melhor luz, aprendemos bastante sobre

como o detentor do monopólio do uso legítimo da força, a par de oferecer proteção a todos aqueles que residem em seu território, poderia se afirmar que deflui, necessariamente, da adoção da teoria dos direitos naturais, a proposta anarquista da ausência do Estado? Em outras palavras, a teoria dos direitos naturais e o Estado - qualquer que fosse a extensão da sua atuação - seriam reciprocamente excludentes?

À primeira vista, a concepção nozickiana de direitos e, sobretudo, a inclusão nesse domínio dos direitos à autodefesa e à punição daqueles que infringem os nossos direitos, parece afastar o Estado, acabando por se curvar à objeção do anarquismo individualista ao surgimento de todo e qualquer Estado. Segundo tal perspectiva, qualquer indivíduo ou coletividade que impeça o exercício dos direitos de autodefesa e de punição age de forma ilegítima, de modo que, aparentemente, mesmo o Estado Mínimo violaria tais direitos naturais, ante o monopólio do emprego legítimo da força ser uma das suas características distintivas. Também o oferecimento da proteção do Estado a todos os indivíduos residentes em seu território parece contrastar com os direitos libertários, visto que, se ricos e pobres são atendidos pela proteção estatal, e se o seu aparato demanda o dispêndio de recursos financeiros de que nem todos dispõem, a conclusão necessária é que uns financiam a proteção de outros, mediante o pagamento de tributos. Há, portanto, redistribuição compulsória de recursos, algo que tende a violar a teoria de justiça que engendra, erguida a partir do direito de propriedade.³⁰

Todavia, o propósito de Nozick é, precisamente, o de reconciliar a teoria dos direitos libertários com o Estado Mínimo, com o escopo de demonstrar que um Estado que se limite a tutelar os direitos à vida, à liberdade e à propriedade, ainda que apresente o monopólio do uso legítimo da força e que atue em benefício de todos, inclusive daqueles que se negam a consentir com o surgimento do Estado (anarquistas individualistas) e dos que não possuem recursos financeiros para contribuir para o custeio das atividades estatais, é moralmente legítimo, ou seja, não viola os direitos naturais nem dos anarquistas individualistas nem dos que pagam tributos. O ponto de partida da sua jornada teórica consiste na

os atos estatais moralmente legítimos e sobre como o Estado poderia ter surgido, mesmo que ele não tenha surgido desta maneira. Ibid.

30 V. item 2.4: A teoria da justiça do direito à propriedade (*entitlement theory of justice*)

descrição do Estado de Natureza. Nesse particular, rejeita formulações pessimistas como a de Thomas Hobbes, considerando mais proveitoso descrever uma situação de não Estado, na qual as pessoas atuariam em consonância às restrições morais que lhes são aplicáveis. Isso porque, caso após a investigação das potencialidades e dos defeitos da “melhor situação anárquica que poderíamos razoavelmente esperar”, conseguirmos demonstrar que o governo civil a supera, e que pode surgir sem violações aos direitos naturais dos indivíduos, obteríamos um fundamento racional sólido à existência do Estado, e o justificariamos.³¹

Neste ponto, embora Nozick haja afirmado seguir “a respeitável tradição de Locke”,³² na medida em que considera haver uma convergência entre a sua filosofia política e o conceito que Locke dá ao Estado de Natureza, é possível perceber que Nozick confere à crítica do anarquismo individualista uma importância muito maior do que Locke. A propósito, salienta que a questão fundamental da filosofia política é saber se o Estado deve, ou não, existir, saber por que não temos a anarquia, já que os indivíduos gozam de direitos naturais à vida, à liberdade, à propriedade, e à autodefesa. Nesse viés, assevera que, antes de defender-se a pertinência da instalação do governo civil em razão das conhecidas deficiências do Estado de Natureza na administração imparcial da justiça, como o faz Locke, devem ser investigados todos os acordos voluntários que as pessoas poderiam fazer no Estado de Natureza com vistas a superar tais problemas. Note-se que, caso todos consentissem expressamente com a criação do Estado, o alvitado problema sequer se colocaria. Entretanto, é difícil conceber um consenso expresso de todos os cidadãos a respeito da criação de um Estado. A questão tende a complicar-se, transformando-se num sério problema teórico, quando alguém se recusa expressa, tácita, ou mesmo hipoteticamente, a consentir com a criação do Estado, preferindo valer-se do seu “direito natural” a autodefesa a utilizar-se dos serviços de proteção estatal.

A resposta de Locke é assaz conhecida: embora o consenso expresso universal seja inviável, a reconciliação entre autonomia individual e governo civil se faz através de um consenso tácito, fundado na conveniência de um juiz imparcial zelar pela aplicação das leis naturais, evitando

³¹ NOZICK, Robert. Op. cit., p. 20.

³² Ibid., p. 23.

um uso desmedido, equivocado, ou insuficiente do poder de punir.³³ De fato, quando se é juiz em causa própria, a capacidade de julgar costuma ser distorcida, seja pela natural tendência em superestimar o dano sofrido, e, conseqüentemente, exceder-se na punição ou na mensuração da indenização devida, seja pelas pessoas se concederem o benefício da dúvida e suporem estar sempre com a razão, negando violações que tenham cometido, ou acusando indevidamente terceiros de violarem os seus direitos.³⁴ Todavia, a plausibilidade da tese do consenso tácito não deve repousar, apenas, sobre as presumíveis vantagens à administração da justiça decorrentes da criação do Estado, mas pressupõe que o dissenso seja factível. A possibilidade de dissenso, contudo, não se verifica para boa parte da população, pois, como notou Hume, não parece razoável admitir que um pobre artesão, que mal conhece a sua própria língua e que luta diariamente para sobreviver, tenha uma verdadeira opção de deixar a sua terra natal.³⁵ Afigura-se nítido que essa possibilidade teórica se revela, para muitos, uma impossibilidade prática.

Uma das principais contribuições de “Anarquia, Estado e Utopia” para a teoria política consiste na ideia de que os indivíduos, ao agirem de forma autointeressada no Estado de Natureza, caminharão, sem querer, ou mesmo perceber, para o Estado Mínimo, que garantirá a imparcial administração da justiça preconizada por Locke, sem que se verifique nesse processo violação aos direitos naturais de quem quer que seja. Trata-se da sua versão à tradicional explicação da “mão invisível”, a qual evidencia como um governo civil, que parece resultar da vontade artificial do homem (como preconizado pelas teorias contratualistas), pode ser fruto de uma série de atos de pessoas autointeressadas que sequer supuseram criar um Estado. Cuida-se de reconstrução teórica que visa a demonstrar como a criação do governo civil pode deixar incólumes os direitos naturais, afastando a intuição de que a adoção de uma teoria dos direitos naturais conduziria ao emprego de um anarquismo individualista. Nesse processo, Nozick identifica várias etapas evolutivas, que serão sumariadas, de forma abreviada, a seguir.

33 Cf. LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.; TULLY, James. **An approach to political philosophy: Locke in contexts - Ideas in context**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

34 *Ibid.*, p. 26.

35 *Ibid.*, p. 41

Diante das alvitradas distorções geradas quando se é juiz em causa própria, parece razoável supor que os revides excessivos e as punições injustas levariam a animosidade e insegurança crescentes. Efetivamente, não há como se ter certeza de que uma contenda se encerrou, pois, “mesmo que uma parte diga que se absterá de atos de retaliação, a outra só poderá ficar tranquila se souber que a primeira não se sente ainda com direito à indenização ou a vingar-se e, por conseguinte, a tentar, quando se apresente condição favorável”.³⁶

Além da atuação isolada do indivíduo no Estado de Natureza com vistas a exigir respeito aos seus direitos, pode-se conceber que indivíduos se unam, por terem espírito público, por serem amigos, ou por terem recebido (ou por esperarem receber) favores da pessoa que ora é vítima. Grupos de indivíduos podem, portanto, formar *associações de proteção mútua*, de modo que sempre atuarão em conjunto para a proteção do direito de um dos seus membros. Tem-se, pois, a evolução do Estado de Natureza para as *associações de proteção mútua* (caminhando-se do primeiro para o segundo estágio). Apesar de a união fortalecer a salvaguarda dos direitos dos membros do grupo, as associações em tela apresentam sérias dificuldades: (i) deixam todos os seus membros em permanente sobreaviso, (ii) qualquer integrante pode solicitar os serviços do grupo, sob a alegação de violação atual ou iminente aos seus direitos. Além de o ininterrupto estado de alerta ser irrazoável, as inconveniências tendem a aumentar caso o grupo tenha membros paranóicos ou de má-fe, que, respectivamente, vislumbrem violações inexistentes aos seus direitos ou utilizem tal subterfúgio para malferir os direitos alheios.

Saliente-se, entretanto, que esse problema tende a ser minimizado, visto que, muito provavelmente, serão estabelecidos métodos para determinar se o queixoso tem ou não razão, pois os membros do grupo não desejarão gastar tempo e energia em demandas absurdas ou mal intencionadas. A consequente diminuição das disputas consiste em significativa vantagem das associações de proteção sobre o Estado de Natureza. Por outro lado, a inconveniência da prontidão permanente dos seus membros pode ser resolvida pela divisão de trabalho ou pela contratação de profissionais especializados em prover segurança. Assim, em típico modelo de livre iniciativa, Nozick sugere que empresas especializadas em prover

36 LOCKE, John. Op. cit., p. 26.

segurança entrarão no “negócio de vender serviços de proteção. Tipos diferentes de políticas protetoras seriam oferecidos, a preços diferentes, àqueles que talvez desejam proteção mais ampla e detalhada.”³⁷ Além dos serviços de proteção em si, o indivíduo poderá contratar serviços mais amplos, como, por exemplo, a arbitragem de conflitos, a determinação da culpa e da reparação cabível, etc. É de presumir-se o maior interesse na contratação de empresas especializadas do que o ingresso em associações de proteção mútua, de modo que a implantação do modelo de *associações comerciais de proteção revela o atingimento do terceiro estágio*.

Esse mercado apresenta, porém, uma natural tendência ao monopólio, ou, ao menos, ao oligopólio, em vista da natureza do serviço prestado.³⁸ Isso porque, num modelo em que as companhias de proteção oferecem os seus serviços em regime de livre competição numa mesma área geográfica, surgirão, com uma frequência indesejável, violentos conflitos entre elas. Com efeito, se as agências concorrentes não chegarem a um acordo sobre o culpado em determinado conflito, uma delas tentará proteger o seu cliente, enquanto a rival envidará esforços para puni-lo. Nozick vislumbra três possibilidades de solução do problema: (i) uma das agências é mais forte, e sempre vence as disputas, logo os membros da agência perdedora ficam mal protegidos, e migrarão para a vencedora (ou a perdedora será adquirida pela vencedora); (ii) cada agência vence as disputas, em determinada área geográfica, de modo a tornar-se dominante nesse domínio; (iii) as agências concorrentes lutam frequentemente, e ganham e perdem em medida aproximada. Após um certo número de disputas, perceberão que tais choques ocorrerão habitualmente e demandarão um alto custo. Assim, concordarão com a escolha de um tribunal cuja função seja dirimir, imparcialmente, os conflitos surgidos entre os membros de distintas agências.

Conclui Nozick que, nessas três hipóteses, as pessoas residentes em determinada localidade estarão sujeitas a um sistema comum que julga os seus conflitos e arbitra o responsável, a natureza e o montante da (pela) reparação devida pela violação aos direitos da vítima. Assim, “da anarquia gerada por grupamentos espontâneos, associações de proteção mútua, divisão de trabalho, pressões de mercado, economias de escala e autointeresse racional *surge algo que se assemelha muito a um Estado mínimo ou a um grupo de*

37 NOZICK, Robert. Op. cit., p. 28.

38 WOLFF, Jonathan. Op. cit., p. 45.

Estados mínimos geograficamente distintos.”³⁹ (grifos meus) Uma *associação de proteção dominante*, entretanto, difere em aspectos substanciais de um Estado Mínimo. Com efeito, *tais associações não possuem o monopólio do uso legítimo da força, e nem mesmo prestam os seus serviços a todos os residentes em determinada localidade*, traços essenciais à caracterização dos Estados modernos.

Embora pareça razoável que a agência condicione o ingresso de indivíduos em seus quadros à renúncia do direito de punir, por seus próprios meios, aqueles que violem os seus direitos, pessoas extremamente individualistas (tipos como *John Wayne*) poderiam se recusar a adquirir os serviços da agência, preferindo proteger-se a si mesmo e punir os violadores dos seus direitos com a sua própria força. Se alguns poucos indivíduos retêm o direito de punir, a associação de proteção dominante não possui o monopólio do uso legítimo da força, e, conseqüentemente, não é um Estado. Tal assertiva é reforçada pela ausência do segundo elemento essencial à caracterização de um Estado: a circunstância de todos os residentes em determinado território se beneficiarem dos serviços estatais de proteção aos seus direitos. Evidentemente que a associação de proteção dominante somente presta serviço de proteção aos seus associados, de maneira que individualistas como *John Wayne* devem, a princípio, se defender e buscar a reparação dos seus direitos violados por seus próprios meios.

É chegada a hora de indagar o risco que pessoas como *John Wayne* representam para os clientes da agência dominante. A bem da verdade, os temores são semelhantes àqueles presentes no Estado de Natureza: tendência à vítima de uma violação a direitos ter sede de vingança e, conseqüentemente, aplicar punição desproporcional, ou de não adotar um procedimento adequado para aferir a culpa, sendo mais factível a punição de inocentes, etc. Daí advém uma clara ilação: é muito perigosa para os clientes da agência dominante a existência de individualistas radicais como *John Wayne*. Assim, poderá a agência anunciar que punirá todos aqueles que usarem força contra os seus clientes, exceto na hipótese em que o respectivo indivíduo haja convencido a agência de que a busca de “justiça privada” foi legítima, ante a aplicação de um procedimento seguro e justo para o exame da culpa, a proporcionalidade da punição aplicada, etc. Isso significa que terá nascido em favor da agência dominante um monopólio jurídico do uso legítimo da força, no sentido de

39 NOZICK, Robert. Op. cit., p. 31.

atribuir-lhe o direito especial, inextensível aos seus membros, de julgar e punir não clientes? Nozick responde negativamente à pergunta, tendo em vista que (i) a coletividade (agência) tem, rigorosamente, os mesmos direitos que os seus membros, nada além ou diferente disso; (ii) e todos os indivíduos, clientes ou não, têm o direito de defender-se contra procedimentos de aferição de culpa duvidosos ou injustos e punir aqueles que os usarem ou tentarem usá-los contra ele.

Naturalmente, a agência dominante considera os seus procedimentos confiáveis e justos, e, portanto, punirá todos aqueles que duvidem da sua correção e lhe neguem aplicação. Note-se que nenhum monopólio *de jure* é vindicado: a agência não se autointitula a única detentora do uso legítimo da força, reconhecendo, ao contrário, que todos detêm o direito de defender os seus direitos naturais e de punir os transgressores. Todavia, ela age livremente quanto à definição de procedimentos justos de aferição de culpa em disputas que envolvam os seus clientes, de modo que, quando houver suspeita de lesão aos direitos dos clientes por não clientes, caberá à agência impor a sua vontade a respeito do teor do procedimento que, sob o seu ponto de vista, seja o mais correto.

Em virtude do seu poder de definir um direito particular em determinado território, a agência dominante atua como juiz final de disputas que envolvam os seus clientes. Disso não decorre que possua um direito especial negado aos demais indivíduos, mas que dispõe de um excepcional poder fático de impor a sua solução a respeito de controvérsia que envolva seus clientes em face de não clientes, podendo impedir que os últimos apliquem uma punição que lhe pareça equivocada. Afirma Nozick “aqui é o lugar de aplicar a ideia de um monopólio *de facto*: um monopólio que não é *de jure*, porque não constitui resultado de alguma concessão excepcional de direitos exclusivos, enquanto os demais são excluídos de privilégio semelhante. Outras agências de proteção podem ingressar no mercado e tentar tirar clientes da agência dominante. E tentar substituí-la nessa condição. Mas o fato de já ser dominante concede-lhe uma importante vantagem de mercado na concorrência por clientes. E pode oferecer-lhes uma garantia que nenhuma outra pode igualar: Só os procedimentos que nós consideramos corretos serão usados no caso dos nossos clientes.” *Diante do monopólio do uso da força, ultrapassa-se o estágio da agência dominante, atingindo-se*

o quinto estágio (*Estado ultramínimo*), que apresenta a primeira das duas notas distintivas do Estado.

Há uma consideração final a fazer: *John Wayne*, o anarquista individualista, não pode exercer o seu direito natural de punir os clientes da agência dominante, ante os riscos que poderiam advir do seu mau uso, como visto acima. Assim, os individualistas se tornam incapazes de se defender por violação aos seus direitos, situando-se, por conseguinte, em posição de inferioridade. A maneira mais adequada e menos dispendiosa de compensação que a agência dominante poderia lhes conferir consiste em beneficiá-los com os seus serviços de proteção. Com a *prestação dos serviços de proteção a todos os indivíduos que residem em determinada localidade*, clientes ou não, resta preenchida a segunda condição para a caracterização de um Estado, chegando-se, enfim, ao Estado Mínimo (*sexto estágio*).

Poder-se-ia questionar, contudo, que, se apenas os clientes pagam os serviços prestados pela agência dominante, e se esses serviços beneficiam não apenas os clientes, mas também os não clientes, haveria, necessariamente, atividade redistributiva, circunstância que violaria a separação entre as pessoas e a teoria de justiça do direito à propriedade. Não há que se falar, entretanto, em atividade redistributiva de renda, pois a circunstância de os clientes pagarem pelos serviços que também serão prestados a não clientes não se fundamenta em considerações de necessidade ou de igualdade (i.e.: caso os primeiros não financiassem a agência dominante, os últimos ficariam desprotegidos), baseando-se, ao revés, no dever de indenizarem os não clientes pela impossibilidade de eles exercerem os seus direitos naturais (autodefesa e punição em face de transgressores dos seus direitos à vida, liberdade e propriedade).

Através desse processo quase-histórico de evolução em seis estágios, Nozick afirma ter se desincumbido do seu projeto inicial, qual seja, o de delinear o modo como um Estado, dotado dos seus atributos próprios (monopólio do uso legítimo da força e proteção a todos no seu território), pode surgir de forma moralmente permissível, é dizer, sem violar os direitos naturais de quaisquer indivíduos, mesmo dos chamados anarquistas individualistas, e sem reivindicar - o Estado - um direito especial inextensível aos demais cidadãos. Ademais, a exigência de que os clientes paguem pelos serviços prestados em favor daqueles a quem proíbem o exercício da

justiça privada contra eles, muito longe de ser imoral, por encerrar atividade redistributiva, é moralmente exigido pelo princípio de compensação.⁴⁰ Por outro lado, através da sua versão para a explicação da mão invisível, buscou demonstrar “como recair num Estado sem realmente tentar”⁴¹, ou seja, como a transposição do Estado de Natureza para o Estado Mínimo se dará naturalmente, pelo conjunto de ações autointeressadas dos indivíduos no que toca a melhor proteção dos seus direitos, e não pelo consentimento, expresso ou tácito, dado à formação do governo civil, conforme preconizado pelos teóricos do contrato social.

Após o esforço despendido na demonstração do modo como um Estado Mínimo pode surgir sem que se constatem violações morais a direitos libertários, Nozick se dedica a demonstrar, na segunda parte do seu trabalho, que nenhum Estado mais amplo que o Mínimo se justifica, reputando-se moralmente ilegítimo qualquer Estado que não se limite a proteger os cidadãos contra “a força, o roubo, a fraude, a fiscalização do cumprimento de contratos e assim por diante”. Assim, o Estado Mínimo é “tanto inspirador como certo”, pois “(o) Estado não pode usar sua máquina coercitiva para obrigar certos cidadãos a ajudarem outros ou para proibir atividades a pessoas que desejam realizá-las para o seu próprio bem ou proteção.”⁴² Contra as teses de que um Estado mais amplo (e.i. o Estado do Bem-Estar Social) se justificaria com lastro em razões de justiça distributiva, Nozick formula a sua Teoria da Justiça do direito à propriedade, que será analisada no próximo tópico.

Antes, porém, cumpre indagar *a razão pela qual Nozick considera o Estado Mínimo não apenas certo* (decorrente da não violação aos direitos naturais – objeto do presente item), *como igualmente inspirador*. Tal assertiva decorre da circunstância de que o aparato estatal deve funcionar como uma estrutura que viabilize que *cada indivíduo viva a sua própria utopia*. Saliente-se que Nozick não se dedica ao delineamento de um modo ideal de vida, o qual deveria ser seguido pelos indivíduos, como se verifica recorrentemente entre pensadores utópicos, mas preconiza uma utopia pluralista.

40 NOZICK, Robert. Op. cit. p. 132.

41 Trata-se do subtítulo da parte I do Anarquia, Estado e Utopia de Robert Nozick. Op. cit.

42 NOZICK, Robert. Op. cit., p. 9.

Nem mesmo o capitalismo, frequentemente associado ao libertarianismo, é defendido, pois Nozick não defende qualquer modelo concreto de organização social, mas tão somente estipula aquilo que um indivíduo pode exigir dos demais com lastro em seus direitos naturais à vida, à liberdade, e à propriedade. Ao contrário, considera inviável que se desenhe um arranjo social que seja adequado a pessoas como “Wittgenstein, Elizabeth Taylor, Bertrand Russel, Thomas Merton, Yogi Berra, Allen Ginsburg, Harry Wolfson, (...) Thoreau, Picasso, Moses, Einstein, você e seus pais”.⁴³

Dessa forma, o Estado Mínimo libertário permite que indivíduos ou grupos de indivíduos vivam a sua própria utopia, criando comunidades completamente diferentes, como, por exemplo: uma sociedade comunista na qual não haja propriedade privada e todos os recursos sejam divididos; uma sociedade perfeccionista na qual todos os confortos são afastados em prol de uma alta cultura; ou ainda uma sociedade tipicamente capitalista, orientada pela livre iniciativa, pela propriedade privada, pela valorização do lucro, etc. Enquanto o Estado Mínimo permitiria a criação desses “sub-estados”, dificilmente um Estado mais extenso cumpriria igual função, pois a obrigação de contribuir com os demais impõe, não raro, aos contribuintes uma pesada carga tributária que impede o surgimento de uma comunidade autossuficiente. Assim, quanto maiores as obrigações assumidas pelo indivíduo perante o Estado, mais difícil se afigura o surgimento de certos estilos de vida específicos.

2.4 A teoria da justiça do direito à propriedade (*entitlement theory of justice*).

A questão central do tópico reside no estudo da justiça distributiva, ou seja, na aferição da justiça na distribuição de riqueza numa determinada sociedade. Inicialmente, Nozick destaca que a expressão “justiça distributiva” não é neutra, na medida em que, a ideia de que os bens produzidos numa sociedade devem ser divididos segundo um critério justo parte da premissa de que tais bens integrariam uma espécie de bolo, cabendo a uma autoridade central reparti-lo de forma justa. Contudo, em regimes que prezam pela liberdade, não há tal distribuição central, já que a produção e a distribuição de bens são processos econômicos umbilicalmente vinculados, do

⁴³ NOZICK, Robert. Op. cit., p. 9.

que decorre que nenhuma pessoa ou grupo tem o direito de decidir como todos os recursos produzidos pela sociedade devem ser repartidos.⁴⁴

De tal assertiva não decorre que Nozick considere os conceitos de justiça distributiva e Estado Mínimo antitéticos; ao contrário, o desafio de Nozick é construir um conceito de justiça distributiva que possa ser realizado por um Estado Mínimo.⁴⁵ Nozick inicia a sua empreitada acadêmica pela diferenciação entre dois tipos de justiça distributiva: aquelas baseadas em “princípios de justiça na repartição corrente ou princípios de resultado final” e as de caráter histórico. As primeiras preconizam o estabelecimento de um princípio estrutural que afira se uma determinada distribuição de riquezas se revela ou não justa. Cite-se como exemplo o utilitarismo, que, em sua versão tradicional, defende que a distribuição mais justa é a que maximize o bem-estar geral da sociedade. Tais modelos, ao tratarem do tema da justiça distributiva apenas segundo os princípios que estruturam a distribuição de bens sociais, tornam possível a substituição de um arranjo por outro sem o risco de cometer injustiças. Explica-se: se a A tem dez bens e B, cinco, tal distribuição em nada difere para o utilitarista daquela na qual A tenha cinco bens e B, dez. Portanto, a escolha da primeira ou da segunda distribuição será indiferente para o utilitarista, assim como o será a substituição de um modelo pelo outro (repise-se: desde que a troca seja, em si, indiferente para a maximização do bem-estar geral).⁴⁶

Todavia, a maioria das pessoas não considera que os princípios de repartição corrente sejam suficientes para chegar-se a uma resposta satisfatória sobre o problema da justiça distributiva, parecendo-lhes necessária a análise da forma como a distribuição de bens se desenvolveu historicamente. Daí surgirem *princípios históricos de justiça distributiva*, os quais reconhecem que circunstâncias passadas podem criar direitos preferenciais a determinadas pessoas. Assim, para sabermos se uma distribuição de bens é justa, não basta analisarmos os princípios que estruturam a repartição, mas também se a distribuição corresponde a certos elementos históricos. Saliente-se que, ao contrário do preconizado pelas primeiras teses, as teo-

44 NOZICK, Robert. Op. cit., p. 170.

45 WOLFF, Jonathan. Op. cit., p. 74.

46 Ibid. p. 76.

rias históricas admitem que uma injustiça possa ser cometida pelo transpasse de uma distribuição para outra estruturalmente idêntica, vez que tal substituição pode violar direitos de pessoas.

As teorias históricas podem ser padronizadas ou não padronizadas. As padronizadas consideram que a distribuição justa é determinada por uma dimensão natural: a cada um de acordo com o seu mérito pessoal, a sua inteligência, o seu esforço, a sua necessidade, a combinação dos referidos elementos, etc. As teorias de justiça padronizadas buscam preencher o espaço em branco da seguinte frase: “A cada um de acordo com o seu _____”, revelando, nitidamente, a busca de um padrão para pautar a distribuição de bens sociais.⁴⁷ Nozick, por sua vez, estrutura a sua teoria do direito à propriedade como uma teoria da justiça distributiva de índole histórica e não padronizada que sirva de rival às teorias antes descritas, tão disseminadas no contexto atual. Nessa esteira, o foco das atenções de Nozick não é, propriamente, a repartição do “bolo” de riquezas sociais, mas a aquisição legítima da propriedade, ou mais especificamente, o engendramento de procedimentos que devem ser seguidos para que alguém se intitule, validamente, proprietário de determinados bens.

O objeto da teoria da justiça do direito à propriedade se divide em três tópicos: (i) a *justiça na aquisição* se refere à aquisição inicial das propriedades, ou seja, à apropriação de coisas não possuídas; (ii) a *justiça nas transferências* consiste nos modos pelos quais alguém pode adquirir a propriedade de outrem; (iii) a *justiça na retificação* consiste na reparação de injustiças históricas na aquisição da propriedade. Portanto, se o mundo fosse idealmente justo, é dizer, se não houvesse injustiças a reparar (p.ex.: aquisição de propriedades por atos de força), a questão da justiça na propriedade se resumiria a saber se a aquisição original observou o princípio da justiça na aquisição, e se a aquisição derivada seguiu o princípio da justiça na transferência: ninguém teria direito de propriedade, exceto nesses casos. Assim, a essência da concepção de Nozick reside na circunstância de que a propriedade de determinado bem é justa se a sua aquisição for legítima, ou seja, “uma distribuição é justa se derivou de outra justa distribuição por meios legítimos”.

47 NOZICK, Robert. Op. cit., p. 180.

Nada obstante a importância que a teoria de justiça do direito à propriedade assume para a justificação do Estado Mínimo, não se verifica em sua obra um delineamento claro e consistente do conteúdo dos três princípios em análise, suscitando duras críticas, como a de Thomas Nagel, de que Nozick expõe um libertarianismo sem suporte teórico consistente (*libertarianism without foundations*)⁴⁸ O próprio Nozick, no prefácio da sua obra, confessa não ter formulado uma exposição rigorosa dos princípios da sua teoria tripartida da justiça distributiva, afirmando, mais adiante, tratar-se de teoria superficial.⁴⁹ Entretanto, ao tratar, especificamente, do princípio da justiça na aquisição, Nozick esclarece que qualquer teoria adequada acerca da matéria conterà uma condição semelhante àquela atribuída a Locke, segundo a qual somente se reputará legítima a aquisição originária de uma coisa não possuída se tal atitude não piorar a situação dos não proprietários que perderão a liberdade de usar tal coisa. Logo, a apropriação total de bem essencial à vida dos demais violará o princípio da justiça na aquisição.⁵⁰

No que tange à justiça nas transferências, o filósofo de Harvard assevera que uma *transferência de propriedade é justa se, e somente se, for voluntária*. É com base nesse conceito, e na ideia subjacente de que a liberdade é incompatível com padrões de distribuição de riqueza pré-estabelecidos, que Nozick extrai a afirmação de não ser claro como os seus opositores podem rejeitar a sua teoria da justiça do direito à propriedade. Tal afirmação é ilustrada pelo multicitado exemplo de *Wilt Chamberlain*, famoso jogador de basquetebol norte-americano. O argumento é simples: Suponhamos que se adote o padrão de distribuição D1 e que *Wilt Chamberlain* assine um contrato com a sua equipe que lhe assegure vinte e cinco centavos por ingresso pago. Suponhamos, ainda, que um milhão de pessoas tenha considerado justo pagar a referida quantia para se divertir com a genialidade de *Chamberlain*, de modo que, ao final da temporada, ele ficou duzentos e cinquenta mil dólares mais rico, substituindo-se o modelo de distribuição D1 por D2. Essa nova distribuição D2 é justa? A resposta de Nozick é

48 NAGEL, Thomas. "Libertarianism without Foundations". In: *Reading Nozick*. Paul, J. (coord.) Oxford: Blackwell, 1982, p. 201.

49 V. NOZICK, Robert. Op. cit., p. 14 e 246.

50 Ibid., p. 198. A propósito das sutilezas do contraste das perspectivas adotadas por Locke e Nozick, ver WOLFF, Jonathan. Op. cit., p. 100 e seq.

positiva, pois se D1 é justa, e se as pessoas voluntariamente passaram para D2, D2 também é justa. Assim, tem-se um novo modelo de distribuição que, embora também seja justo, não é igual ao original. Daí a conclusão de que a liberdade é incompatível com a fixação de padrões de distribuição de renda, na medida em que a manutenção do padrão original pressupõe uma interferência contínua do Estado na vida das pessoas. Em resumo, as conclusões de Nozick são as seguintes: (i) transferências voluntárias são incompatíveis com padrões; (ii) se D1 é justa, e as pessoas movem-se voluntariamente para D2, D2 também é justa; (iii) a manutenção de um padrão implica violação à liberdade.

Poderia se indagar acerca da legitimidade da manutenção de um padrão de distribuição de renda mediante um determinado sistema de tributação. A propósito, Nozick afirma que “*a tributação da renda gerada pelo trabalho está na mesma situação que o trabalho forçado*”, (grifos meus), pois “apossar-se dos ganhos de *n* horas de trabalho é a mesma coisa que tomar *n* horas da pessoa”.⁵¹ Ademais, a tributação discriminaria arbitrariamente pessoas com gostos mais onerosos, já que, ao seu ver, não há sentido em obrigar-se o indivíduo que tem prazer em ir ao cinema a ajudar os necessitados, enquanto aquele que prefere ver o pôr-do-sol não o seria.

Nessa esteira, Nozick considera que, se o conjunto de propriedades é corretamente gerado, ou seja, se as aquisições originárias e derivadas observarem, respectivamente, os princípios da justiça na aquisição e na transferência, não há argumento que justifique um Estado mais amplo que o mínimo. Caso, porém, os referidos princípios hajam sido violados, entra em cena o *princípio da justiça na reparação*. À míngua de informações suficientes e concretas a respeito das injustiças históricas existentes numa sociedade, e partindo da premissa de que os membros menos aquinhoados provavelmente são os descendentes das vítimas das alvitradas injustiças, então uma regra empírica aproximada para reparar tais iniquidades poderia ser a seguinte: “organize-se a sociedade de modo a maximizar a posição de todos os grupos que nela terminam como os menos aquinhoados”. Na falta de um estudo completo a propósito da aplicação do princípio da reparação a uma sociedade particular, Nozick admite a impossibilidade

51 NOZICK, Robert. Op. cit., p. 188.

do uso da sua teoria para a condenação de atividades de transferência de recursos encetadas por um Estado mais amplo que o Mínimo, exceto se nenhuma consideração de reparação por injustiças passadas for aplicável.⁵² Note-se que, por paradoxal que soe, a aplicação da concepção da justiça na retificação em sociedades marcadas por injustiças históricas na aquisição original da propriedade (nas quais parece se inserir a brasileira) acaba por conduzir a algo muito próximo ao princípio da diferença concebido por Rawls,⁵³ cujo liberalismo-igualitário, especialmente quando aplicado a países em desenvolvimento, permite a justificação de políticas públicas razoavelmente amplas em favor dos indivíduos mais carentes. Ainda que a justificativa recaia na reparação por injustiças históricas, e não em considerações baseadas na efetiva fruição das liberdades, na necessidade ou na igualdade substantiva, tal formulação enfraquece a defesa de que um Estado mínimo é “tanto inspirador quanto certo”, notadamente em sociedades nem tão bem-ordenadas como a norte-americana, como é caso da brasileira, que convive com uma imensa desigualdade social e com uma crônica captura do poder público por elites econômicas e partidárias.

3. FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK: A LIBERDADE EM OPOSIÇÃO ÀS DIVERSAS FORMAS DE TOTALITARISMO

3.1 Introdução

Friedrich August von Hayek (1899-1992) é considerado um dos economistas e filósofos políticos de maior influência do século passado, tendo exercido um papel relevante na construção das bases teóricas para o triunfo do capitalismo. Autores cujas obras sobre o conceito de liberdade gozam de enorme destaque nos meios acadêmicos, como, por exemplo, Isaiah Berlin, John Rawls e o próprio Robert Nozick, não produziram o impacto causado pelos trabalhos de Hayek nos meios políticos, especialmente após a emergência da Nova Direita, com as eleições de Margare-

52 NOZICK, Robert. Op. cit., p. 247/248.

53 Rawls arrola dois princípios de justiça reitores da estrutura básica da sociedade e da divisão equitativa de bens primários: (i) cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as outras (princípio da igual liberdade); (ii) **as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável (princípio da diferença), e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos (princípio da igualdade de oportunidades).** V. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 64.

th Thatcher, Ronald Reagan e, mais recentemente, de George W. Bush. A propósito, Thatcher tentou encerrar uma áspera discussão travada no Partido Conservador inglês batendo um exemplar de “*The Constitution of Liberty*” na mesa e exclamando “É nisto que acreditamos!”.⁵⁴

No início da sua vida universitária, Hayek viu-se indeciso entre as carreiras de economista e de psicólogo. Optou pela primeira, trilhando uma trajetória brilhante, que lhe rendeu postos destacados nos principais centros de estudos acadêmicos da liberdade individual, como, v.g., na Universidade de Viena (1929), na *London School of Economics* (1931), e nas Universidades de Chicago (1950), de *Freiburg im Breisgau* (1962), e de Salzburgo (1968); além de ter recebido o Prêmio Nobel de Economia em 1974, dividido, curiosamente, com *Gunnar Myrdal*, cujo pensamento colide frontalmente com o de Hayek. No campo da teoria econômica, publicou dezenas de obras, dentre as quais se destacam “*Monetary Theory and the Trade Cycle*” (1929), “*Prices and Production*” (1931), “*General Theory of Employment, Interest, and Money*” (1936), e “*The Pure Theory of Capital*” (1941), tendo se afirmado como um dos principais críticos de *John Maynard Keynes*. Nesse particular, cumpre destacar a sua visão de que “o legado da teoria keynesiana – o diagnóstico equivocado do desemprego, o temor em relação à poupança e a injustificada fé na intervenção governamental - influenciou negativamente nas ideias básicas dos elaboradores das políticas econômicas durante mais de uma geração” (especialmente dos anos trinta ao início da década de sessenta). Tal crítica contundente ao pensamento hegemônico de Keynes levou Hayek ao ostracismo, só se verificando a sua reabilitação nos anos setenta, com o avanço da inflação e o resgate do liberalismo econômico.⁵⁵

54 FESER, Edward. Introduction. In: *The Cambridge Companion to Hayek*. FESER, Edward (ed.) Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 1.

55 MAKSOUD, Henry. Uma Introdução às Obras de F. A. Hayek. *Os Fundamentos da Liberdade*. Trad.: Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 16/17. Confirma-se a dura crítica de Hayek a Keynes e seus discípulos: “A principal causa dos nossos atuais problemas monetários é, certamente, a sanção de autoridade científica dada por Lord Keynes e seus discípulos à velha superstição de que aumentando o agregado dos gastos monetários se poderá assegurar a prosperidade duradoura e o pleno emprego. É uma superstição contra a qual lutaram os economistas antes de Keynes durante pelo menos dois séculos. Foi John Maynard Keynes, um homem de grande intelecto, porém de limitados conhecimentos sobre teoria econômica, quem afinal conseguiu reabilitar a velha manivela enrustida com a qual ele abertamente simpatizava ... De uma certa forma, porém, é algo injusto culpar demais Lord Keynes por tudo que decorreu após a sua morte. Estou seguro de que ele seria - não obstante tudo o que disse anteriormente – um líder na luta contra a inflação ... Espero que alguém, algum dia, escreva a história do inflacionismo

Tendo em vista os propósitos específicos desta obra coletiva e, especialmente, a circunstância de cuidar-se da área na qual as importantes contribuições de Hayek são mais olvidadas no debate acadêmico brasileiro, buscaremos analisar algumas das principais teses desenvolvidas pelo professor austríaco nos domínios da filosofia política e da teoria constitucional. Neste campo, destacam-se as seguintes obras: “*The Road of Serfdom*” (1944), cuja tese principal, de que o planejamento centralizado da economia conduziria ao fim da sociedade livre, contribuiu, decisivamente, para que Hayek se tornasse uma celebridade internacional, “*Individualism and the Economic Order*” (1948), “*The Constitution of Liberty*” (1960), os três volumes de “*Law, Legislation and Liberty*” (volume I: 1973, volume II: 1976, volume III: 1979), e o seu último livro “*The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*” (1988).

3.2 Liberdade e Liberdades

O termo liberdade vem sendo utilizado para designar estados de coisas tão distintos, que Hayek inicia a sua grandiosa empreitada acadêmica em “*The Constitution of Liberty*” por expor o seu conceito de liberdade, buscando aproximar-se, a seu ver, do sentido original da palavra. Para Hayek, liberdade deve ser compreendida como ausência de coerção, é dizer, “a possibilidade de um indivíduo agir em consonância aos seus próprios planos e resoluções, em contraposição à condição do indivíduo que estava irrevogavelmente sujeito à vontade de outrem, cuja decisão arbitrária poderia coagi-lo a agir de determinada maneira.”⁵⁶ Em razão de a definição de liberdade estar indissociavelmente ligada à de coerção, cuidando-se de dois lados da mesma moeda, cumpre explicitar o sentido que Hayek lhe empresta. A propósito, coerção é entendida como “o controle exercido sobre uma pessoa por outra em termos de ambiente ou de circunstâncias, a ponto de, para evitar maiores danos, aquela ser forçada a agir para servir aos objetivos desta, e não de acordo com um plano coerente que ela própria elaborou.”⁵⁷ A coerção é maléfica, pois anula a inteligência, as escolhas

de John Law a John Keynes. Essa história há de mostrar como a aceitação sem crítica da crença de que a simples relação entre a demanda agregada e o emprego causou com tanta frequência, nos últimos 150 anos, tanto desperdício de esforço intelectual engenhoso.” Ibid., p. 18.

56 HAYEK, F. A. *Os Fundamentos da Liberdade*, p. 5.

57 Ibid., p. 17.

peçoais e mesmo a dignidade do indivíduo, tornando o coagido mero instrumento da vontade do coator.

Entretanto, as chamadas liberdades políticas, reais (*freedoms to*), e interior não são espécies do mesmo gênero que a liberdade como ausência de coerção, senão fenômenos distintos, não raro conflitantes entre si. Pois bem. A chamada liberdade política (ou positiva) consiste na possibilidade de os indivíduos participarem da escolha do seu governo, do processo legislativo e do controle da Administração. Contudo, tal prerrogativa política não se identifica com a possibilidade de o indivíduo agir com independência da vontade arbitrária de outrem, como se evidencia pela constatação de que um governo democraticamente eleito pode se imiscuir no âmbito da livre atuação individual, assim como um governo não democrático pode demitir-se de tais atos. A “liberdade interior”, por sua vez, trata da possibilidade de uma pessoa se pautar pelas suas firmes convicções e pela sua legítima vontade, e não por tentações, fraquezas ou desejos momentâneos. Ainda que se possa dizer que um indivíduo que é “escravo das suas paixões e fraquezas” não é verdadeiramente livre, não se deve confundir a viabilidade de o indivíduo agir em consecução à sua genuína vontade com a hipótese na qual o indivíduo se vê compelido a guiar-se pela vontade arbitrária de outrem.

Já as liberdades reais consistem na possibilidade física de satisfazermos os nossos desejos e aspirações, ou seja, na efetiva viabilidade de atuarmos em consonância às nossas resoluções pessoais. Não se deve confundir, contudo, liberdade com riqueza, ou seja, a viabilidade de atuação em consonância com a própria vontade com a gama de alternativas de escolhas que se encontram, efetivamente, disponíveis a determinado indivíduo. Nessa esteira, “o cortesão que vive no luxo, mas está sujeito à vontade do seu príncipe, pode ser muito menos livre que o camponês pobre ou o artesão e menos capaz de viver a sua própria vida e de escolher as próprias oportunidades de sentir-se útil”.⁵⁸ Hayek adverte, ainda, que esse conceito “socialista” de liberdade não significa senão a destruição da liberdade individual, permitindo que a liberdade individual fosse substituída pelo poder estatal totalitário, e, via de consequência, resultando na morte da liberdade em nome da própria liberdade. Assim, ainda que a liberdade não se equipare às noções de felicidade ou de bem-estar, e eventualmente um

58 HAYEK, F. A. *Os Fundamentos da Liberdade*, p. 13.

mendigo livre prefira estar na condição de um conscrito não livre, cuida-se de estados distintos, de modo que a utilização do mesmo termo em nada contribui para o esclarecimento dos conceitos que lhe são subjacentes.

Apesar de os referidos argumentos evidenciarem a necessidade de serem utilizados termos distintos para designar estados de coisas diferentes, eles não se revelam suficientes para suportar a tese de que a liberdade não é apenas um valor que concorre com demais valores morais, mas “é pressuposto ético indiscutível”, ou, em outras palavras, “fonte e condição essencial da maioria dos valores morais.”⁵⁹ Não se verifica na obra de Hayek, porém, uma ênfase nos fundamentos morais do liberalismo, ou, mais especificamente, na busca de um método de justificação procedimental e neutro para a construção de princípios de justiça de validade universal. Nada obstante, o fato do pluralismo nas sociedades liberais contemporâneas, do qual decorre a impossibilidade do uso do poder de império do Estado para a imposição aos indivíduos em geral de uma determinada concepção de vida boa, consiste em questão central do debate liberal contemporâneo. Para Hayek, o verdadeiro desafio não era compatibilizar a coercitibilidade das normas de conduta baixadas pelo governo com o pluralismo político, mas combater as diversas formas de totalitarismos (socialismos, facismos, nazismo, etc.), sobretudo mediante a reafirmação do desgastado ideal da liberdade e o engendramento de um desenho institucional apto a preservá-la. Em poucas palavras: o pluralismo não era o problema, mas potencialmente a solução, circunstância que nos ajuda a compreender a discrepância entre a influência exercida por Hayek na política e a - relativamente reduzida - repercussão das suas obras nos meios acadêmicos.⁶⁰

3.3 Ordens sociais espontâneas e os limites da razão humana

Um dos tópicos fundamentais do edifício teórico de Hayek é a distinção entre os conceitos de ordem planejada (*taxis*) e de ordem espontânea (*kosmos*).⁶¹ As ordens planejadas são fruto da vontade humana, qua-

59 HAYEK, F. A. *Os Fundamentos da Liberdade*, p. XXXVI et. seq.

60 KUKATHAS, Chandran. Hayek and liberalism. In: *Cambridge Companion to Hayek*. Op. cit., p. 196.

61 Hayek conceitua ordem como “uma condição em que múltiplos elementos de vários tipos se encontram de tal maneira relacionados entre si 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 estar corretas. V. HAYEK, Friedrich A. von. *Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Volume 1: Normas e Ordem*. São Paulo: Visão, 1985, p. 36.

lificando-se como artificiais ou exógenas, servindo ao propósito do seu criador, a par de apresentarem, em regra, um nível de complexidade reduzido. Já as ordens espontâneas decorrem da interação de ações humanas, mas não da vontade de um ou mais indivíduos. Tais ordens, embora não sejam, necessariamente, complexas, podem atingir um grau de complexidade inimaginável para as ordens planejadas, pois são capazes de abranger um número de fatos e particularidades que nenhum cérebro humano é capaz de manipular. Isso porque tais ordens espontâneas, quando emergem na vida social, utilizam-se de conhecimentos práticos que não podem ser processados por uma ordem planejada, na medida em que se encontram fragmentados entre milhões de pessoas e condensados em tradições, práticas e instituições que sobreviveram a um processo de seleção cultural.⁶²

Na natureza, as ordens espontâneas são diversas e notórias: p. ex., a evolução das espécies segundo a teoria de Darwin e os processos físicos. Porém, no âmbito das sociedades humanas também são encontradas ordens espontâneas, como, v.g., a linguagem, a moeda, o desenvolvimento tecnológico, a moral e o direito. Hayek salienta que a afirmação da evolução espontânea das ordens sociais permite a superação da enganosa dicotomia, herdada dos gregos, entre o mundo natural (*physis*), cujos elementos existiriam independentemente da ação humana, e o mundo convencional (*nomos*), cujos elementos decorreriam da vontade humana. As ordens sociais espontâneas se consubstanciam numa terceira via: nem são independentes da ação humana, nem decorrem da vontade deliberada do homem, mas são resultado da interação de práticas e costumes que se consolidaram ao longo do tempo e que se auto-orientam por regras de ação e de percepção oriundas de um processo de seleção cultural. Há aqui, claramente, uma analogia com o método darwiniano da seleção natural.⁶³ Explica-se: instituições e estruturas sociais - v.g. as religiões e os modos de produção - prevalecerão na medida da aptidão de reprodução e de adaptabilidade do grupo que as pratica.⁶⁴

Subjacente ao delineamento das ordens sociais espontâneas, há uma crítica ao racionalismo construtivista. Tal concepção, que deita raízes em

62 HAYEK, Friedrich A. von. *Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Op. Cit., p. 41.

63 Hayek contesta essa recorrente assertiva, visto que considera que foi Darwin quem tomou emprestado o conceito de evolução das ciências sociais, e não vice-versa, pois a sua teoria da evolução das espécies foi influenciada por processos sociais evolutivos como a linguagem, a moral, o direito e a moeda. V. HAYEK, *Ibid.*, p. 21.

64 GRAY, John. *Hayek on Liberty*. 3ª ed. New York: Routledge, 1999, p. 32

Platão e no Cristianismo, foi adotado por doutrinas sociais importantes e variadas (socialismo, liberalismo-igualitário (Rawls) e mesmo por liberais clássicos, como Locke), atingindo a sua mais completa expressão com o racionalismo de René Descartes. Segundo tal perspectiva, as instituições sociais só servirão aos nossos propósitos se tiverem sido concebidas pela vontade humana e lograrem concretizar a finalidade que inspirou a sua criação. Entretanto, Hayek salienta que muitas instituições sociais resultaram de costumes, hábitos ou práticas que não foram inventados, nem são explicados por um raciocínio silogístico.

A par disso, o planejamento de uma ação pressupõe o conhecimento dos fatos relevantes. Embora tal exigência seja razoável para um engenheiro que constrói uma casa, ou para os dirigentes de uma organização hierarquizada, como uma empresa ou um exército, o conhecimento de todos os aspectos relevantes do desenvolvimento da sociedade revela-se inviável. Nesse particular, não podem ser olvidados os *limites da razão humana*, bem ilustrados pela máxima socrática, segundo a qual o reconhecimento da nossa ignorância é o começo da sabedoria. De fato, pouco se atentou para a inelutável ignorância dos homens a respeito da maioria das bases em que se assenta o processo da civilização,⁶⁵ revelando-se arrogante a autoatribuição pelo homem da capacidade de planejar, controlar e redirecionar o desenvolvimento da sociedade. Ao contrário, a sociedade se compõe de uma rede de práticas e de tradições que fornecem ao indivíduo informações que guiarão as suas ações individuais e permitirão a realização do seu próprio ideal de vida boa. A imposição por outros indivíduos (ou pelo governo) de uma determinada finalidade que deva guiar a evolução da sociedade só bloqueará a plena transmissão e o crescimento do conhecimento, além de causar prejuízo à tutela da liberdade individual.

É exatamente a impossibilidade de qualquer cérebro humano, ou mesmo de um computador possuir e processar tal gama de informações, que explica o fracasso dos cálculos realizados pelo planejamento econômico nos países socialistas. Somente o sistema de preços pode condensar tal espectro amplíssimo de informações. O conhecimento produzido pelo sistema de preços pode ser usado por todas as pessoas, mas ninguém o possuiria na ausência de tal sistema, pois só a operação do próprio mercado pode extrair

65 HAYEK, Friedrich A. von. *Os Fundamentos da Liberdade*,. Op. cit., p. 19.

tal conhecimento prático que é fundamental para os atores do mercado.⁶⁶ Daí a conclusão de que, ao contrário do que pensam os socialistas, não há alternativa viável à economia de mercado, pois o sistema de preços não pode ser substituído por qualquer mecanismo teórico de simulação de mercado. Três ideias são, portanto, cruciais para a construção da tese acerca da impossibilidade prática do cálculo econômico em economias planificadas: (i) a atividade econômica depende do conhecimento sobre as necessidades, vontades e disponibilidades financeiras dos indivíduos em geral; (ii) esse conhecimento prático se encontra disperso na sociedade, não sendo retido por nenhum indivíduo; (iii) na livre troca de bens e serviços, o mecanismo do preço dá acesso ao encarecido conhecimento.⁶⁷

Tais noções assumiram destacado relevo na construção da tese acerca do caráter liberticida das economias planificadas, desenvolvida em seu clássico “O Caminho da Servidão” (1944). Como esclarecido por Hayek no prefácio à edição norte-americana de 1975, o propósito básico do livro era formular uma advertência à *intelligentsia* socialista inglesa, no sentido de que os fascismos e o socialismo⁶⁸ são variações do mesmo totalitarismo que o controle centralizado da economia tende a produzir, e que o Estado do Bem-Estar Social, embora não pretenda reconstruir a sociedade desde os seus alicerces, ao chamar para si a tarefa de realizar a justiça social, não raro se vale de instrumentos que também são incompatíveis com uma sociedade livre.⁶⁹

Hayek considera falaciosa a tentativa de os pensadores socialistas se autointitularem herdeiros da tradição da liberdade no Ocidente, mediante a construção do conceito de liberdade real.⁷⁰ Com efeito, o que fora divulgado como o caminho da efetiva liberdade não é outra coisa senão o caminho da servidão. Cumpre esclarecer que doutrinas coletivistas, como a socialista, pressupõem o planejamento da economia, assim compreendida a atribuição a uma autoridade central do poder de dirigir a economia

66 GRAY, John. *Hayek on Liberty*. p. 38/39.

67 SCRUTON, Roger. Hayek and conservatism. *The Cambridge Companion to Hayek*. Op. cit., p. 210.

68 A bem da clareza, convém elucidarmos o conceito de socialismo com o qual Hayek trabalha “o socialismo significa a extinção da iniciativa particular, da propriedade particular dos meios de produção e a criação de um sistema de “economia planejada”, no qual o empreendedor que trabalha visando ao lucro é substituído por um órgão central de planejamento”. V. HAYEK, Friedrich A. von. *O Caminho da Servidão*. 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1977, p. 31.

69 HAYEK, Friedrich A. von. *O Caminho da Servidão*. Op. cit., p. XVII.

70 V. 3.2.

de acordo com um plano unitário, que estabeleça como os recursos e bens sociais serão divididos em atenção a um padrão pré-definido.⁷¹ As variações do coletivismo diferem entre si quanto à finalidade que a atuação social concertada deve concretizar, e distinguem-se do liberalismo precisamente pelo último negar a direção da atuação da sociedade em busca da satisfação de objetivo(s) particular(es).

Note-se que tais objetivos sociais são frequentemente descritos de maneira vaga: v.g., “bem comum”, “interesse público”, etc. Porém, a direção total das nossas atividades de acordo com tais finalidades pressupõe que as necessidades e desejos de todos os indivíduos sejam postos numa escala de valores. Porém, esse código moral completo - se existisse - não poderia ser concebido nem pelas mentes mais brilhantes, além de haver nas sociedades pluralistas contemporâneas um profundo desacordo sobre o seu teor. Eis a premissa fundamental do liberalismo: os limites da razão humana impedem que os indivíduos vislumbrem as necessidades e preferências de todos os membros da sociedade, de modo que tal escala só pode existir nos pensamentos de cada indivíduo, os quais conflitam, reiteradamente, entre si. Daí extraírem os liberais que o indivíduo deve, dentro de certas balizas, seguir os seus próprios valores e preferências ao invés dos alheios, de maneira a ser, nesse âmbito, o juiz supremo das suas próprias finalidades.

Entretanto, o planejamento econômico, ao exigir uma direção única das atividades econômicas, tende naturalmente a totalitarismos, na medida em que instrumentos típicos das democracias liberais, como, p.ex, a competência de os parlamentos definirem as normas gerais regentes da vida em sociedade, a separação de poderes e os seus mecanismos de freios e contrapesos, etc., criam embaraços à implementação de um plano único e coordenado. Nessa linha, a oposição entre planejamento econômico e democracia surge em virtude de a direção da economia ser feita por um corpo de técnicos com um poder supremo que não pode ser obstaculizado pelas instituições democráticas. Assim, a democracia apresenta um obstáculo à supressão da liberdade que é exigida pelo planejamento econômico, ou, nas palavras de Hayek “o planejamento conduz à ditadura porque esta é o instrumento mais eficaz de coerção e de imposição de ideias, e como

71 HAYEK, Friedrich A. von. *O Caminho da Servidão*, Op. cit., p. 34.

tal, de importância essencial para que o planejamento em larga escala se torne possível.”⁷² Assim, um governo eleito que promova o planejamento econômico deve ser qualificado como uma “ditadura da maioria”, e não como um regime genuinamente democrático.

Destaque-se que Hayek não considera a democracia um fim em si mesmo, senão um meio para a promoção da liberdade individual. Igual propósito é perseguido pelos princípios que integram a noção de *Estado de Direito*. De forma breve, a concepção de Hayek acerca do Estado de Direito enfatiza a sujeição dos cidadãos e do governo a normas gerais, abstratas e prévias, as quais viabilizam que os indivíduos prevejam a atuação coercitiva estatal e que, dentro desse marco fixado pelo direito, planejem as suas vidas pessoal e econômica com base nas suas próprias finalidades. Tais normas devem ser de índole formal, vale dizer, devem se referir a situações em que qualquer indivíduo possa se encontrar e, dessa forma, são aplicáveis a pessoas desconhecidas, segundo a finalidade que tais pessoas resolvam dar-lhes, e em circunstâncias que não podem ser previstas em detalhes. Assim, não se destinam à satisfação de propósitos específicos, mas sequer sabemos a que propósitos particulares servirão, sendo, precisamente, a nossa ignorância sobre os seus resultados o seu principal “mérito”.

Com efeito, para que a ação estatal seja previsível, permitindo que o indivíduo faça seus planos, o governo deve se guiar por regras fixadas independentemente de circunstâncias concretas, que somente podem ser conhecidas no momento da aplicação da norma. Por outro lado, para que o governo possa dirigir amplamente a economia, a sua atuação deve se guiar pelas peculiaridades da situação presente no momento da decisão, de maneira que tais decisões são imprevisíveis *ex ante*. Disso decorre a inexorabilidade da concessão de uma dose amplíssima de poder discricionário à autoridade estatal responsável pela direção da economia. Aliás, é bem conhecido o argumento dos socialistas de que o planejamento da economia não pode ser regido por normas gerais editadas pelo Legislativo, diante, precisamente, da necessidade de o planejador adequar a sua decisão às particularidades dos casos concretos. Logo, “quanto mais o Estado planeja, mais difícil se torna o planejamento do indivíduo”.⁷³

⁷² HAYEK, Friedrich A. von. *O Caminho da Servidão*, Op. cit., p. 66.

⁷³ *Ibid.*, p. 73.

Ademais, a arbitrariedade da ação estatal fora do quadro das normas formais se revela não apenas por sua imprevisibilidade, mas igualmente por sua imparcialidade. De fato, só se pode exigir imparcialidade do legislador caso este não possa conhecer, no momento da edição das leis, o seu efeito sobre os objetivos individuais. Assim, se o Estado puder prever o efeito gerado pela aplicação das suas normas a toda e qualquer pessoa ou situação que se insira na sua hipótese de incidência, será o Estado, e não o indivíduo, quem escolherá a finalidade da atuação de tal ou qual maneira. Portanto, quando as leis se tornam instrumentos destinados à realização de finalidades específicas, o direito se demite da sua função de fixar o quadro normativo dentro do qual as pessoas desenvolverão plenamente a sua personalidade, convolvendo-se em instrumento arbitrário de imposição de visões morais particulares ao povo. A incompatibilidade entre planejamento econômico e Estado de Direito não significa que um governo de economia planificada seja, necessariamente, um governo sem lei, mas apenas que o exercício do poder de império do Estado não estará limitado por normas gerais e prévias. Se a lei confere poderes ilimitados a um órgão composto por economistas, para a direção de todas as atividades econômicas, os seus atos serão legais, porém arbitrários, visto que a coerção exercida em face dos indivíduos inviabilizará a instalação de uma sociedade livre.

Não apenas os regimes de economia planificada são incompatíveis com a liberdade, como igualmente os chamados Estados do Bem-Estar Social, que visam à promoção da justiça “social” ou “distributiva”. Aliás, a busca por uma distribuição justa da riqueza é o elemento socialista comum entre os Estados socialistas e do Bem-Estar Social, ainda que os meios para sua realização sejam bem distintos (propriedade coletiva dos meios de produção e tributação com fins redistributivos, respectivamente). A propósito, Hayek confessa ser alérgico ao conceito de justiça social, a qual considera vazio de sentido, símbolo da demagogia e do jornalismo barato, uma superstição quase religiosa, que constitui a mais grave ameaça à liberdade, enfim, uma miragem.⁷⁴

Hayek salienta que a noção de justiça social se baseia no equívoco de considerar que a sociedade e o mercado se guiam por uma vontade deliberada. Com efeito, a justiça social pressupõe a existência de um poder

74 HAYEK, Friedrich A. von. *Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Volume 2: A miragem da justiça social*. São Paulo: Visão, 1985, p. 85, 118. A propósito, o subtítulo do presente volume é, como antes consignado, a miragem da justiça social.

cuja função seja a instituição de uma determinada forma de organização social destinada à distribuição a pessoas e grupos, segundo um critério “justo”, de cotas dos rendimentos e bens produzidos pela sociedade. Hayek considera que, caso tal poder existisse na economia de mercado, a distribuição de riqueza que dela derivaria poderia, de fato, ser considerada justa ou injusta. Entretanto, numa sociedade de mercado, as cotas de riqueza recebidas pelos indivíduos são resultado de um processo impessoal cujos efeitos sobre pessoas específicas não foram predeterminados por ninguém no momento do estabelecimento do desenho das instituições.

Adiantando-se à natural objeção, Hayek afirma que tais razões não conduzem a uma postura de indiferença em relação à situação dos menos afortunados. Ao contrário, assim como nos revolta uma sucessão de calamidades sofridas por uma família, a paralisação da carreira de um jovem brilhante por um infortúnio, etc., causa igual dissabor o sucesso imerecido de um profissional e o fracasso de outro que seja mais inteligente e dedicado que o primeiro. Todavia, tendo em vista que a justiça é um atributo das ações humanas, mas não de circunstâncias causadas pelos homens de maneira não intencional,⁷⁵ em ambas as séries de exemplos não há a quem culpar, pois tais situações não decorrem da vontade de um ou mais indivíduos, mas de fatalidades ou do processo impessoal do mercado, respectivamente. Numa sociedade livre, em que todos têm o direito de usar o seu conhecimento para, dentro do marco estabelecido pelo direito, satisfazer os seus propósitos, Hayek considera que o conceito de justiça social é necessariamente despido de significado. Assim, não é enganosa a conclusão de que a distribuição de renda num mercado livre não se reconduza a nenhum princípio de justiça; o que não se afigura correto é considerarmos-lo injusto e buscarmos algum culpado por isso, pois “a posição dos diferentes indivíduos não resulta do desígnio de quem quer que seja.”⁷⁶

A bem da verdade, a única culpa implícita em tal formulação é a de não termos freado o desenvolvimento natural de um sistema guiado por normas genéricas, abstratas, prévias, que aumentou significativamente a possibilidade da realização dos projetos particulares de vida, mas ao custo de todos os indivíduos correrem o risco de sofrer um fracasso

75 HAYEK, Friedrich A. von. *Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Volume 2: A miragem da justiça social*. Op. Cit., p. 89.

76 Ibid., p. 88.

imerecido. Trata-se de um processo análogo a um jogo: sujeito a regras preestabelecidas, haverá ganhadores e perdedores, em resultado que decorrerá, em parte, da habilidade, e, em parte, da sorte de cada jogador, parecendo irrazoável que, caso as regras tenham sido observadas, o resultado seja tachado de injusto e, por conseguinte, anulado, em virtude de o mais habilidoso ter perdido para o de maior sorte.

Costuma-se preencher o sentido do conceito de justiça social através do recurso à noção de igualdade: as diferenças de renda deveriam ser justificadas por algum interesse comum aos membros da sociedade. Porém os ganhos auferidos numa economia de mercado não têm a função de recompensas por empenho, mérito, inteligência, necessidade, etc.; ao revés, os preços pagos por salários e demais fatores de produção não se amoldam a quaisquer desses fatores, mas se guiam por circunstâncias relativas ao valor que é atribuído a tais bens sociais pelos indivíduos interessados na sua aquisição, as quais ninguém conhece em sua totalidade, e só podem ser reveladas pelo sistema de preços. Ademais, a postulação de igualdade material também pressupõe que a distribuição de riqueza numa economia de mercado decorra da ação humana deliberada, e não de processos impessoais do mercado. A bem da verdade, a igualdade material somente se torna factível se o governo não se limitar a tratar os cidadãos em conformidade com as mesmas normas preestabelecidas (igualdade formal), mas se dispuser a tratar os cidadãos de forma distinta para a satisfação do ideal de equiparação material. Assim, assegurar a mesma posição material a pessoas que diferem bastante em suas aptidões exige que o governo as trate diferentemente para compensar as desvantagens de alguns, gerando inelutável conflito entre as vertentes formal e material da igualdade.

Por outro lado, a igualdade material exige que o governo oriente a atuação dos indivíduos. Explica-se: se o valor da retribuição que os indivíduos esperam por suas atividades já não constitui indicação apropriada da forma como dirigir esforços para os setores em que se fazem mais necessários, visto corresponderem não ao valor dado aos seus serviços por seus semelhantes (sistema de preços), mas ao suposto mérito pessoal, então o papel de o sistema de preços nortear o valor dos bens sociais deverá ser substituído pela avaliação de uma autoridade central. Para tal desiderato, essa autoridade teria que destinar pessoas a determinadas tarefas, orientando-se não por considerações de justiça e igualdade, mas com base

na eficiência desse arranjo para a concreção do seu objetivo. Disso decorre que “não menos que na ordem de mercado, os indivíduos teriam de se submeter, no interesse comum, a grande desigualdade – só que esta seria determinada não pela interação de habilidades individuais num processo impessoal, mas pela decisão incontestável da autoridade.”⁷⁷ Dessa forma, a autoridade responsável pela promoção de “justiça social” deveria reter poderes abusivos para compelir os indivíduos a agir em consonância ao seu plano, sujeitando os indivíduos ao arbítrio de uma elite da burocracia administrativa, no âmbito de um regime totalitário. *Daí concluir que igualdade material e liberdade são irreconciliáveis.*

Hayek afirma, expressamente, que da sua crítica ao caráter liberticida do Estado do Bem-Estar Social não decorre a adoção da doutrina do *laisser-faire*. Ao contrário, deve o Estado valer-se de (i) instrumentos coercitivos para a proteção da concorrência - aí compreendidas não apenas as medidas antitruste, mas também relativas à proteção da saúde e da segurança de trabalhadores e consumidores -, (ii) atuar onde a iniciativa privada não o faz, pelo lucro não compensar a despesa,⁷⁸ (iii) prover uma renda mínima aos hipossuficientes, (iv) adotar medidas de proteção de crianças e adolescentes desamparados,⁷⁹ etc.

Neste ponto, vale mencionar a famosa crítica de Keynes a Hayek, formulada numa famosa carta que lhe enviou a propósito de parabenizá-lo pela precisa demonstração da contrariedade entre regimes de economia planificada e a liberdade, elaborada no seu “O Caminho da Servidão”. Tendo em vista Hayek reconhecer a necessidade de uma agenda positiva para o Estado, a questão fulcral - afirmou Keynes - era definir onde traçar a linha que distingue as ações estatais reverentes à liberdade daquelas que lhe são contrárias. Porém, como destacado por Keynes, Hayek não deu uma indicação segura de onde tal linha deveria ser desenhada, pois, apesar de propugnar por um meio-termo entre o absentismo do *laisser-faire* e um Estado do Bem-Estar Social altamente planificado, as teses de que (i) a aproximação do governo - sutil que fosse - no sentido do planejamento o conduziria a um caminho escorregadio que acabaria no precipício do

77 HAYEK, Friedrich A. von. *Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Volume 2: A miragem da justiça social*. Op. Cit., p. 103.

78 HAYEK, Friedrich A. von. *O Caminho da Servidão*. Op. cit., p. 37.

79 HAYEK, Friedrich A. von. HAYEK, Friedrich A. von. *Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Volume 2: A miragem da justiça social*. Op. cit., p. 108 e 109.

totalitarismo, e de que (ii) o governo deveria ter um sistema de segurança social, parecem contraditórias, à míngua de um desenvolvimento mais satisfatório. Relega-se, portanto, o âmbito de atuação legítima do Estado a um espaço indeterminado. Por exemplo, saúde e educação em favor daqueles que não podem adquirir tais serviços no mercado devem ser custeadas com recursos públicos? Hayek não se manifesta claramente sobre tais questões.⁸⁰

A objeção de Keynes desempenhou um papel fundamental nas preocupações acadêmicas que nortearam Hayek entre as publicações de “O Caminho da Servidão” (1944) e “Os Fundamentos da Liberdade” (1960). Em resumo, a sua resposta é que o norte da distinção entre as atuações estatais legítimas e ilegítimas consiste na sua consonância às exigências impostas pelo Estado de Direito, sobretudo a preexistência de norma geral e abstrata e a igualdade perante a lei.⁸¹

3.4 O Estado de Direito e a proteção da liberdade.

Hayek considera a liberdade individual uma criatura da lei, não existindo fora da sociedade. Porém a lei não deve ser interpretada como revelação da vontade do poder soberano, mas, na sua acepção substantiva, reveste-se de determinados atributos. Em “*The Constitution of Liberty*” Hayek se alinha à tradição do *Rechtsstaat*, destacando os papéis exercidos pela vinculação positiva do administrador público à lei e pela separação de poderes para a contenção do arbítrio estatal, além de buscar igual propósito em características necessárias das leis em sentido material: (i) abstração - destinar-se a casos desconhecidos, sem fazer referência a pessoas, lugares ou objetos -, (ii) efeitos prospectivos, (iii) serem conhecidas, claras e estáveis, de forma a assegurar-se previsibilidade mínima ao resultado da sua aplicação, e (iv) caráter genérico no que tange aos seus destinatários, a qual consiste em garantia da igualdade perante a lei, ao vedar que a lei sirva de instrumento para tratamentos discriminatórios.⁸²

A construção do conceito de Estado de Direito segundo a tradição do *Rechtsstaat* havia, historicamente, se identificado com o direito codifica-

80 SKIDELSKY, Robert. Hayek versus Keynes. *The Cambridge Companion to Hayek*. Op. cit. p. 102.

81 SHEARMUR, Jeremy. Hayek's politics. *The Cambridge Companion to Hayek*. Op. cit.p. 149.

82 HAYEK, Friedrich A. *Os Fundamentos da Liberdade*. p. 247/267.

do. Todavia, após a edição do “*The Constitution of Liberty*”, Hayek parece ter se sensibilizado com a crítica que lhe foi formulada por Bruno Leoni, no sentido de que a centralização da função legislativa nos Parlamentos enfrentava muitas das dificuldades identificadas pelo próprio Hayek no que concerne ao planejamento econômico.⁸³ Com efeito, da mesma forma que a direção central da economia produz perdas e um nível de coordenação bem menos elaborado do que o produzido pelo mercado, a direção central da legislação não atinge as sutilezas da *commom law* nas suas respostas a circunstâncias complexas e mutáveis. A *commom law*, portanto, se revela mais apta a prover aos cidadãos uma estrutura legal estável do que o direito positivo, pois o último tende a sujeitar-se a frequentes mudanças, fruto, não raro, de idiosincrasias de maiorias transitórias.⁸⁴ Nesse particular, a evolução do seu pensamento se evidencia no primeiro volume do “*Law, Legislation and Liberty*” (*Rules and Order*).

A propósito, Hayek distingue *thesis* (legislação) de *nomos* (lei), na esteira de tradicional distinção semântica existente em várias línguas (v.g. *legge v. diritto, loi v. droit, Gesetz v. Recht, legislation v. law, zákon v. právo, etc.*). *Thesis* (legislação) é imposta de cima para baixo (*top-down*) pelo soberano (seja ele rei ou assembleia eleita), resultado da sua criação intencional e, portanto, de um processo coercitivo que se destina à realização de interesses específicos, e que, nesse viés, apresenta uma natural tendência a ser contrário à liberdade. Ademais, mesmo legisladores democraticamente eleitos e bem-intencionados não possuem todos os conhecimentos acerca das circunstâncias concretas que envolvem a aplicação da norma, de modo que as suas leis, boas ou más, serão inevitavelmente incompletas. Note-se, assim, que o problema dos limites da razão humana, central na sua crítica ao planejamento econômico, assume também um papel de destaque nas suas objeções à legislação *produzida* pelos Parlamentos.⁸⁵

Já *nomos* (lei) surge da interação dos indivíduos que buscam coordenar as suas ações e resolver pacificamente as suas disputas, sendo resultado da ação humana, mas não da vontade deliberada de quem quer que seja. Aplicando-se no âmbito jurídico a diferença acima exposta a respeito das

83 CF. LEONI, Bruno. *Freedom and the Law*. New Jersey: D. Van Nostrand, 1961, p. 21/22.

84 GRAY, John., *Hayek on Liberty*. Op. cit. p. 69.

85 SKOBLE, Aeon J. Hayek the philosopher of law. *The Cambridge Companion to Hayek*. Op. cit. p. 176 e seq.

ordens espontâneas e planejadas (*kosmos e taxis*), o direito também pode ser considerado uma ordem espontânea, quando for resultado de mecanismos desenvolvidos pela interação dos indivíduos com vistas a garantir a sua coexistência pacífica numa determinada comunidade.⁸⁶ Exemplo típico do que se vem de expor é, precisamente, a *commom law*, pois, nesse sistema, as normas de conduta não são fruto do desígnio de maiorias eventuais, mas são construídas a partir de reiterados comportamentos que emergem na sociedade, sobre os quais é construído um consenso acerca da capacidade de essas normas resolverem, de forma justa, as disputas entre os seus membros. Enquanto as normas baixadas por um Parlamento podem ser utilizadas para instituir uma nova ordem jurídica que vise a guiar o desenvolvimento da sociedade de acordo com algum plano idealmente concebido, a *commom law* desvia-se do objetivo de promover uma espécie de “engenharia social”, destinando-se tão somente a promover a justiça no sentido que lhe é próprio: punir e corrigir ações injustas (justiça comutativa). Os procedimentos da *commom law*, assim, evitam que o direito seja usado para dirigir o desenvolvimento da sociedade, redistribuir propriedades, suprimir expectativas legítimas e direitos, conceder privilégios, etc.⁸⁷

Hayek considera que a atribuição ao juiz do poder de decidir uma disputa sem lastro numa norma *escrita* preestabelecida (presente no sistema do *commom law*), não pode ser equiparada à atividade discricionária de uma autoridade administrativa. Isso porque, ao contrário dos positivistas, não considera que o direito seja criado pelo legislador ou pelo juiz. Hayek afirma a objetividade do direito, de maneira que a sua aplicação consistiria em atividade cognitiva, mesmo quando o juiz se deparar com um caso difícil. O filósofo austríaco salienta que, no momento em que o Parlamento inglês se afirmou como instituição legislativa, ele vislumbrava o direito como um sistema independente e preexistente de normas, que surgiu naturalmente na sociedade, cumprindo-lhe, assim como aos juízes, descobrir e desenvolver tais normas. Entretanto, os positivistas reverteram essa lógica, engendrando doutrina equivocada e perigosa. A propósito, o positivismo considera a lei resultado da vontade deliberada do corpo soberano, colocando nas mãos do legislador uma autorização indefinida para impor normas obrigatórias sobre todos os setores da sociedade, a par de

86 SKOBLE, Aeon J. Id.

87 SCRUTON, Roger. Hayek and conservatism. *The Cambridge Companion to Hayek*. Op. cit, p. 213.

desviar o direito do seu propósito de corrigir injustiças. Trata-se do triunfo de visões antiliberais (i.e. Hobbes) acerca da soberania, que colocam um corpo soberano acima do direito, tornando os juízes incapazes de conter os avanços de governos arbitrários.⁸⁸

Por outro lado, a perspectiva evolucionista que adota confere ao desenvolvimento e à mudança do direito uma abrangência bastante superior a que os teóricos do direito natural costumam conferir. Nesse viés, afirma que nenhuma lista fechada de direitos fundamentais se compatibiliza com as circunstâncias mutáveis das sociedades, o que se evidencia, p. ex., pelas novas técnicas de comunicação imporem a necessidade de uma releitura do direito à privacidade.⁸⁹ Ademais, a ideia de que a liberdade é uma criatura da lei, negando-lhe caráter pré-político, parece afastá-lo definitivamente dos jusnaturalistas e aproximá-lo, paradoxalmente, de um relativismo moral próprio das versões mais radicais do positivismo jurídico. De fato, é recorrente a crítica de que a filosofia política de Hayek não possui, em sua base, um compromisso com a inviolabilidade dos direitos fundamentais.⁹⁰

Apesar de a teoria da justiça de Hayek não ser fundada em direitos (*right-based*), tendo, na verdade, natureza procedimental, uso que faz do teste kantiano da universalização não pode ser considerado puramente formal, demarcando, ao revés, um espaço de livre atuação individual. Isto porque ele não se encerra num postulado formal de não discriminação entre casos iguais, mas possui outros dois elementos: o dever de imparcialidade em relação aos interesses de todos os envolvidos, e o seu corolário, qual seja, a impossibilidade de impormos a nossa particular visão de vida boa ou digna aos demais indivíduos. Assim, a aplicação do teste kantiano da universalização conduz a uma ordem liberal.⁹¹

Releva notar, contudo, que é a partir da análise da influência exercida por David Hume sobre a sua obra que se pode vislumbrar a existência de um “conteúdo mínimo do direito natural”. De fato, Hayek inspira-se em Hume ao afirmar que, em virtude da generosidade e da inteligência limitadas dos seres humanos, e da escassez dos meios para atender a todas as necessidades humanas, são concebidas três leis fundamentais da nature-

88 SCRUTON, Roger. Hayek and conservatism. *The Cambridge Companion to Hayek*. Op. cit, p. 216.

89 GRAY, John. *Hayek on Liberty*. Op. cit.p. 68.

90 RAZ, Joseph. The Rule of Law and its Virtue. In: *The Law Quarterly Review*, 1977, n° 93, p. 195/ 209.

91 GRAY, John., *Hayek on Liberty*. Op. cit., p. 60/61.

za: a estabilidade das propriedades, a sua transferência pelo consentimento, e o cumprimento das promessas. A justificativa da permanência dessas regras fundamentais de justiça e da adaptabilidade de outras convenções morais menos essenciais é a promoção do bem-estar. Embora tal fundamentação denote um traço utilitarista em sua teoria moral, cuida-se de um *utilitarismo indireto*, na medida em que a defesa da noção de utilidade para resolver questões práticas contrasta com os multicitados limites da razão humana. O princípio da utilidade não assume, portanto, uma conotação prescritiva, mas se consubstancia em *standard* de avaliação do sistema de regras e práticas morais.⁹²

É bem de ver que Hayek não vislumbra uma oposição entre princípios de justiça e a maximização do bem-estar geral: ao contrário, a salvaguarda de uma estrutura de princípios de justiça consiste em condição indispensável para a promoção do bem-estar geral, desde que tal conceito esteja associado à maximização das chances de um indivíduo anônimo satisfazer finalidades desconhecidas. Assim, a ênfase conferida às tradições jurídicas de uma comunidade não nos vincula, necessariamente, ao corpo histórico de normas sociais tais quais nós o encontramos, mas admite a sua reforma em ordem a maximizar as chances do “anônimo” realizar as suas finalidades. Além disso, se os indivíduos são livres para usar os seus conhecimentos e recursos em benefício próprio, eles devem fazê-lo num contexto de leis conhecidas. Assim, mediante a noção de liberdade através da lei, Hayek busca demonstrar a convergência entre justiça e bem-estar geral.

5. O libertarianismo e a Constituição de 1988.

As críticas formuladas ao libertarianismo são várias e notórias, cabendo-nos aqui tão somente discutir aquelas que nos parecem mais pertinentes à realidade brasileira.⁹³ Inicialmente, é bem de ver que, com a crise vivenciada pela metafísica em um mundo desencantado como o atual, parece pouco convincente fundamentar a supremacia absoluta da liberdade como ausência de coerção em face dos demais valores morais, p. ex., na “capacidade de o ser humano fazer planos de longo prazo para

⁹² GRAY, John., *Hayek on Liberty*. Op. cit., p. 59.

⁹³ Para uma crítica mais ampla ao libertarianismo conferir DUNCAN, Craig. *The Errors of Libertarianism*. In: *Libertarianism: for and against*. DUNCAN, Craig; MACHAN, Tibor R. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2005, p. 45/65.

a sua vida”.⁹⁴ A propósito, é inevitável que, no âmbito de uma sociedade livre, o exercício da razão humana conduza ao pluralismo, ou seja, a uma pluralidade de doutrinas que se qualificam como abrangentes, por abarcarem diversos aspectos da existência humana (moral, religião, filosofia, e - destaque-se - economia). Portanto, se “não é razoável usar as sanções do poder do Estado para corrigir ou punir aqueles que discordem de nós”,⁹⁵ não é legítimo entrincheirar uma doutrina abrangente na constituição com a finalidade de torná-la obrigatória àqueles que a ela não aderem, ou pior, para lhe conferir uma espécie de imunidade em face de mudanças desejadas pelas maiorias constituídas após a geração constituinte.

Assim, as normas alçadas à constituição devem ser interpretadas a partir de uma perspectiva de neutralidade política, a qual se limita à conformação da estrutura básica de um sistema equitativo de cooperação social,⁹⁶ cuja imparcialidade é garantida pelo fato de ser objeto de consenso sobreposto entre as doutrinas abrangentes razoáveis. Evita-se, portanto, o uso do poder de império do Estado para a imposição aos indivíduos em geral de uma doutrina abrangente particular que seja adotada por maiorias transitórias ou por minorias bem articuladas politicamente. Competindo aos juízes zelar pela preservação da constituição em face de vontades políticas contingentes, devem necessariamente fazer um uso público da razão, é dizer, utilizar argumentos que possam ser objeto de consenso político, sendo-lhes vedado o emprego de razões cultivadas por doutrinas abrangentes particulares, sob pena de fazerem prevalecer a sua concepção moral sobre a adotada pela maioria política. Em virtude de a sua atuação se restringir a um domínio de neutralidade política, afirma Rawls que “a razão pública é a razão do seu supremo tribunal”, enquanto maior intérprete judicial.⁹⁷

94 Ver a seção 2.2. A respeito da crise da metafísica e da inconsistência de justificativas jusnaturalistas para a preeminência de princípios de justiça de validade universal sobre os demais valores morais, ver HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

95 RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 184.

96 Rawls considera que compõem tal estrutura **os elementos constitucionais essenciais e as questões básicas de justiça**. Nesse rol estão inseridos os princípios fundamentais que estruturam o Estado (prerrogativas dos “poderes” e alcance da regra da maioria), os direitos ao voto e à participação política (nos quais se pode inferir o direito à nacionalidade, como verdadeiro direito a ter direitos), a um mínimo existencial e as liberdades fundamentais, sejam as diretamente vinculadas ao processo democrático (v.g.: liberdade de expressão, de reunião, direito a informação), sejam as que não guardem relação imediata com a democracia (v.g.: liberdade de religião, de ir e vir e de escolha de profissão). V. RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Op. cit.

97 RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Op. cit., p. 286; 272.

Porém não se quer sustentar a neutralidade do Estado em relação a questões morais e econômicas, a qual ser inviável diante do seu dever de regular a economia e de estabelecer normas que tornem viável o convívio social. A bem da verdade, as maiorias eleitas democraticamente, através da ação dos Poderes Executivo e Legislativo, podem conferir às leis e aos atos administrativos a feição das suas doutrinas abrangentes particulares, desde que não se imiscuam naquilo que é constitucionalmente estabelecido por ser considerado condição mínima de cooperação social (em cujo âmbito se inserem não apenas os direitos a prestações negativas, mas também os direitos a prestações positivas destinados à satisfação do “mínimo existencial”⁹⁸), ante o tendencial consenso obtido entre doutrinas abrangentes e razoáveis acerca do seu teor. Não se pode, portanto, confundir o domínio do que é constitucionalmente obrigatório às maiorias transitórias, daquele que se submete a alterações guiadas por contingências políticas.

A doutrina do liberalismo político, restrita à fórmula e às garantias do Estado de Direito, situa-se no campo do consenso constitucional. Como asseveram Souza Neto e Mendonça, “no passado, também essa dimensão (liberalismo político) enfrentava objeções – sobre elas se erigiram os Estados totalitários e autoritários do início do século XX. Hoje, a crítica ao Estado de Direito é residual. O arranjo é apoiado, inclusive, por doutrinas que se opõem a outras dimensões do projeto liberal. Isso decorre de uma importante característica: o Estado de Direito é um dos elementos centrais da configuração política que permite a cooperação social em um ambiente de pluralismo (o outro elemento é a democracia). Assim é que se pode afirmar que o Estado de Direito, em relação às diversas doutrinas particulares, está circunscrito à esfera da imparcialidade política, podendo ser objeto de adesão estável e generalizada.”⁹⁹

98 Mesmo autores liberais (na vertente do liberalismo-igualitário) reconhecem que a garantia de condições materiais mínimas atuaria como pressuposto à efetiva fruição das liberdades civis. Sobre o conceito de “mínimo existencial”, conferir RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Op. cit.; MICHELMAN, Frank. Welfare rights and constitutional democracy. *Washington University Law Quarterly*, 1979; Id. Constitutional welfare rights and a theory of justice. In: DANIELS, Norman. *Reading Rawls: critical studies on Rawls's theory of justice*. California: Stanford University Press, 1989. p. 319/347. Ver, também, ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005. p. 240 et. seq.; BARCELLOS, Ana Paula. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: Idem. *Teoria dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

99 SOUZA NETO, Cláudio Pereira; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Fundamentalização e Fundamentalismo na*

Assim, enquanto a dimensão política do libertarianismo (liberalismo político) pode ser alcançada por um consenso sobreposto entre doutrinas antes razoáveis, o mesmo não pode ser dito acerca da sua dimensão econômica, pois o liberalismo econômico se qualifica como uma doutrina abrangente particular. Para além de haver dúvidas sobre o caráter majoritário de suas teses centrais - o “Estado Mínimo é tanto inspirador como certo”; os direitos fundamentais se restringem a prestações estatais negativas - fato é que elas se chocam com o núcleo intangível da Constituição de 1988.

A propósito, a Carta de 1988 possui em seu DNA uma inequívoca dimensão social, pois já em seu preâmbulo afirma ser finalidade do Estado “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (...)”. A conjugação dos valores da liberdade e da igualdade prossegue ao longo do texto constitucional. Por exemplo, considera “fundamentos da República” o valor social do trabalho e a livre iniciativa (art. 1º, III), objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, porém igualmente justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades regionais (art. 3º I, II, III). Entre os princípios gerais da ordem econômica, se encontram, por um lado, a propriedade privada, a livre concorrência e a livre iniciativa, mas, por outro, a valorização do trabalho humano, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a proteção de empresas de pequeno porte, a busca da existência digna, da justiça social, da redução das desigualdades regionais e sociais e do pleno emprego (art. 170, *caput* e incisos II, III, V, VI, VII, VIII e IX). Para além disso, a positivação de um amplo rol de liberdades fundamentais (art. 5º) foi seguida da previsão de um também extenso elenco de direitos sociais (art. 6º), em capítulos insertos no Título II, pertinente aos direitos e garantias fundamentais. Ademais, tanto os direitos de defesa quanto os prestacionais foram dotados de jusfundamentalidade pelo constituinte de 1988, sujeitando-se ambos a um regime jurídico dotado de eficácia reforçada.¹⁰⁰

Avulta o caráter compromissório da Constituição, que foi concebida a partir do consenso possível entre forças de matizes ideológicos

Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa. In: *A Constitucionalização do Direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 718.

100 V. SARLET, Ingo. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op. Cit.

bastante distintos. Ainda que haja na Carta de 1988 alguns “compromissos dilatatórios”,¹⁰¹ pelo adiamento de decisões a respeito de questões específicas em virtude da dificuldade de obter-se um efetivo consenso sobre elas, parece claro que o constituinte (originário e reformador) se preocupou em proteger o indivíduo do eventual exercício abusivo do poder estatal, sem haver, entretanto, descuido do papel de o Estado promover a satisfação de necessidades básicas do indivíduo. Assim, preconiza-se que *um liberalismo político que enfatize a sua dimensão igualitária fornece parâmetros fundamentais para a interpretação da Constituição de 1988*.

Quanto à proteção da pessoa em face do arbítrio estatal, de uma leitura sistemática da Constituição de 1988 parece lícito inferir que ela considera os indivíduos, independentemente de sua função social, um fim em si mesmo, cujas liberdades fundamentais gozam de uma prioridade *prima facie* em relação à satisfação de necessidades coletivas. Dessa forma, resta constitucionalmente vedada tanto a instituição de um perfeccionismo moral conservador, que impusesse a moral dominante aos indivíduos, através de normas que obrigassem a adoção de condutas tidas como moralmente edificantes, ou vedassem aquelas tidas como reprováveis (i.e. criação de embaraços legais às relações homossexuais); quanto de autoritarismos “progressistas”, típicos de visões totalizantes do Estado de Bem-Estar Social, as quais, conforme denunciara Hayek, tendem a aniquilar as liberdades fundamentais através da concentração excessiva de poderes coercitivos nos aparatos governamentais e de uma primazia do Estado na direção da economia (utilização em larga escala dos seguintes fatores: prestação direta de várias atividades econômicas pelo Estado, monopólios, controle de preços, licenciamentos, tributação elevadíssima, etc.).

Entretanto, o extremo oposto, qual seja, o libertarianismo, igualmente contrasta com a Constituição de 1988. De fato, como se conciliar doutrina que considera a justiça social uma miragem atentatória à liberdade, a propriedade um direito natural irrestingível por considerações baseadas em necessidade, igualdade ou solidariedade, com uma Constituição que erigiu a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais a objetivos fundamentais da República, a justiça social e a valorização do trabalho a princípios gerais da atividade econômica, e a função social da propriedade a limite ao seu legítimo exercício?

101 V. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

Como já se pode entrever, a concepção de pessoa subjacente à Constituição de 1988 é radicalmente distinta da esposada pelo libertarismo. O último adota, nesse particular, uma espécie de “individualismo possessivo”, em que os indivíduos são vistos como seres idealmente iguais que atuam de forma autointeressada tanto no mercado como no processo político. Desse modo, as liberdades existenciais deveriam receber igual tutela jurídica à conferida às liberdades econômicas, e a solidariedade é equiparada à caridade, concebida apenas como virtude humana e não como norma jurídica obrigatória. Relega-se, portanto, a satisfação das necessidades básicas do hipossuficiente ao altruísmo e à compaixão da família, dos amigos e de instituições de caridade.

Porém, a dimensão social da Constituição de 1988 não permite que o Estado cerre os olhos para as profundas desigualdades fáticas existentes na sociedade, já que reconhece que a opressão ao indivíduo provém não apenas do Estado, mas igualmente de outros indivíduos. Por outro lado, a Constituição de 1988 não estabeleceu hierarquia (jurídico-normativa ou mesmo axiológica) entre os direitos de defesa e prestacionais, reconhecendo como essenciais à preservação da dignidade humana a não interferência em um domínio reservado à liberdade individual, mas também a implementação de políticas públicas destinadas a assegurar um nível mínimo de segurança social aos mais carentes. Assim, na esteira da posição afirmada majoritariamente em sede internacional, reconheceu o constituinte uma relação de interdependência e de complementaridade entre direitos de defesa e prestacionais,¹⁰² conferindo a ambos jusfundamentalidade. Disso decorre que a restrição do rol dos direitos fundamentais às “liberdades civis”, em consonância à concepção libertária, não tem suporte na Carta de 1988, de molde que os conflitos entre direitos fundamentais devem ser resolvidos pela técnica da “ponderação de interesses”, e não mediante a hierarquização absoluta e apriorística dos direitos de defesa em detrimento dos direitos prestacionais.¹⁰³

102 Nesse sentido, a posição oficial da ONU. Confira-se o art. 5º, da Declaração Viena de 1993, aceita unanimemente por 171 Estados, *verbis*: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de maneira justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.”

103 Sobre a questão das técnicas de resolução de conflitos entre direitos fundamentais, ver BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Não há dúvidas de que a consagração dos direitos sociais tende a reduzir o âmbito de proteção das liberdades econômicas, ao menos como elas foram concebidas pelo constitucionalismo liberal (basta pensar na reconfiguração do direito de propriedade após a afirmação do conceito de função social, das restrições impostas à autonomia da vontade pelo advento do direito do trabalho). Porém a tendência nas sociedades ocidentais contemporâneas vem sendo a compatibilização entre os referidos direitos fundamentais, a qual se revela não apenas necessária em sociedades como a brasileira, marcada por uma profunda desigualdade social e por um renitente patrimonialismo, como juridicamente obrigatória pela letra da constituição em vigor.

Com efeito, embora em países desenvolvidos talvez possua alguma plausibilidade a afirmação dos libertários de que é rara a situação de alguém que não tem como prover a sua subsistência, por seus próprios meios ou mediante o suporte de familiares, amigos, ou instituições de caridade, o mesmo, infelizmente, não se pode dizer em sociedades como a brasileira, a qual longe está de realizar as promessas da modernidade. Por aqui, para além de a tutela das liberdades civis ser precária, uma parcela significativa da sua população vive abaixo da linha da pobreza. Enfim, em sociedades com tal nível de desigualdade social não parece razoável apostar apenas na caridade alheia para suprir as necessidades básicas de pessoas em situação de extrema pobreza.¹⁰⁴

Imagina-se que os libertários objetariam, afirmando que uma maior intervenção estatal traria apenas mais intensa estagnação econômica, e que a única saída para fomentar o crescimento da riqueza, inclusive em favor dos mais carentes, seria a substituição do Estado do Bem-Estar Social, previsto na Constituição de 1988, por um Estado Mínimo. Poder-se-ia, ainda, afirmar que reformas constitucionais aprovadas na década de 90, que reduziram o tamanho do Estado com quebras de monopólios estatais e desestatizações, revelariam a derrocada do Estado do Bem-Estar Social. Refere-se à aprovação das ECs n. 6 e 7: relativas à superação de determinadas restrições ao capital estrangeiro; ECs n. 5, 8 e 9: flexibilização dos monopólios estatais sobre o gás canalizado, telecomunicações e petróleo; ECs n. 19 e 20, ambas de 1998: Reformas

104 Ver, a propósito, a objeção da caridade, formulada por DUNCAN, Craig. *The Errors of Libertarianism*. In: *Libertarianism: for and against*. DUNCAN, Craig; MACHAN, Tibor R. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2005, p. 45/65.

Administrativa e Previdenciária, visando à flexibilização da administração pública e à redução do déficit público, além da EC n. 41/2003, que promoveu nova Reforma Previdenciária.

A propósito, duas considerações devem ser feitas: (i) as referidas emendas constitucionais, apesar de reduzirem o “tamanho do Estado brasileiro”, não desnaturaram a sua dimensão social, pois permanecem em vigor cláusulas transformadoras (busca da justiça social, da redução das desigualdades sociais, etc.), os direitos sociais prestacionais, os deveres de o Estado implementar políticas públicas em diversas áreas (v.g. educação, saúde, previdência e assistência social, habitação, cultura) etc. Assim, o Estado brasileiro distancia-se bastante do Estado mínimo preconizado pelos libertários, sendo um “libertarianismo puro” incompatível com o direito constitucional positivo pátrio. Portanto, (ii) a total substituição do Estado do Bem-Estar Social por um Estado Mínimo somente seria possível caso o povo brasileiro derrubasse a Constituição de 1988 e editasse uma nova com o perfil proposto pelos libertários, vez que os direitos sociais, ao menos no que toca à garantia do mínimo existencial, foram erigidos à condição de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV).¹⁰⁵

Note-se que a intensidade e a forma de intervenção do Estado na economia consistem em matérias que são objeto de intensa e intrincada disputa entre doutrinas econômicas dos mais variados matizes, as quais, à míngua da viabilidade da obtenção de um consenso sobreposto, devem disputar no processo político o beneplácito da vontade popular majoritária. Cuida-se, portanto, de questão politicamente contingente, sobre a qual não é possível a obtenção, sequer tendencialmente, de um consenso entre doutrinas econômicas razoáveis, razão pela qual deveria ser decidida pelas maiorias políticas, em vez de se entrincheirar na constituição uma doutrina particular. Assim, a criação de monopólios estatais, as restrições ao capital estrangeiro, a disciplina da administração pública e da previdência social não se inserem no conceito de elementos constitucionais essenciais, parecendo, inclusive, recomendável que fossem decididas pelo direito infraconstitucional. Porém há de se reconhecer que o processo constituinte brasileiro foi marcado por uma forte desconfiança do legislador, de manei-

105 SARLET, Ingo W. “Direitos Sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Ano 12, n. 46, jan/março/2004; BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ra que diversas normas que não são materialmente constitucionais - inclusive as mencionadas acima - foram incluídas no corpo da constituição, devendo se admitir que a sua alteração exigia, de fato, a aprovação de emenda constitucional. Trata-se de reflexo do que se chamou de prolixidade do constituinte,¹⁰⁶ ou, em outras palavras, de processo de “ordinarização” ou de “codificação” da constituição.¹⁰⁷

Ainda que alguém possa ter objeções políticas a emendas constitucionais sobre essas matérias, não parece constitucionalmente legítimo se valer da condição de juiz para invalidá-las.¹⁰⁸ Isso porque tais emendas constitucionais não apenas foram aprovadas pela supermaioria de 3/5 (três quintos) dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado, em dois turnos de votação (art. 60, p. 2, da CRFB/88), mas pelo fato de a integralidade do modelo de Estado do Bem-Estar Social positivado em outubro de 1988 não ser cláusula pétrea.¹⁰⁹ Nada obstante, emenda constitucional que buscasse instituir um Estado mínimo, o qual se demitisse do seu dever de cumprir prestações positivas destinadas a garantir aos indivíduos carentes condições materiais mínimas para uma vida digna, padeceria de inevitável inconstitucionalidade, já que o “mínimo existencial”, elemento *nuclear* do Estado Social brasileiro, é intangível à mão do constituinte derivado.

Pode-se afirmar, em conclusão, que algumas noções expostas pelo libertarianismo, além de constitucionais, podem ser bastante salutares para o direito brasileiro, como, por exemplo, a contundente crítica de que o uso

106 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade das suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

107 Já tivemos a oportunidade de nos manifestar acerca das consequências do aludido processo de ordinarização da constituição no que tange à intensificação do grau de rigidez de um regime constitucional concreto. V. BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

108 Advertência similar foi lavrada por James Bradley Thayer, com lastro em voto do Justice Thomas Cooley, em artigo clássico publicado na *Harvard Law Review* de 1893, que tanto influenciou a doutrina da auto-restrição judicial (*judicial self-restraint*), ao delinear, de forma reduzida, o escopo do controle de constitucionalidade das leis, notadamente no que toca à preservação de todas as escolhas legislativas dotadas de racionalidade, nas hipóteses em que a Constituição admitir diferentes interpretações. À guisa de comentário a tal princípio de interpretação constitucional, salienta: “The meaning and the effect of it are shortly and very strikingly intimated by a remark of Judge Thomas Cooley, to the effect that one who is a member of a legislature may vote against a measure as being, in his judgment, unconstitutional; and, being subsequently placed on the bench, when this measure, having been passed by the legislature despite of his opposition, comes fore him judicially, may there find it his duty, although he has in no degree changed his opinion, to declare it constitutional ...”. THAYER, James Bradley. The origin and the scope of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review* 129 (1893), p. 606, em cuja epígrafe consta a seguinte frase: “Qualquer escolha que seja racional é constitucional.

109 Por refugir do escopo do artigo, analisou-se tão somente a alegação de que tais emendas violariam a dimensão social do Estado brasileiro, erigida, supostamente, à condição de “cláusula pétrea” pelo constituinte de 1988, demitindo-nos das diversas outras arguições de inconstitucionalidade formuladas em face de cada uma das emendas em exame.

discricionário da coerção estatal estimula a consensualidade no agir administrativo em detrimento do poder de império,¹¹⁰ e o risco de um uso abusivo do poder regulamentar violar os princípios da legalidade e da separação dos poderes etc. Nada obstante, o seu projeto central - a implantação de um Estado Mínimo em que o Poder Público se demita da prestação de serviços públicos que se qualificam no Brasil como direitos sociais prestaçionais - parece incompatível com o núcleo intangível da Constituição de 1988, pois exonera o Estado da satisfação das necessidades básicas dos indivíduos, em violação a cláusulas pétreas.

110 Sobre o tema, ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.