



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP

Eduardo Tuma

A TRIBUTAÇÃO NA PERSPECTIVA DO ESTADO NEOLIBERAL – LEITURA DA
OBRA **LAW, LEGISLATION AND LIBERTY**, DE FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK

Mestrado em Direito

São Paulo

2010



Eduardo Tuma

**A TRIBUTAÇÃO NA PERSPECTIVA DO ESTADO NEOLIBERAL – LEITURA DA
OBRA **LAW, LEGISLATION AND LIBERTY**, DE FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK.**

Dissertação apresentada à banca examinadora como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP, sob a orientação do Professor Márcio Pugliesi.

Mestrado em Direito

São Paulo

2010

Banca examinadora:

1. _____

Professor(a)

2. _____

Professor(a)

3. _____

Professor(a)

São Paulo, __ de _____ de 2010.

“É-nos lícito dar tributo a César ou não? E, entendendo ele a sua astúcia, disse-lhes: por que me tentais? Mostrai-me uma moeda. De quem tem a imagem e a inscrição? E, respondendo eles, disseram: de César. Disse-lhes, então: dai, pois, a César o que é de César e a Deus, o que é de Deus.” (Evangelho de Lucas, capítulo 20, versículos 22 a 25)

Ao Senhor Jesus Cristo, Deus único e imortal.

Aos meus pais, amor eterno.

Ao mestre e amigo Márcio Pugliesi.

À Maria Fernanda Pessatti de Toledo pela demonstração de amizade.

RESUMO

No ano em que se acentuaram as contradições do sistema capitalista – 1974 – Friedrich August von Hayek escreveu a memorável obra **Law, Legislation and Liberty (Direito, Legislação e Liberdade)**, alvo de estudo e análise do presente trabalho.

Ordem espontânea, liberdade e intervenção mínima do Estado na sociedade: estas são as expressões que representam a essência do pensamento do autor, que sugere um modelo constitucional, em oposição às concepções socialistas.

Até os dias atuais, as ideias expostas na leitura da obra de Friedrich August von Hayek assumem especial importância, pois propõem conceitos fundamentais para garantir o funcionamento do Estado, especialmente no que se refere à necessidade de fixação prévia do ônus que deve ser distribuído aos indivíduos, o que exige um controle total dos gastos públicos.

Não se pode negar que a obra, publicada há mais de três décadas, sobrevive e serve de estímulo para o Estado que almeja alcançar a denominada justiça fiscal sem olvidar a manutenção da ordem espontânea, necessária para a conservação da livre economia.

Palavras-chave: ordem espontânea – intervenção mínima – capitalismo – tributação – justiça fiscal.

ABSTRACT

In the years that have widened the contradictions of the capitalist system - 1974 - Friedrich August von Hayek wrote a memorable thesis of Law, Legislation and Liberty target of analysis in this study.

Spontaneous order, freedom and minimal state intervention in society: these are expressions that represent the essence of the author's thinking, which proposes a constitutional model as opposed to socialist ideas.

Until today, the ideas found in reading the work of Friedrich August von Hayek have particular importance, because it proposes concepts to ensure the functioning of the state, especially with regard to the need for fixing the burden distributed to individuals, which requires a total control of public spending.

It can not be denied that the work, published more than three decades ago, survives and serves as a stimulus to the State that aims to achieve the so-called fair taxation without neglecting the maintenance of spontaneous order as a necessity for the preservation of the free economy.

Key words: spontaneous order – minimal state intervention – capitalist – taxation – fair taxation.

SUMÁRIO

Introdução	11
Capítulo 1. Pressupostos teóricos de Friedrich August von Hayek	14
1.1 A Ordem Espontânea	14
1.2. A ordem construída e a ordem que é fruto da evolução	18
1.3. Uma ordem à vista de interesses individuais e coletivos	20
1.4. Propriedades de uma ordem espontânea	22
Capítulo 2. O sistema normativo na obra de Friedrich August von Hayek	24
2.1. Legislação e Direito	24
2.2. Surgimento da norma e o conceito mutável do Direito	25
2.3. As normas observadas e o direito positivo	28
2.4. Transformação do direito pela legislação	36
Capítulo 3. <i>Nomos e Thesis</i>	40
3.1. <i>Nomos</i>	40
3.2. <i>Thesis</i>	44
Capítulo 4. Justiça Social	50
4.1. A Justiça Social na concepção de Frederich August von Hayek	50
4.2. A falácia da justiça social numa ordem espontânea	54
4.3. Expectativas e oportunidades: uma teoria de igualdade	56
4.4. Justiça social e liberdade	60
Capítulo 5. A Ordem de Mercado	63
5.1. Mercado	63
5.2. Normas de conduta e as regras do mercado	67
5.3. Mazela da ordem de mercado	77
Capítulo 6. Considerações sobre a Ordem Neoliberal	83
6.1. Atuação governamental numa ordem de mercado livre: o mercado livre e a concorrência	83
6.2. A intervenção normativa estatal na economia	86
6.3. Exercício do poder político e econômico sobre pessoas e bens	88
6.4. Exercício maléfico do poder político e econômico sobre pessoas e bens	90
6.5. Monopólio: particular X grupal	93

Capítulo 7. Evolução cultural	100
7.1 As três fontes de valores humanos	100
7.2. A evolução cultural e as mudanças nas normas de conduta	105
7.3. Evolução, liberdade e progresso	108
Capítulo 8: Friedrich August von Hayek e a tributação no Estado Neoliberal	111
8.1. Relação entre o mercado e tributação	111
8.2. Regência Jurídica num Estado Tributário	112
8.3. Política Governamental : a tributação como forma de financiamento do Estado.	115
8.4. Estado Neoliberal e a Descentralização.	122
8.5. Arrecadação e Investimento Estatal: a Tributação Racional.	129
8.6. O Mínimo Existencial	131
Conclusão	139
Bibliografia	142

Introdução

Friedrich August von Hayek¹, em 1974, recebeu o prêmio Nobel de Ciências Econômicas; na mesma época, publicou **Law, Legislation and Liberty (Direito, Legislação e Liberdade)**, alvo do presente trabalho.

Na obra, defende o crescimento natural, a evolução, a situação em que as práticas e os princípios adotados espontaneamente pelos membros da comunidade permitiram a vida em grupo e, em consequência, como um sistema socialmente organizado culminou na formação de uma ordem social.

O primeiro capítulo do presente trabalho tem como objetivo analisar o que se entende por “sociedade boa”, ou seja, uma sociedade que protege tanto a liberdade quanto a ordem social.

Tem-se aqui a pretensão de examinar os fundamentos da ordem social liberal – baseados na tradição do Liberalismo clássico – que deu berço a uma ordem que nasce de maneira espontânea.

O capítulo 2 analisa o ponto de vista normativo da obra **Law, Legislation and Liberty**. Para o autor, as normas editadas devem ser gerais e não arbitrárias e devem ser aplicadas de forma indiscriminada a todos aqueles que a elas estão submetidos. Destarte, dado a um sistema jurídico previsível, que oferece segurança jurídica, os membros aprendem, adaptam-se e coordenam suas ações na busca dos fins desejados.

Aquilo que Frederich August von Hayek denomina de *nomos* (direito como salvaguarda da sociedade) e *thesis* (ordem resultante de decisão deliberada), serão tratadas no capítulo 3.

¹ Frederich August von Hayek nasceu em 08 de maio de 1899, na cidade de Vienna – Áustria – e faleceu em Freiburg – Alemanha – no dia 23 de março de 1992. O Austro-Húngaro ingressou na universidade de Vienna em 1918 e teve como professores Friedrich von Wieser e Othmar Spann. Conquistou dois doutorados, o primeiro em Direito com ênfase em economia, em 1921, e o segundo em Economia Política, baseado na tradição liberal clássica, em 1923. Em 1929, ano de depressão econômica mundial, Frederich August von Hayek publicou a obra cujo título em inglês é **Monetary Theory and the Trade Cycle** (1933). Frederich August von Hayek se tornou um paradigma da economia dentre os anos 1950 e 1980 com suas idéias sobre o capitalismo. Em 1930, foi convidado a lecionar em Londres na renomada “London School of Economics”, onde assumiu a cadeira de Ciências Econômicas e Estatística até 1950. Em 1931, produziu, em decorrência de suas palestras, a obra **Prices and Production**. Assim, passou a residir na Inglaterra, ali se naturalizou cidadão britânico. Foi nesse período que ele se tornou conhecido mundialmente como um pensador da escola liberal clássica.

As noções e críticas sobre a expressão “justiça social” trazidas na obra do autor, também serão analisadas (capítulo 4).

Muito embora o presente estudo não tenha como fim discorrer sobre perspectivas exclusivamente econômicas é essencial falar sobre a ordem de mercado e seu aspecto jurídico (capítulo 5), uma vez que o austro-hungaro trata da ordem de mercado como o elo que une os membros da sociedade, uma vez que todos os indivíduos dependem do sistema econômico.

Adiante, o contexto de sociedade e da ordem de mercado sob a base neoliberal da obra são sopesados no capítulo 6.

Buscou-se analisar temas como intervenção mínima do Estado na ordem de mercado, liberdade individual, separação de poderes e as características de um governo democrático.

Em seu pensamento o autor afirma que é realmente necessária a quebra dos paradigmas antigos (e por que não dizer, atuais) – em que a política é feita por poucos e para poucos – e destaca suas convicções políticas adequadas aos novos ideais liberais não-intervencionistas (política mencionada por Abraham Lincoln "a democracia é o governo do povo, pelo povo, *para o povo*"²); em um Estado constitucional liberal.

Não se esqueceu, ainda, o epílogo do texto analisado, que trata das três fontes de valores humanos: os valores inatos, os que são produtos do pensamento racional e os que são fruto da evolução cultural. É este último valor que o presente trabalho discorrerá com maior ênfase (capítulo 7), uma vez que se afirma ter sido esquecido nos estudos da sociologia, embora seja o fator mais importante quando se trata das mudanças nas normas de conduta.

Finalmente, o capítulo 8 discorre sobre a tributação no Estado Neoliberal. As ideias encontradas na obra sobre a tributação numa economia de mercado e a noção de justiça social por meio da tributação são aspectos discutidos neste último capítulo. Assim, a análise do livro, feita no decorrer dos capítulos anteriores, servirá de alicerce para tratar da justa tributação.

Em tempo, é de extrema valia mencionar que Frederich August von Hayek produziu a maior parte de suas obras, inclusive **Law, Legislation and Liberty**, no período pós-guerra e final de uma conjuntura capitalista tardia. Ou seja, uma sociedade

² RIBEIRO, Darcy. **As Américas e a Civilização – processo de formação e causa do desenvolvimento desigual para os povos americanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 379.

pós-capitalismo e depois desta uma sociedade de controle – nessa visa-se a redução da jornada de trabalho, constatado o excedente de mão-de-obra. Todavia olhando-se com os olhos atuais o autor dispunha de uma gama limitada de conhecimento e, apesar disso, produziu uma obra visionária que tem aplicação mesmo após décadas.

Capítulo 1

Pressupostos teóricos de Friedrich August von Hayek.

1.1. A Ordem Espontânea.

Existe uma grande questão a ser tratada numa sociedade livre: a intervenção do Estado de forma abrupta, e até certo ponto totalitária, e, por outro lado, a intervenção mínima do Estado na sociedade.

Nesse contexto, pode-se ter o Estado que impõe uma ordem por intermédio de regras pré-estabelecidas, obrigando seus membros a cumprir e a seguir determinados passos e, por outro lado, o Estado que apenas oferece alguns balizamentos, numa ordem que espontaneamente surge entre os membros da sociedade coadunando com a essência da democracia e liberdade individual, conceitos que serão aprofundados no decorrer do trabalho.

Sobre a “ordem feita e a espontânea” esclarece que:

a ordem feita, a que já nos referimos como uma ordem exógena ou uma ordenação, pode ainda ser designada como uma construção, uma ordem artificial ou, especialmente quando estamos tratando de uma ordem social dirigida, como uma organização. Por outro lado, a ordem resultante da evolução a que nos referimos como autogeradora ou endógena, tem sua designação mais adequada na expressão *ordem espontânea*³.

De tais ordens espontâneas – econômica e jurídica – surgem as mais variadas ações intencionais dos membros da sociedade, mesmo que isso promova “um fim que não fazia parte de suas intenções”^{4, 5}.

Nas lições de Frederich August von Hayek, tem-se em mira uma ordem que possibilita a utilização do conhecimento e das capacidades de todos os membros da sociedade. Para tanto, utiliza a descentralização da coordenação social, que origina um intercâmbio entre os membros e, em consequência, uma eficiente produção material.

³ HAYEK, Frederich August von. **Direito, Legislação e Liberdade**. São Paulo: Editora Visão, 1985, vol. 1, p. 38.

⁴ HAYEK, Frederich August von. *apud* SMITH, Adam. **Wealth of Nations**. E. Cannan, vol. 1, p. 421.

⁵ Notar-se-á que Adam Smith será muito utilizado nesse trabalho. Isso porque, Frederich August von Hayek traz consigo a herança smithiana do liberalismo, quanto ao mercado e à ordem espontânea. Outrossim, ambos enfatizam o papel das normas nesses sistemas. Em Adam Smith encontra-se o início de uma ordem social e econômica espontâneas, e em Frederich August von Hayek a versão contemporânea da teoria do mercado smithiana.

O Liberalismo oferece subsídios para a manutenção e evolução da organização social, destaca-se o papel da razão humana, intimamente ligado à noção de ordem espontânea. Crê, portanto, que as instituições sociais não são o produto de um planejamento racional consciente, ou seja:

Não seria exagero dizer que a teoria social começa com a descoberta da existência de estruturas ordenadas que são produto da ação de muitos homens, embora não resultem de intenção humana e que só devido a essa descoberta tem um objeto⁶.

Vale mencionar, que Celso de Castro ao discorrer sobre a mudança social e o direito aponta para a questão de que em diversas ocasiões somente análises posteriores de fatos ocorridos podem revelar as causas, fatores e circunstâncias dos mesmos, considerando suas conseqüências. Entende-se que assim como Frederick August von Hayek pensa a sociedade desenvolve-se de maneira natural e espontânea e com isso, nos dizeres de Celso de Castro, “o fato social é dinâmico. Um fenômeno presente não raro é conseqüência de um anterior, causa de um posterior e circunstância para outro presente”⁷.

Com foco na ordem jurídica, a ordem espontânea tem papel fundamental pois é responsável pela regulamentação da atividade econômica por intermédio das instituições jurídicas criadas para oferecer regras de conduta. Porém, na sua visão, apesar de tais criações serem fruto das intenções dos governantes, na verdade, são conseqüências da ordem social e econômica, ou melhor, são necessidades surgidas a partir das inúmeras situações factuais e da observância de normas ainda não positivas, mas observadas pelos indivíduos.

Cita-se novamente Celso de Castro⁸ quando esse pondera sobre o direito e o sistema social, em sua obra, e traz o pensamento do sociólogo norte-americano (contribuinte para o evolucionismo social) Talcott Edgar Frederick Parsons que assevera:

Como o sistema social é construído pela interação e indivíduos humanos, cada membro é ator (que tem objetivos, idéias, atitudes etc.) e o objeto de orientação, tanto para si mesmo como para os outros atores. Portanto, o sistema de interação é um aspecto analítico que pode ser abstraído dos processos totais de ação de seus participantes.

⁶ Idem, ibidem, p. 39.

⁷ CASTRO, Celso A. Pinheiro. **Sociologia Aplicada ao Direito**. São Paulo: Editora Atlas, 2003, 2ª edição, p. 95.

⁸ Idem, ibidem, p. 106.

Ao mesmo tempo, esses *indivíduos* são também organismos, personalidades e participantes de sistemas culturais.

O sistema social é visto por Parson, paralelamente à Frederich August von Hayek, como uma ordem que se adapta a medida que evolui tendo em vista a ação humana intencional na busca de objetivos individuais.

Assim, um dos pontos centrais a ser destacado diz respeito à ordem social e econômica e o seu caráter não intencional quanto a fins⁹. Nesta linha de raciocínio, o autor defende o crescimento natural, a evolução, as práticas e os princípios adotados espontaneamente pelos membros da sociedade, que permitiram a vida em grupo, ou socialmente organizada, culminando, assim, para a formação de uma ordem social.

Em tal ordem, as normas, geralmente, não podem ser logicamente dedutíveis, pois não se baseiam em premissas explícitas. Nas ordens espontâneas não há, portanto, regras pré-fixadas, ou positivadas, *a priori*, mas sim, uma consequência ou resultado de ações espontâneas que resultam na construção da sociedade.

Frederich August von Hayek explica que:

Neste caso estaremos frente a estruturas *resultante da evolução* dotadas de um grau de complexidade que assumiram – e só puderam assumir – por terem resultado de forças ordenadoras espontâneas. (...) Assim, apoiando-nos nas forças espontaneamente ordenadoras, tornamo-nos capazes de ampliar o âmbito ou abrangência da ordem cuja formação podemos induzir, precisamente porque sua manifestação específica dependerá de um número de circunstâncias muito maior do que podemos aprender – e, no caso de uma ordem social, porque essa ordem utilizará o conhecimento disperso entre todos os seus vários membros, sem que este venha jamais a se concentrar numa única mente, ou a se submeter aos processos intencionais de coordenação e adaptação realizados pela mente¹⁰.

Após estes delineamentos, surge a indagação: como a ordem humana pode decorrer da imprevisibilidade das ações individuais?

Efetivamente, nota-se que os membros de uma sociedade são capazes de coordenar as suas intenções e preferências, não prevendo o resultado destas em sua totalidade. Nesse sentido, o autor tem em vista seus próprios conhecimentos, dados que os rodeiam e portanto limitados.

⁹ No volume II da obra **Direito, Legislação e Liberdade**, Frederich August von Hayek discorre sobre a “coincidência de expectativas e planos que caracterizam a ordem do mercado e a natureza dos benefícios que auferimos”. Cf. HAYEK, *Op. cit.*, pp.39-40.

¹⁰ Idem, *ibidem*, pp.43-44.

A verdade é que o homem se adapta à civilização e nela sobrevive, pois suas ações são tomadas tanto com base em fatos particulares quanto em inúmeros outros fatos gerais dos quais sequer tem conhecimento, fruto da observância de normas que foram espontaneamente ou deliberadamente introduzidas no passado e que talvez, hoje, sejam obedecidas, respeitando os valores éticos e morais de uma determinada sociedade¹¹.

Com isso, o maior problema da ordem social na Grande Sociedade (Adam Smith) é o desconhecimento de fatos particulares que nos cercam e determinam os processos da sociedade¹².

Assim, a multiplicidade de fatos que tomam corpo dentro de um sistema como este nunca poderão ser totalmente explicados ou solucionados por qualquer ciência, pois é impossível que todos os fatos particulares sejam analisados profundamente, ou sequer previstos em uma fórmula ou em um teorema.

As ações humanas desconhecidas adaptam-se e são aceitas pela sociedade quando não moralmente ou eticamente condenáveis. Referida adaptação não somente consolida a organização social, como também permite que ela evolua a partir de uma ordem espontânea e não criada deliberadamente.

Enfatiza-se o papel das normas na manutenção e, de igual forma, na evolução da sociedade como um todo:

A questão de importância central tanto para a teoria social quanto para a política social é, pois, quais devem ser as propriedades das normas para que as ações isoladas dos indivíduos produzam uma ordem global. Algumas dessas normas serão obedecidas por todos os indivíduos de uma sociedade porque o ambiente se apresenta às suas mentes de maneira semelhante. Outras elas seguirão espontaneamente, porque serão parte de sua tradição cultural comum. Mas haverá ainda outras a que talvez precisem ser compelidos a obedecer, pois, embora fosse do interesse de cada um não levá-las em conta, a ordem geral da qual depende a eficácia de suas ações só advirá se as normas forem obedecidas por todos¹³.

¹¹ Assim, não há como se falar em conhecimento completo de todos os fatos relevantes quando se opta por agir de determinada maneira em detrimento de outra, ou melhor, quando se decide de acordo com a gama de informações que os indivíduos possuem, nunca com a totalidade daquelas presentes na sociedade.

¹² SCHUMPETER, Joseph Alois. **History of Economic Analysis**. New York, 1954, p.241. "The economic life of a non-socialist society consists of millions of relations or flows between individual firms and households. We can establish certain theorems about them, but we can never observe all".

¹³ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.* vol 1, p.47.

Dessa forma, os membros da sociedade seguem muitas normas das quais sequer têm conhecimento da sua positivação, dado o resultado positivo criado num determinado grupo em detrimento de outras tantas normas de grupos distintos as quais não provocaram resultados benéficos.

1.2. A ordem construída e a ordem que é fruto da evolução.

A ordem feita (*Taxis*), criada por uma força externa ao sistema, ou seja, num plano superior e distante, ou também exógena, é artificial. No âmbito social, chama-se de organização. Servem a um propósito específico e são relativamente simples, limitadas e concretas.

Por outro lado, a ordem que surge naturalmente (*Cosmos*), resultante da evolução, é autogeradora (endógena). No que tange ao âmbito social, classifica-se como espontânea. Esta não está limitada à vontade de um homem tampouco dele depende, mas é uma consequência de múltiplos fatores individuais, distintos, incontáveis, incontáveis e, muitas vezes, incompreensíveis relativamente à explicação lógico-científica. Seu progresso é um resultado do processo de evolução natural cujos resultados não podem ser previstos ou planejados.

A distinção entre esses dois conceitos é essencial para a compreensão do processo social, bem como, para a política social, como uma atuação humana que cria estruturas que, no entanto, não são intencionalmente produzidas. Lembra-se, assim, as lições de Adam Smith na sua expressão “mão invisível” que guia o homem a promover um fim às coisas, esse não fazia parte das suas intenções, como já mencionado.

Discorda-se, no entanto, que pelo fato de a ordem não ser intencionalmente criada, não seja ordem em absoluto. Mesmo que tenhamos uma evolução natural, deve-se perceber uma ordem, ainda que esta vise a objetivos concretos.

Como visto no tópico anterior, com a tese da “ordem espontânea”, demonstra-se que uma ordem social espontânea alcançará a interação social presente entre os indivíduos, culminando no surgimento de uma seleção evolutiva das regras de conduta.

Ao contrário, refuta-se que uma ordem social complexa seja resultado do construtivismo racionalista e da vontade humana deliberada. O resultado final de uma ordem feita, e não espontânea, é a realização de propósitos individuais.

Da descrição teórica até aqui exposta, Frederich August von Hayek aponta em seu pensamento a distinção entre uma ordem criada intencionalmente, e outra que se

forma e evolui com a própria sociedade de maneira espontânea. Aponta o contraste entre a uma ordem espontânea com uma organização cujos elementos e regras foram deliberadamente criados¹⁴.

Inserto no conceito de ordem encontram-se vários componentes que guardam relação entre si. No que tange à vida em sociedade, a correspondência entre as intenções e expectativas resultam nas razões para as ações de cada indivíduo.

Destarte, formulam-se teoremas no que tange à vida em sociedade que podem explicar as atitudes de cada um na busca de seus objetivos particulares e também podem prever os resultados dos atos praticados. Com isso, deve surgir uma ordem para elencar todos esses fenômenos complexos de uma sociedade, cujos resultados não são produzidos intencionalmente.

Com pesar, Frederich August von Hayek afirma que a concepção evolucionista foi sufocada e inverteu o significado do direito natural ao admitir que ele seria criado pela dedução a partir de premissas explícitas, ou seja, um direito fundado unicamente na razão. Os erros mais apontados quanto à abordagem evolucionista são: a) as ciências sociais não tomaram emprestados conceitos da biologia, mas, sim o contrário. Todavia, o desenvolvimento de instrumentos, ferramentas intelectuais, pelos biólogos permitiu a compreensão de conceitos sociais como evolução e formação espontânea; b) a teoria da evolução não se baseia nas leis da evolução, como enunciados que podem prever fatos futuros, ou melhor, o curso futuro da evolução.

Com isso, permanece a crítica quanto à maneira de construção das leis, essas, sempre racionalmente justificadas e fruto da intenção humana que envolve o uso da linguagem quer oral, escrita ou outro meio de comunicação.

Nesse sentido, atribui à linguagem os erros no que tange às estruturas ordenadas ou seu funcionamento, ressaltando que as diferentes disciplinas utilizam os mesmos termos para designar conceitos distintos.

¹⁴ Frederich August von Hayek, ao iniciar o capítulo dois (*Cosmos e Taxís*), da primeira parte do livro **Normas e Ordens**, cita Adam Smith, destacando a relevância do texto: "The man of system seems to imagine that he can arrange the different members of a great society with as much ease as the hand arranges the different pieces upon a chessboard. He does not consider that the pieces upon the chessboard have no other principle of motion besides that which the hand impresses upon them; but that, in the great chessboard of human society, every single piece has a principle of motion of its own, altogether different from that which the legislature might choose to impress upon it. If those two principles coincide and act in the same direction, the game of human society will go on easily and harmoniously, and is very likely to be happy and successful. If they are opposite or different, the game will go on miserably and human society must be at all times in the highest degree of disorder". SMITH, Adam. **The Theory of Moral Sentiments**. London, 1759, Part 6, ch. 2, penultimate paragraph.

Assim, não haverá uma concordância universal quanto à unificação dos conceitos ou significados no uso e na menção de determinados termos. Ou seja, a linguagem nunca será universal, num idioma específico, quiçá em línguas diferentes. A que mais se aproxima da exatidão é a matemática, pois tem sua expressão reduzida a símbolos dissociados de emoção ou qualquer outro elemento cultural, social, ou algum outro, que possa interferir na interpretação, significado e significação.

1.3. Uma ordem à vista de interesses individuais e coletivos.

Frederich August von Hayek afirma que

um estado de liberdade em que todos possam usar seu conhecimento com vistas a seus propósitos, limitados apenas por normas de conduta justa de aplicação universal. Tenderá a propiciar-lhes as melhores condições para a consecução de seus objetivos; e que tal sistema, provavelmente, só será conquistado e mantido se toda autoridade – nela compreendida a da maioria do povo – for limitada, no exercício do poder coercitivo, por princípios gerais com que a comunidade se tenha comprometido¹⁵.

Neste aspecto, a ordem espontânea assegura a liberdade individual, bem como o benefício da coletividade, indistintamente, deixa os membros da sociedade livres para perseguirem seus próprios projetos¹⁶.

É válido asseverar que a liberdade supramencionada foi preservada através dos tempos, tendo em vista o respeito aos princípios citados, sem, contudo, que todos eles estejam fixados em normas, expedidas pelos poderes competentes, o que pode ser pensado como uma ordem normativa não positivada, na acepção jurídica do termo.

Outrossim, tal liberdade é resultante da expectativa e da busca individual de objetivos sem que tal atitude impeça que seu próximo faça o mesmo, ou seja, a busca individual não pode restringir o direito que o próximo tem de perseguir seus objetivos. Adam Smith declara que “todo homem desde que não viole as leis da justiça, permanece perfeitamente livre para buscar seu próprio bem-estar a seu modo específico”¹⁷.

¹⁵ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. I, p. 64.

¹⁶ Cabe ao Direito verificar as situações que ocorrem no mundo natural e dizer a quem pertence essa ou aquela coisa, também cabe ao Direito delimitar o campo de atuação dos indivíduos, de modo a não interferir na ordem global.

¹⁷ SMITH, Adam. **Wealth of Nations**. London: E. Cannan, 1930, vol. 2, p. 184; cf. também. LOCKE, J. **Second Treatise on Government**. Cambridge: P. Laslett, 1960, section 22: “A liberty to follow my own

Na totalidade das buscas individuais, dentro de um universo coletivo, há respeito ao sistema, ainda que não expresso em documento algum, mas sim orientado por valores gerais naturalmente apreendidos pelos sujeitos.

A salvaguarda do sistema é realizada ainda que seja necessário repelir certa medida que vise a consecução de resultados específicos, se tal ação conflite com uma norma geral.

As normas, por preverem regras gerais e abstratas, permitem que os membros que delas se utilizam gerem em si mesmos – e também nos outros – expectativas com base em sua gama de conhecimentos. De acordo com os comandos previstos, pode-se afirmar que a probabilidade da ocorrência desse ou daquele evento se confirme.

Frederich August von Hayek afirma que numa mudança desse sistema, por intermédio das normas, pode frustrar algumas expectativas. Todavia, em decorrência dos novos elementos criados, surgirão, de igual forma, novas expectativas.

Na busca individual, as normas gerais, pré-fixadas, não podem proteger todas as expectativas de cada um em sua totalidade. Mesmo porque há interesses distintos a serem tutelados e objetivos específicos a serem alcançados por cada um. Dessa maneira, as expectativas momentâneas – legítimas – individuais serão frustradas num determinado nível, sempre.

Pode-se, inclusive, atribuir-se o caráter individual a determinados grupo, como se a vontade deste representasse a de cada indivíduo que dele faz parte. Assim, nota-se claramente que pelos interesses de determinados grupos, as normas são confeccionadas colimando a satisfação dessa pequena parcela de indivíduos em detrimento de todo o resto.

A crítica, nesse caso, reside no fato de que a ordem geral abstrata é ferida pela vontade de determinada classe com o auxílio do poder delegado aos representantes (a atuação dos legisladores nesse contexto será analisada adiante). Ainda, é válido questionar se os agentes políticos eleitos num sistema democrático respondem pelo interesse da sociedade como um todo ou somente daqueles que o elegeram, seja uma determinada região, distrito, um grupo ou uma classe de maneira específica.

Por outro lado, as normas devem garantir a não interferência de terceiros de modo a prejudicar ilegitimamente a consecução dos objetivos individuais. Ou seja, as

normas devem delimitar a interferência de outrem enquanto busco meus objetivos e procuro satisfazer minhas expectativas legítimas sem colidir com meu próximo.

Assim, tendo em vista as normas que não preveem um objetivo particular específico, mas sim geral e abstrato, possibilitando gerar expectativas nos membros, afirma-se que o Direito serve à formação de ordem espontânea. Há, no Direito, a forma e os meios para busca de objetivos e êxito nos resultados ainda não conhecidos, que somente se formarão com a ação e reação de seus membros.

1.4. Propriedades de uma ordem espontânea

Após a noção geral de ordem espontânea (*Cosmos*) e ordem criada (*Taxis*), é preciso discorrer sobre as propriedades estruturais da ordem que, segundo Frederich August von Hayek:

Essas ordens são relativamente simples ou, pelo menos, limitam-se necessariamente a tais graus de complexidade moderados como seu criador pode compreendê-los, são geralmente concretas no referido sentido em que sua existência pode ser intuitivamente percebida por observação¹⁸.

Todavia, não é o que ocorre quando a “ordem espontânea” (*Cosmos*) e o grau de complexidade não se limitam ao que a mente humana pode dominar.

Para explicar o conteúdo da ordem espontânea e os graus da complexidade, o autor discorre sobre algumas propriedades, a seguir analisadas.

A priori, as ordens espontâneas não são complexas, mas podem atingir a mais alta complexidade. Explica-se: os elementos que estão diretamente envolvidos na ordem podem ultrapassar a capacidade humana de processamento. Assim, quanto maior for o número de fatores particulares, mais alto o grau de complexidade da ordem.

Tais fatores, muitas vezes não são frutos de uma ordenação humana intencional, não nascem de um propósito específico e não são delimitados por regras e, por este motivo, a mente humana não é capaz de processar a totalidade destes fatores e, em consequência, a ordem se torna complexa.

Quanto à abstração, esclarece-se que as ordens espontâneas consistem em um conjunto de relações abstratas, de modo que é possível visualizar, separadamente, os elementos que compõem a ordem. Tendo em vista que as ordens espontâneas não

¹⁸ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. I, p. 40.

são abstratas, mas sim, os elementos que a compõem, elas não são intuitivamente perceptíveis e identificáveis.

Frederich August von Hayek afirma que as ordens possuem um caráter abstrato, ou seja, elas existem enquanto existirem seus elementos particulares:

A importância do caráter abstrato de tais ordens se baseia no fato que podem persistir enquanto todos os elementos específicos que as integram, e até mesmo o número de tais elementos, mudam. Tudo o que é necessário para preservar essa ordem abstrata é que uma determinada estrutura de relações seja mantida, ou que os elementos de um certo tipo (mas variável em número) continuem a relacionar-se numa determinada maneira¹⁹.

Imperioso se faz lembrar que, quanto às propriedades, estamos tratando apenas da ordem espontânea e não da ordem criada. É preciso repetir que estamos tratando da ordem que é resultado de uma evolução de elementos e relações. Nesta linha de raciocínio necessita-se relacionar a ordem espontânea com o conceito de propósito. O uso do termo propósito é uma espécie de “taquigrafia teleológica”:

(...) como tem sido chamado por biólogos, é inquestionável contanto que não impliquem uma consciência dos propósitos por parte dos elementos, mas significa apenas que os elementos têm regularidade de condutas propícias à manutenção da ordem – presumivelmente porque aqueles que agem de certas maneiras tinham dentro da ordem resultante de uma melhor chance de sobrevivência do que os que não fizeram. Em geral, no entanto, é preferível evitar, nesse contexto, o termo ‘propósito’ e falar de ‘função’²⁰.

O objetivo é relacionar a ordem espontânea com a ausência de um propósito pré-determinado por esse ou aquele agente.

A finalidade maior é assegurar a preservação ou a restauração da ordem e um bem comum superior ao individual e atingindo o coletivo, ou seja, as oportunidades devem garantir o maior número de possibilidades a todos que compõem a ordem sem qualquer distinção – expectativas.

¹⁹ Idem, ibidem, p. 41.

²⁰ Idem, ibidem, p. 41.

Capítulo 2

O Sistema Normativo na obra de Friedrich August Hayek

2.1. Legislação e Direito

Antes de discorrer sobre o sistema normativo, brevemente, resta evidente a distinção entre legislação e direito. Aquela, criação intencional do homem e esta, jamais inventada, que utilizando os ensinamentos de Immanuel Kant, trata-se do conhecimento *a priori*, que não deriva da vivência ou da experiência.

O filósofo ensina que:

Se, porém, todo o conhecimento se inicia *com* a experiência, isso não prova que todo ele derive *da* experiência. Pois bem poderia o nosso próprio conhecimento por experiência ser um composto do que recebemos através das impressões sensíveis e daquilo que a nossa própria capacidade de conhecer (apenas posta em ação por impressões sensíveis) produz por si mesma, acréscimo esse que não distinguimos dessa matéria-prima, enquanto a nossa atenção não despertar por um longo exercício que nos torne aptos a separá-los²¹.

Afora a afirmação que a legislação é criação intencional do homem, Frederich August von Hayek vai além, asseverando que a legislação é um invento relativamente recente na história da humanidade:

Ela proporcionou aos homens um instrumento extremamente poderoso, de que necessitavam para realizar algum bem, mas que ainda não aprenderam a controlar de tal modo que não gere grande mal. Abriu ao homem possibilidades inteiramente novas e deu-lhe um novo senso de poder sobre seu destino²².

Nota-se a preocupação do autor quanto à possibilidade desse poder ser utilizado visando unicamente os interesses particulares daqueles que o detém e mais questiona a quem tal capacidade deveria ser delegada. Conclui que teremos uma sociedade que se degradaria se tal faculdade fosse atribuída a homens maus.

Já, com relação ao direito, afirma ser tão antigo, que equipara ao surgimento da sociedade,

²¹ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001 5ª Edição, p. 62.

²² Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. I, p. 82.

...muito antes que o homem desenvolvesse a linguagem ao ponto de esta lhe permitir enunciar determinações gerais, um indivíduo só seria aceito como membro de um grupo na medida em que conformasse às suas normas...para o homem moderno, por outro lado, a idéia de que toda lei que governa a ações humana é produto de legislação parece tão óbvia, que a afirmação de que o direito é mais antigo que a legislação se lhe afigura paradoxal. No entanto, não pode haver duvida de que existiam leis séculos antes de ocorrer ao homem que ele podia fazê-las ou alterá-las²³.

Averigua-se o início do pensamento sobre o sistema normativo ao identificar a afirmação que “se não há lei, não existe liberdade”²⁴. Nesse contexto, a lei não surgiu colimando restringir a liberdade, mas, sim, ampliá-la. Ressalta-se que à lei não é atribuída a mesma concepção de normas.

O sistema normativo existe na sociedade desde que há uma convivência pacífica entre o determinado grupo de seres humanos, ou seja, uma coletividade capaz de observar e reconhecer certas regras de condutas e aceitar práticas comuns.

Assim, aceitavam-se mutuamente as normas, mas o fazer leis, intencionalmente, ainda estava distante daquela sociedade primitiva, novamente, as normas existiam independentemente da vontade humana intencional.

Todavia, chama-se a atenção para o erro atualmente difundido de que toda a lei – aqui como sinônimo de norma – é fruto da vontade do homem, produto de um legislador. Incoerência constante na teoria construtivista, na qual, todo o sistema é planejado com antecedência pelo homem e posto em prática determina as normas de conduta a serem aplicadas, indo de encontro à evolução natural das normas e seu surgimento anteriormente à sua expressão em algum *códice*.

2.2. Surgimento da norma e o conceito mutável do Direito.

Seguindo uma ordem cronológica do pensamento de Frederich August von Hayek, em uma “ordem espontânea”, as normas não precisam, necessariamente, serem positivadas, mas sim, que estejam presentes na sociedade os elementos que baseiem as ações dos membros, de tal modo que se possa reconhecer tais regras.

Faz-se importante lembrar aqui que quanto mais uma norma é voluntariamente obedecida, sendo ela expressa ou não, maior é a possibilidade de sua efetividade.

²³ Idem, ibidem, p. 83.

²⁴ Idem, ibidem, p. 14.

Obediência, essa, voluntária que revela a liberdade e autonomia do indivíduo em suas ações²⁵. Diante dessa afirmação, cita-se o filósofo alemão Immanuel Kant²⁶, pois o mesmo identifica igual procedimento quando esse assunto está relacionado com a moral e a educação; para ele a felicidade é advinda da moralidade e da sabedoria do homem.

Assim, o filósofo traz a baila que a obediência de uma criança deve ser voluntária e não imposta de uma forma absoluta. Aquela, por livre e espontânea vontade; e essa última por pressão e obrigatoriedade. A obediência absoluta de uma criança deve dar lugar à obediência voluntária do adolescente que reconhece o dever de cumprir as normas – morais – presentes na sociedade.

Em meados do século XIX, foi finalmente estabelecido o poder de fazer vigorar leis, juntamente com o surgimento do poder governamental propriamente dito.

Neste aspecto, ressalte-se que o princípio da separação de poderes – tanto quanto o da soberania – surgiram no século XIX.

O princípio da separação de poderes, embora tenha tido sua sistematização na obra de Montesquieu, que o empregou claramente como técnica de salvaguarda da liberdade, já havia causado impacto na Idade Média e nos tempos modernos.

Frederich August von Hayek afirma que o surgimento deste “poder de fazer leis” foi apenas uma aparente vitória do ideal democrático, uma vez que deu à autoridade governamental todas as condições para fazer leis que melhor favorecessem a consecução de seus objetivos.

Em que pese se tratar de uma “aparente” democracia foi o primeiro passo para a ideia da soberania popular ilimitada. Rosseau compôs esta noção no seu **Contrato Social**, de 1762:

²⁵ SANTOS, Gisele Amaral dos. **Sentido Espiritual de Lei em Filo de Alexandria. Em torno da Metafísica**. Marta Luzie de Oliveira Frecheiras e Márcio Petrocelli Paixão (orgs.). Rio de Janeiro: 7 Letras, 2001. p. 119 e 120: “(...) os homens ‘não precisavam de leis e sequer conheciam a escrita’ (...) a ausência de lei escrita nos remete igualmente a um tempo longínquo em que os homens eram pouco numerosos e que, sem conhecerem a inveja nem a disputa, viviam como pastores nas montanhas (...) sentido de uma distribuição equilibrada, portanto, justa (...) natureza não pertencendo, por isso, a nenhuma legislação tipicamente humana. (...) hábito de uma comunidade não havia ainda a necessidade de transformar numa ‘lei escrita’. (...) costumes de um povo funcionavam como ‘leis intermediárias’ entre as leis escritas’, já promulgadas, e as leis que ainda viriam. A obediência a essas leis dava-se, por conseguinte, de maneira voluntária.(...)”

²⁶ Kant, Immanuel. *Réflexions sur l' éducation*. Tradução de A. Philomenko. Paris: J. Vrin, 1980, p.17.

A primeira e mais importante consequência dos princípios acima estabelecidos está em que somente a vontade geral tem possibilidade de dirigir as forças do Estado, segundo o fim de sua instituição, isto é, o bem comum; pois, se a oposição dos interesses particulares tomou necessário o estabelecimento das sociedades, foi a conciliação desses mesmos interesses que a tornou possível. Eis o que há de comum nesses diferentes interesses fornecedores do laço social; e, se não houvesse algum ponto em torno do qual todos os interesses se harmonizam, sociedade nenhuma poderia existir. Ora, é unicamente à base desse interesse com um que a sociedade deve ser governada. Digo, pois, que outra coisa não sendo a soberania senão o exercício da vontade geral, jamais se pode alienar, e que o soberano, que nada mais é senão um ser coletivo, não pode ser representado a não ser por si mesmo; é perfeitamente possível transmitir o poder, não porém a vontade²⁷.

Frederich August von Hayek defende que o conceito original de lei não se revelou de imediato e propõe um modelo constitucional representativo que denominou de “demarquia”.

Neste modelo constitucional, haveria duas atribuições distintas: a da legislação e a do governo, que seriam executadas por duas entidades monocráticas distintas e totalmente independentes entre si.

Muito embora a pretensão do presente trabalho não seja discorrer sobre este modelo constitucional, é essencial para elucidar a evolução no surgimento da norma.

As reações dos indivíduos às normas devem ser, em algum grau, iguais; nesse sentido, há uma observância mínima a uma ordem mesmo que o elemento do grupo não conheça a totalidade das normas, daí a abstração da ordem espontânea.

O austro-húngaro chama tal situação de norma instituidora de ordem espontânea, e nesse sentido, à medida que essa norma precisa de aperfeiçoamento, esta se altera, produzindo uma norma intencional, o que cria uma ordem deliberadamente construída. Ressalte-se que a ordem construída deriva da espontânea, tendo em vista a observância de uma norma que surgiu espontaneamente e somente após ter manifestado vontade para a regulação da mesma.

Destarte, apenas no final da Idade Média é que a ideia de que o homem poderia fazer leis ou alterá-las teve aceitação geral e, daí em diante, iniciou-se a concepção do positivismo jurídico.

²⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Edição: Ridendo Castigat Mores, Versão para eBook, eBooksBrasil.com. Fonte Digital, www.jahr.org. Último acesso em 25/09/2009.

2.3. As normas observadas e o direito positivo.

A aprendizagem do homem em observar e depois verbalizar as normas foram passos fundamentais na evolução do direito. Além disso, as normas evoluíram na medida em que levaram à formação de uma ordem que abrange todas as atividades da sociedade, ou seja, passaram a ser normas gerais de conduta.

Ademais, podemos lembrar que quanto mais uma norma é obedecida, sendo ela expressa ou não, mais os membros da sociedade tendem a incorporá-la às suas ações. Ou seja, pela observância e regularidade sabe-se se uma norma é eficaz ou não.

Aponta-se que as normas sempre existiram, quer por serem transmitidas, quer por serem inatas, e não por terem sido inventadas. Nos primórdios dos tempos, sua função era a preservação do grupo. A norma poderia ser reconhecida por intermédio da prática reiterada de agir ou não dessa ou daquela maneira direcionada por seu conteúdo ou pelo costume.

Mesmo nos tempos atuais, o conjunto de normas não é somente aquele expresso num determinado código ou aquele que compõe a legislação esparsa, mas sim, a soma de todas estas, mais aquelas que são oralmente transmitidas entre os indivíduos e de geração em geração.

Essas regras coordenam a ordem social espontânea, as normas observadas pela maioria dos elementos daquele grupo específico. Dessa forma, proporciona-se uma evolução, não somente do sistema, como também das normas que, obedecidas voluntariamente, permitem que haja vida social entre os indivíduos.

Crucial no seu pensamento, também, é a constatação de que as normas existem invariavelmente antes de serem expressas, mesmo verbalizadas. Isso porque, ao enunciar uma norma – em uma ou mais proposições – os seus “legisladores” estão somente descobrindo conteúdos normativos, que já estão presentes em um grupo/sociedade, nada há de novo nesses casos.

Diante disso, lembra-se que no decorrer do presente trabalho muito se discorreu sobre uma ordem espontânea e normas que nascem não pela sua edição proposital, mas sim pelo fato de que os membros de uma determinada sociedade adotam tais regras de forma livre, e ao longo do tempo, elas se consolidam, podendo, ou não, serem expressas em algum documento.

Nesse contexto, destaca-se o pensamento de Friedrich Carl von Savigny, para quem o direito não é fruto da razão humana, mas sim criado “pelas forças silenciosas do espírito do povo”²⁸, coadunando com a noção de Frederich August von Hayek no que tange à espontaneidade da ordem e, inclusive, à evolução das normas.

Todavia, essa não é a única corrente doutrinária existente quanto à formulação das normas e das leis. Discorrer-se-á, assim, sobre dicotomia em relação à criação normativa no bojo de uma coletividade: o *jus* positivismo e o *jus* naturalismo, dualismo que fundamenta todo o pensamento jurídico ocidental²⁹.

Norberto Bobbio elenca seis critérios para a distinção entre o direito natural e o direito positivo, não se fará uma análise aprofundada, mas é de grande valia citá-las, a saber:

a) o primeiro se baseia na antítese universalidade/particularidade e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao positivo, que vale apenas em alguns lugares (Aristóteles, Inst. – 1ª definição); b) o segundo se baseia na antítese imutabilidade/mutabilidade: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda. (Inst. – 2ª definição –, Paulo); esta característica nem sempre foi reconhecida: Aristóteles, por exemplo, sublinha a universalidade no espaço, mas não acolhe a imutabilidade no tempo, sustentando que também o direito natural pode mudar no tempo; c) o terceiro critério de distinção, um dos mais importantes, refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese *natura-potestas populus* (Inst. – 1ª definição –, Grócio); d) o quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós (isto é, os destinatários), e lastreia-se na antítese *ratio-voluntas* (Gluck): o direito natural é aquele que conhecemos através de nossa razão. (Este critério liga-se a uma concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalista da filosofia.) O direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação); e) o quinto critério concerne ao objetivo dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados pelo direito natural são por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vetado) (Aristóteles, Grócio); f) a última refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil³⁰.

²⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft** (1814), In: **Thibaut und Savigny**. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften, 1959, p. 72 ss.

²⁹ Lembra-se que quanto ao seu conteúdo tais vertentes já se encontravam no pensamento grego (Platão e Aristóteles) e latino.

³⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2006, p. 22 e 23.

O positivismo normativista desenvolveu-se na segunda metade do século XIX, de modo que, historicamente, somente se fala em positivismo (e não somente Direito positivo) na modernidade, concebendo o Direito e suas normas como algo dedutível logicamente, excluindo-se qualquer proposição metafísica ou ligada a valores. A obra que pode ser considerada marco para tal corrente é a de Hans Kelsen, publicada no ano de 1934 e intitulada **Teoria Pura do Direito**.

Tal teoria faz distinção entre ser (*Sein*) e dever-ser (*Sollen*), também denominado dualismo metódico, em que Hans Kelsen consegue distinguir entre o fenômeno jurídico puro e o não jurídico (cultural, sociológico, religiosos, etc.).

ser e dever-ser diferem entre si na mesma medida em que as ciências sociais (humanas) diferem das ciências naturais (físico-matemáticas). Essa diferenciação repousa na distinção provocada pelos termos causalidade e imputação e suas conseqüências lógico-teóricas. Condição e conseqüência estão ligadas não segundo um princípio de causalidade, mas segundo o princípio de imputação³¹.

Outrossim, tal teoria é adequada a uma dualidade entre a descrição e a prescrição de um comando, ou seja, uma condição descrita pela norma que importa numa conseqüência jurídica, é na verdade a imputação, ou não, de uma sanção a um comportamento antijurídico descrito no antecedente normativo. Se *A* então dever-ser *B*.
Lourival Vilanova ensina que

quando Kelsen contrapõe o dever-ser (imputabilidade) à causalidade está tomando o dever-ser como uma forma de síntese, o dever-ser em sua função epistemológica: uma forma gnosiológica de relacionar os dados da experiência. Tanto que esse dever-ser coloca-se no nível da proposição com que a Ciência-do-Direito descreve o dever-ser no nível da norma jurídica, cuja expressão lingüística é a proposição normativa, onde se preceituam o proibido, o obrigatório e o permitido. É bem certo, por outra parte, como observa Von Wright, as proposições deônticas comportam dois usos: o uso descritivo e o uso prescritivo. No primeiro, informa-se em que vetor está a conduta dirigida (se está proibida, permitida ou é obrigatória); no segundo, propriamente prescreve-se o que fazer e o que omitir, seja permitindo, proibindo ou obrigando³².

Com isso, afirma-se que:

³¹ KELSEN, Hans. **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Apud. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Jurídico Atlas, 4ª edição, p. 337.

³² VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. São Paulo: Editora Noeses, 2005, p. 75.

causalidade (ciências naturais) e imputação (ciências sociais) passam a ser as grandes categorias com bases nas quais Kelsen estrutura seu pensamento. Como derivação dessa distinção decorrem inúmeras conseqüências teóricas, sobretudo ligadas à distinção entre ser e dever-ser³³.

A pureza na teoria é exposta pela eliminação de todos os elementos que não dizem respeito ao Direito, mas sim a outras disciplinas como a psicologia e a sociologia, que, por sua vez, não são, necessariamente, relacionadas com os conceitos jurídicos. Anula-se, dessa forma, qualquer contaminação externa, sua ontologia seria conferir cientificidade à teoria.

Assim,

se ela se designa como 'pura' teoria do direito, isso significa que apenas se propõe assegurar um conhecimento dirigido ao direito e que quer excluir deste conhecimento tudo o que não pertença ao objeto determinado precisamente como direito. Quer dizer: ela quer libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos³⁴.

Novamente, aponta que da ordem jurídica emana proposições que determinam um comportamento estatal específico, que imputa uma sanção se uma pessoa agir em contrariedade com o dispositivo aplicado.

De igual forma, essa teoria afirma que o próprio órgão estatal será sancionado se deixar deliberadamente de aplicar a sanção prevista, tendo em vista um comportamento infrator praticado por alguém, visto que há uma obrigação no cumprimento.

Todavia, para que essa cadeia não regresse ao infinito, sem sentido racional, faz-se importante observar algumas questões, pois

prosseguir, no entanto, nesse questionamento significa não alcançar nenhum resultado sensato, pois a competência para editar normas jurídicas sempre decorre de outra norma, e esta, por sua vez, somente pode ter sido editada por uma autoridade competente³⁵.

Hans Kelsen formulou uma norma hipótese fundamental (Grundnorm), que sustenta todo o ordenamento, sem contradições e dotado de sentido. Essa formulação é um pressuposto de validade sistêmica objetiva.

³³ BITTAR, **Eduardo Carlos Bianca**; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Jurídico Atlas, 4ª edição, p. 337.

³⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 7ª ed. 2006, p. 1.

³⁵ COELHO, Fábio Ulhôa. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, pp. 11-12.

Analisando a segunda corrente, aos que ela se filiam, afirma-se que o direito positivo (*lex humana*) é fruto do direito natural (*lex naturalis*). Acredita-se que se podem deduzir as fórmulas do direito positivo a partir da natureza humana. A lei natural não comporta variação em seus conceitos, é imutável, e não depende de legisladores humanos, que aplicam princípios ali apreendidos e ajusta às situações reais da vida do homem.

Traços dessa corrente podem ser encontrados na Grécia Antiga, mais especificamente no texto “Antígona”, de Sófocles, em que o Rei Creon proíbe o sepultamento de Polinice, irmão de Antígona. Tal determinação é desrespeitada e o sepultamento ocorre sob a alegação de que acima da ordem real positiva deveriam se cumprir leis não escritas, cuja existência seria eterna, sendo o homem incapaz de desafiá-las, sob pena de enfrentar a vingança divina.

Tomás de Aquino, ao expor sua ética na *Suma Teologica*, estabelece dois princípios: direito natural e direito positivo. A primeira é *per modum conclusionis* em que a conclusão deriva da dedução de uma razão eminentemente teorética. A segunda propõe a conclusão *per modum determinationis*, ou seja, há uma determinação concreta, exata, partindo-se de princípios, de modo que nas leis criadas pelos homens, haverá maior precisão na aplicação dos princípios das leis naturais, tendo em vista a enorme gama dos casos particulares registrados no meio social.

Na obra citada, observa-se a seguinte afirmação:

Mas deve notar-se que uma coisa pode derivar-se da lei natural de dois modos: primeiro, como as conclusões derivam de um princípio; segundo, por meio de determinação, como as determinações de certas noções comuns.” À frente, ele distingue os referidos pilares afirmando que “certas coisas, portanto, derivam de princípios comuns advindos da lei da natureza no que ele denomina ‘*modum conclusionis*’ como por exemplo: ‘ninguém deve ser assassinado’ pode derivar como conclusão da expressão ‘o mal não deve ser feito a ninguém’. Certas coisas, entretanto, derivam no que ele denomina ‘*modum determinationis*’, como por exemplo a lei da natureza determina que aquele que erra, ou ofende uma norma, deve ser punido; mas, o infrator merece ser punido por essa ou aquela penalidade, essa é uma determinação particular, específica, advinda da lei da natureza³⁶ (tradução livre).

³⁶ AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teologica**. Texto latino de la edición crítica Leonina. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, Tomo VIII, 1-2 q. 95 a.2, 1947, 2ª ed. Trad. Francisco Barbado Viejo “Sed sciendum est quod a lege naturali dupliciter potest aliquid derivari: uno modo, sicut conclusiones ex principiis; alio modo, sicut determinationes quaedam aliquorum communium.” Afrente ele distingue os referidos pilares afirmando que “derivantur ergo quaedam a principiis communibus legis naturae per modum conclusionum: sicut hoc quod est non esse occidendum, ut conclusio quaedam derivari potest ab

Arthur Kaufmann, ao distinguir o direito natural iluminista e o racionalismo, estabelecendo a ruptura com a teocracia, em que Deus é a fonte última do direito natural, aponta que o jusnaturalismo “se baseava na convicção de que se poderiam obter os conteúdos jurídicos de forma puramente dedutiva a partir da ‘natureza’ do homem”³⁷.

Assim, para se alcançar as regras da natureza humana, a fonte última seria a reta razão instrumentalizada pelo método dedutivo, esse, guiado pelo pensamento matemático e geométrico.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz escreveu que

a concepção do direito natural objetivo e material (século XIII) foi, paulatinamente, substituída, a partir do século XVII, pela doutrina jusnaturalista de tipo subjetivo e formal, devido ao processo de secularização da vida, que levou o jusnaturalismo a arredar suas raízes teológicas, buscando os seus fundamentos de validade na identidade da razão humana. O direito natural tornou-se subjetivo enquanto radicado na regulação do sujeito humano, individualmente considerado, cuja vontade cada vez mais assume o sentido de vontade subjetiva e absolutamente autônoma. Nesta concepção jusnaturalista a natureza do homem é uma realidade imutável e abstrata, por ser-lhe a forma inata, independente das variações materiais da conduta. Nítida é a feição dedutiva desse jusnaturalismo, que é levado a propor normas de conduta pelo método dedutivo, por influência do racionalismo matemático, tão em voga na época; assim, a partir de uma hipótese lógica sobre o estado natural do homem, se deduzem racionalmente todas as conseqüências³⁸.

Interessante notar a lição de Paul Johann Anselm v. Feuerbach, crítico fervoroso do direito natural, embora admita que o homem possui direitos subjetivos, indisponíveis, e que devem ser positivados pois a positivação é uma característica “essencial e irrenunciável de todo o direito objectivo”³⁹.

Assim, quanto ao direito natural, assevera-se que ele emana da natureza humana e da existência de princípios gerais – e por que não legais – não escritos num documento que antecede, e até se superpõe, ao direito posto. Silvio de Salvo Venosa, citando Bernardino Montejano, expõe esse tema:

eo quod est nulli esse faciendum malum. Quaedam per modum determinationis: sicut lex naturae habet quod ille qui peccat puniatur; sed quod tali poena puniatur, hoc est quaedam determinatio legis naturae”.

³⁷ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Paris: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, 2ª edição. Tradução: Antonio Ulisses Cortês.

³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Compendio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p.39.

³⁹ FEUERBACH, Paul. J. von. **Die hohe Würde des Richteramts**. In: Festschrift für Karl Larenz, Geburtstag, 1983, p. 319 ss.

Direito Natural, em sentido estrito, é o justo natural, e em sentido derivado, são os princípios e normas jurídicas que regulam a vida social do homem, ainda que na ausência de toda ordenação positiva⁴⁰.

Diante desses dados doutrinários, encontramos na obra **Law, Legislation and Liberty** uma posição que pende ao jus naturalismo, ao criticar o positivismo – esse como fruto do construtivismo (que qualifica como falacioso) e que faz refém o sistema jurídico, ao afirmar que as normas e as instituições por ele criadas representam a consequência da vontade humana.

Colide frontalmente com a ideia de que o homem teve a capacidade de elaborar o sistema de normas, o ordenamento jurídico, pois a origem e a determinação das leis são resultado da vida em sociedade pré-humanas e humanas.

As normas gerais de conduta justa, segundo ele, não são uma expressão da vontade do legislador. Tal dado somente seria verdadeiro quanto se está em voga o direito público e as normas aplicadas à organização governamental, mas não ao direito privado, regente da conduta humana social. Sendo assim, para o positivismo, ambos os ramos do direito são constituídos de leis, em similitude integral, ou seja, não há diferença entre uma e outra.

Para Hans Kelsen, a norma extraída da lei é resultado da vontade humana, deliberada, e rege – de maneira justa – a sociedade; considera-se, assim, a pureza de sua teoria e a não existência de referência axiológica relacionada à moral, à religião, à política e etc.; diferentemente, para Frederick August von Hayek, as normas gerais são literalmente descobertas, descortinadas, e então, podem ou não ser expressas a partir de instrumento veiculador de norma (soberania dos princípios).

Outrossim, para o austro-húngaro, as leis não poderiam ser somente aquelas elaboradas pela vontade congressista, pois, invariavelmente, atenderia a vontade dos mesmos e não dos membros sociais em sua totalidade, dado o fato de terem sido criadas. Desta maneira, procura eliminar, por completo, a política de sua posição calcada na determinação, no direcionamento, da vida social. Além disso, estar-se-ia diante da possibilidade de anulação de direitos conquistados ao longo do tempo por um determinado povo, pois a ordem normativa estaria sujeita à vontade e ao poder de uma assembleia legislativa, com poderes ilimitados, visto que representa a maioria absoluta,

⁴⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito: Primeiras Linhas**. São Paulo: Jurídico Atlas, 2004, p.38.

ou a totalidade dos membros da sociedade; ademais, esta assembleia é capaz de interferir, de forma arbitrária, nas normas de conduta justas.

O autor é a favor do racionalismo evolucionista e assim tende a retirar o marcos normativos regulatórios da hegemonia dos políticos, transferindo-os para a ordem livre da sociedade e da economia (que ele também chama de ordem espontânea do mercado que será analisada neste trabalho), com a intervenção mínima do Estado, que estaria incumbido, somente, de garantir os processos de funcionamento e não interferir no processo de produção e não interferir no ideal social.

Trata-se da ordem espontânea como a sociedade, o que envolve tanto o âmbito público quanto o privado, tanto as instituições governamentais quanto a iniciativa privada, tanto as normas organizacionais – as quais ele denomina determinações específicas – quanto as normas gerais que regulam a conduta humana.

Assim, identifica duas ordens normativas co-existindo, porém em paralelo. A primeira, voltada às organizações⁴¹, que atribuem a cada ser uma conduta específica, posicionando-o em um determinado lugar na estrutura, com função delimitada e com um propósito estabelecido. Noção bastante rígida e inflexível no que tange às regras, regulamentando as ações dos indivíduos e das instituições. Por outro lado, a ordem espontânea⁴² regula a conduta humana de maneira geral, não possui um propósito específico, é aplicada de maneira indistinta tanto às pessoas quanto às situações, para todos os membros daquela sociedade “pelo menos para a totalidade das classes de membros não identificados individualmente”⁴³.

A relação do parágrafo acima com o positivismo se deve ao fato de que a ordem social atual alcançou um grau de complexidade que jamais poderia ser previsto e controlado, ou regulamentado, por qualquer norma emitida por um corpo legislativo.

A limitação encontra-se presente, nenhuma organização intencional seria capaz de prever todas as funções, posições e situações com antecedência, tampouco seus resultados.

Neste aspecto,

só podemos preservar uma ordem de tal complexidade não pelo método que consiste em dirigir seus membros, mas indiretamente, fazendo

⁴¹ Ordem com cunho concreto, pois seus comandos têm um propósito e um resultado específico pretendidos pelos dirigentes.

⁴² Essa é abstrata, pois seu conteúdo, situações e consequências não podem ser antevistos por qualquer membro.

⁴³ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol.I, p. 52.

cumprir e aperfeiçoando as normas que propiciam a formação de uma ordem espontânea⁴⁴.

Dessa forma, extrai-se há um viés favorável a uma modificação ou a um aperfeiçoamento nas normas gerais existentes, ainda que não positivadas, cujo objetivo final é aperfeiçoar a ordem espontânea.

Mesmo que ele admita o papel da intervenção estatal na elaboração das normas, mais uma vez, há um enfrentamento ao positivismo, pois não admite a edição expressa da norma *a priori*, mas, sim, *a posteriori*.

2.4. Transformação do Direito pela Legislação.

Vale lembrar que, segundo Hans Kelsen só as normas são suscetíveis de indagação teórico-científica⁴⁵.

Destaca-se que a ciência jurídica muito trabalhou na questão da fontes do direito e, em especial, a legislação, sem que o trabalho já tenha sido concluído.

Maria Helena Diniz destaca que

a grande maioria dos autores, ao se referirem ao problema das fontes jurídicas formais, mencionam dentre elas a lei, *lato sensu*, mas ao fazê-lo não estão olvidando que não é fonte do direito, mas sim o produto da legislação. A esse respeito Du Pasquier, com muita propriedade, utiliza-se de uma metáfora que vem esclarecer a questão, afirmando que, assim como a fonte de um rio não é a água que brota do manancial, mas é o próprio manancial, a lei não representa a origem, porém o resultado da atividade legislativa.

A legislação é, portanto, a atividade do Estado, na medida em que se traduz em lei, ou seja, enquanto se produz leis⁴⁶.

Por óbvio, a legislação surgiu como forma de explicitar as normas de conduta. Todavia, observa-se que houve um momento em que começaram as dúvidas sobre a eficácia da legislação:

o fato de que todo direito resultante da tentativa de explicitar normas de conduta possuirá necessariamente algumas propriedades desejáveis, que as determinações de um legislador podem não apresentar, não significa que, sob outros aspectos, esse direito não possa desenvolver-se em direções extremamente indesejáveis, e que, quando isso ocorre,

⁴⁴ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op.cit.*, vol. I, p. 53.

⁴⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Apud. DINIZ, M.H. *Op.cit.*, p. 284.

⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Editora Lejus, 2000, 2ª impressão, p. 58.

a correção por meio da legislação intencional não possa ser a única saída viável⁴⁷.

Apesar de tais dificuldades, Frederich August von Hayek deixa claro que não se pode dispensar a legislação e enumera três motivos.

Em primeiro lugar, afirma que

o desenvolvimento do direito emanado de decisões judiciais em casos concretos (*case-law*) dá-se, sob alguns aspectos, numa espécie de rua de mão única: depois de ter caminhado uma distancia considerável em certa direção, com freqüência não consegue retroceder quando fica claro que algumas implicações de decisões anteriores são indesejáveis. O fato de o direito que se desenvolveu dessa maneira ter certas propriedades desejáveis não prova que será sempre um bom direito ou mesmo que algumas de suas normas não possam ser péssimas. Portanto, não significa que podemos dispensar por completo a legislação⁴⁸.

Em segundo lugar, o desenvolvimento judicial do direito é lento, de modo que, dificilmente, adaptar-se-ia, com rapidez, às circunstâncias inteiramente novas.

O terceiro motivo justificador da necessidade da legislação é o mais importante e envolve a questão do conhecimento da norma antes que ela seja aplicada:

No entanto, talvez a razão mais importante seja que é não apenas difícil, mas também indesejável, que decisões judiciais invertam um desenvolvimento que já ocorreu e mostrou posteriormente ter tido conseqüências inconvenientes ou provou-se cabalmente errôneo. O juiz não estará desempenhando sua função se frustrar expectativas sensatas criadas por decisões anteriores. Embora possa aperfeiçoar o direito ao decidir sobre questões genuinamente duvidosas, o juiz não pode realmente alterá-lo, ou pode, no máximo, fazê-lo de modo apenas muito gradual no caso de uma norma que se tenha tornado bem assente; conquanto possa reconhecer claramente que outra norma seria melhor, ou mais justa, é evidente que seria injusto aplicá-la a transações ocorridas quando se considerava válida uma norma diferente. Em tais situações, é conveniente que a nova norma se torne conhecida antes de ser aplicada; e isso só pode ser efetuado pela promulgação de uma nova norma a ser aplicada apenas no futuro. Quando uma modificação real do direito se faz necessária, a nova lei só pode desempenhar adequadamente a função própria de toda lei, isto é, a de nortear expectativas, tornando-se conhecida antes de ser aplicada⁴⁹.

Assim, tendo em vista que o caminho do Direito é norteador por princípios gerais da justiça, indispensável é a legislação.

⁴⁷ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. I, p. 102.

⁴⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 102.

⁴⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 103.

Reitera-se aqui que o poder de determinar as normas de governo sempre existiu, mesmo antes da necessidade de se alterar normas à medida em que se reconhecia a necessidade dessa alteração. Este poder inicial de fazer normas possui estrita relação com as normas de disciplina no funcionamento das organizações de trabalho.

Neste aspecto, foram estas normas, de organização, que a elaboração de leis se tornou conhecida e aceitável.

Nos tempos modernos, com a ideia de que a legislação é única fonte de direito, duas ideias surgiram:

A primeira idéia é a de que deve haver um legislador supremo, cujo poder não pode ser limitado porque isso exigiria um legislador que detivesse um poder ainda maior, e assim por diante, numa regressão infinita. A outra é de que qualquer coisa estabelecida por esse legislador supremo é lei, e só é lei aquilo que expressa a sua vontade⁵⁰.

Assim, diante do risco contido no fato de atribuir ao legislador poderes ilimitados, é que surge a indiscutível necessidade de o poder legislativo fundamentar-se na opinião geral.

Numa ordem criada intencionalmente, as normas podem ser alteradas e aperfeiçoadas por intermédio da legislação. Afirma-se que esse é o principal instrumento de modificação da sociedade moderna, ainda que as alterações produzam resultados imprevistos num futuro.

Contudo, não no mesmo grau, mas também efetiva, é a transformação do sistema normativo – e até mesmo agente de atuação – na evolução da política; nesse sentido, o profissional do direito torna-se um instrumento voluntário de aperfeiçoamento, por intermédio de suas técnicas e hábitos.

A ação deste profissional dentro do sistema presta-se, inclusive, para preservar a ordem. Isso porque o sistema legal tem a construção de suas diversas partes em momentos distintos. Assim, são empregadas, nessa construção, intenções diferentes, apesar de formalmente manter uma harmonia e um equilíbrio sistemáticos. O militante do direito consegue, com o tempo, ajustar eventuais arestas ao aplicar os princípios gerais, mesmo que não expressos, mas sim implícitos, para solução de casos concretos.

⁵⁰ Idem, ibidem, p. 106.

Atribui-se ao operador do direito um papel importante no preenchimento de algumas lacunas e metaforicamente compara-o a um elo que une outros elos de uma corrente, essa o sistema como um todo, diz o autor que com o profissional o sistema ganha consistência.

Capítulo 3

Nomos e Thesis

3.1. *Nomos*.

Denominou-se *Nomos* o direito como salvaguarda da sociedade. Isto porque as sociedades que estavam sob o comando dos governos coletivistas tinham como único fim determinar a maneira de agir dos cidadãos e conduzi-los ao auxílio do governo para obter os seus subjetivos. Essas “ordens de comando” também eram denominadas de leis.

Quando trata de *nomos*, o autor destaca a função do juiz, o propósito do direito e a previsibilidade das decisões judiciais, que serão a seguir analisados.

O caráter distintivo das normas de conduta exigiu empenho dos juízes, o fortalecimento do ideal de liberdade se deu nas sociedades em que, por um longo período, prevaleceu a resolução de conflitos pelo juiz.

Este “direito” emanado das decisões judiciais (*Nomos*) possui um peculiar atributo, não encontrado nas legislações.

Referido atributo diz respeito ao fato de que o juiz é “uma instituição de uma ordem espontânea”, uma vez que ele é chamado para resolver um conflito que não se originou em determinações sobre as ações dos indivíduos dentro das normas de conduta. O juiz

sempre encontrará uma ordem desse tipo existindo como atributo de um processo contínuo em que os indivíduos são capazes de realizar seus próprios planos porque tem condições de formar expectativas acerca das ações de seus semelhantes, expectativas que contam com grande probabilidade de se confirmarem⁵¹.

Não se pode olvidar aqui uma contraposição à base do racionalismo construtivista ao mencionar que

é necessário libertar-nos inteiramente da concepção errônea de que pode haver uma sociedade que se constitui e, num segundo momento, se outorga suas próprias leis⁵².

⁵¹ Idem, ibidem, p. 110.

⁵² Idem, ibidem, p. 110.

Assim, só seria possível a união de homem em sociedade se os indivíduos observarem certas normas em comum.

Após a análise do atributo peculiar do direito emanado das decisões judiciais e de se contrapor sobre o racionalismo construtivista, Frederich August von Hayek conclui seu pensamento ressaltando: a) toda a autoridade deriva do direito; b) nem toda a lei pode ser produto da legislação; c) o poder de legislar pressupõe o conhecimento de algumas normas comuns que, aliás, também podem limitar esse poder.

É preciso ressaltar, ainda, que quando se fala de *nomos* está-se diante de quaisquer normas observadas na prática e não só aquelas aplicadas e criadas por uma organização.

Neste contexto, é papel do juiz decidir se as partes obedeceram às práticas nas quais se baseava a conduta cotidiana dos membros do grupo e é exatamente deste pensamento que surge a teoria indiscutível de que o costume é a forma mais antiga de expressão do direito.

Maria Helena Diniz lembra que:

Com o decorrer dos tempos, a legislação passou a ser a fonte imediata do direito. Mas o costume ainda continua a ser elemento importante e, algumas vezes, até insubstituível pela lei, como lembra Georges Renard. Deveras, a lei, por mais extensa que seja em suas generalizações, por mais que se desdobre em artigos, parágrafos e incisos, nunca poderá conter toda a infinidade de relações emergentes da vida social que necessitam de uma garantia jurídica, devido à grande exuberância da realidade, tão variável de lugar para lugar, de povo para povo⁵³.

A necessidade de se recorrer ao juiz surge com a expectativa de que ele decida o caso de acordo com a expectativa da coletividade, de acordo com as chamadas regras de conduta justa (*nomos*), geradoras de uma espécie de ordem espontânea.

Outro aspecto das atribuições do juiz tem destaque, qual seja, a diferença da sua função e da função do líder de organização.

Enquanto o juiz desenvolve normas aplicáveis a qualquer pessoa, o líder de uma organização jamais poderia impor regras iguais a todos os membros do grupo, independente de suas funções.

⁵³ DINIZ, Maria Helena. *Op.cit.*, pp.305-306.

Muito embora não haja distinção entre normas abstratas e normas gerais na obra **Law, Legislation and Liberty**, Norberto Bobbio estabelece, com clareza, essa diferença:

Ao invés de usar indiscriminadamente os termos “geral” e “abstrato”, julgamos oportuno chamar de “gerais” as normas que são universais em relação aos destinatários, e “abstratas” aquelas que são universais em relação à ação. Assim, aconselhamos falar em normas gerais quando nos encontramos frente a normas que se dirigem a uma classe de pessoas; e em normas abstratas quando nos encontramos frente a norma que regulam uma ação-tipo (ou uma classe de ações)⁵⁴.

Entende-se que *nomos*, refere-se, apenas, às normas gerais, ou seja, às normas que se dirigem a um conjunto de sujeitos indeterminados. Em primeiro lugar, o juiz deve proferir normas que preencham uma lacuna, ou melhor, que sirvam para o “aprimoramento da ordem de ações possibilitada pelas normas já existentes”⁵⁵.

Neste aspecto, ressalta-se que “muitos teóricos antigos do direito natural estiveram próximos de compreender esta relação entre as normas jurídicas e a ordem de ações a que elas servem”⁵⁶.

Em segundo lugar, o juiz deve verbalizar práticas em que há dúvida sobre o que o costume determina, inclusive no caso em que as partes litigantes atuaram em aparente boa fé.

Conclui-se, portanto, que muito embora as normas de conduta justas sejam fruto da evolução espontânea, para o seu aperfeiçoamento, é indispensável a atuação dos juízes.

A importância da função da jurisprudência, como uma sequência coesa de decisões dos tribunais, culmina no aperfeiçoamento das normas. Dessa forma os juízes são chamados a aplicar as normas e emanar decisões – verbalizar – que decidam conflitos. Com isso há um importante papel de interpretação da norma, vivamente exposta nos ensinamentos de Miguel Reale:

A jurisprudência, muitas vezes, inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si. Nessas oportunidades, o juiz compõe, para o caso concreto, uma norma que vem completar o sistema objetivo do Direito. (...) A nosso ver, o juiz

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 3ª edição revista, 2005, pp. 180-81.

⁵⁵ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. I, p. 116.

⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 116.

constitui norma para o caso concreto toda vez que há lacuna na lei, assim como nos casos em que lhe couber julgar por equidade⁵⁷.

Atribui-se assim papel de extrema importância à jurisdição, ou o “dizer o direito”, papel desempenhados pelos magistrados, tendo em vista inclusive a enorme gama de leis emitidas diariamente pelo poder legislativo e pela necessidade de adaptação da norma genérica a abstrata a casos específicos e concretos, que refletem em muitos casos o ambiente comum e as relações sociais correntes.

A função exercida pela jurisprudência pode revelar o direito, ou seja, as normas contidas numa lei e ainda preencher eventuais lacunas presentes no ordenamento jurídico vigente.

Afirma-se que, embora as normas jurídicas sejam necessárias para a preservação da ordem, o direito não tem um objetivo específico, mas inúmeros propósitos, que ninguém conhece. Com propriedade declara que:

No sentido comum da palavra propósito, o direito não é portanto um meio para a consecução de um propósito específico, mas simplesmente uma condição para a busca eficaz de muitos propósitos⁵⁸.

O propósito do direito, portanto, vai além de um único objetivo a ser alcançado, visa servir a ordem, de modo a produzir uma correspondência entre as ações de diferentes pessoas. O propósito do direito não se refere aos resultados concretos previsíveis de ações particulares. Isto porque, os conteúdos particulares são imprevisíveis e o objetivo do direito é a formação de uma ordem abstrata.

Assim, Frederich August von Hayek conclui seu pensamento sobre o propósito do direito afirmando que:

Só quando se reconhece claramente que a ordem de ações é uma situação factual distinta das normas que contribuem para a sua formação é possível compreender que tal ordem abstrata pode ser o objetivo das normas de conduta. Compreender essa relação é, portanto, uma condição necessária para se compreender o direito⁵⁹.

Em contrapartida, o direito é frequentemente interpretado como instrumento de organização para a execução de propósitos específicos e não como instrumento de formação das normas de condutas; a consequência desta interpretação

⁵⁷ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. 27ª edição, pp. 168-69.

⁵⁸ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op.cit.*, p. 131.

⁵⁹ Idem, *ibidem*, p. 132.

tem sido uma das principais causas da progressiva transformação da ordem espontânea de uma sociedade livre numa organização própria da ordem totalitária⁶⁰.

A compreensão da ordem global a que servem as normas de conduta justa foi inicialmente realizada pela ciência econômica, uma vez que visualizou as ordens abstratas espontâneas⁶¹.

3.2. *Thesis*.

Como sequência da *Nomos*, uma ordem fruto de convenção na sociedade, surge a *Thesis*, uma ordem resultante de uma decisão deliberada. Ela é um reflexo do construtivismo legal, ou seja, da intenção deliberada na elaboração da legislação.

Se por um lado a *Nomos* diz respeito ao direito privado e seus desdobramentos, mas, fruto da evolução – ordem espontânea – a *Thesis* refere-se ao direito público fruto da vontade do homem, criação intencional de regramentos e que, num primeiro momento, serviu para elaborar normas específicas com vistas a um propósito colimando dirigir as ações estatais:

o que Frederich August von Hayek denomina aqui direito público se encaixa bem em *Thesis*, e o que ele denomina direito privado será melhor interpretado como *Nomos*, objeto do mecanismo de eventual correção da legislação⁶² (tradução livre).

Interessante notar que Frederich August von Hayek inicia esse tema com a ideia de que a legislação nasce, ou se origina, devido à necessidade de se estabelecer normas organizacionais.

Assim, o Poder Legislativo ocupar-se-ia, de acordo com sua antiga concepção, em exercitar seu poder legiferante e produzir normas e não propriamente o Direito.

Conforme as lições de Michel Foucault, ao estabelecer que o poder não se detém, mas é exercido, o Poder Legislativo exerceria o poder em um “esquema dominação”⁶³ em que submeteria as instituições governamentais aos regulamentos por

⁶⁰ Idem, ibidem, p. 133.

⁶¹ A ordem de mercado foi a técnica mais adequada na interpretação das normas de conduta justas. Afirma, ainda que esta ordem é a única que abrange toda a sociedade. Cf. HAYEK, Frederich August von, *Op. cit.*, p. 133.

⁶² AEON J. Skoble **Cambridge Companion to Frederich August von Hayek**. Cambridge University Press: Cambridge Collections Online, 2007, p. 180: “what Frederich August von Hayek is here calling public law is well suited to thesis, whereas what he is calling private law will best be served by nomos, subject to the correction mechanism of occasional legislation”.

⁶³ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1992, p.99.

ele editados. Esse era na verdade o papel primário – e restrito – do Legislativo, controlar os atos governamentais por intermédio de determinações específicas e delimitações de seu campo de ação, limitando sua atuação.

Tal ordenação – *Thesis* – justifica-se pelo simples motivo de a figura do Governo ter sido criada possibilitando a vida em sociedade, principalmente quanto à segurança interna e externa de seus membros e à prestação de serviços; no entanto, ressalte-se que, para sua manutenção, exerce-se compulsoriamente a cobrança de tributos. Assim, por ser complexo, exige normatizações em diferentes áreas, de modo a obter seu funcionamento adequado e eficaz.

A tributação, em especial, foi algo que justificava, nos primórdios da sociedade organizada, a presença dos legislativos, uma vez que o soberano não poderia impor, unilateralmente, independentemente da opinião popular, uma exigência que lhe retirasse parte do patrimônio. Neste aspecto, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que:

todas as clássicas funções do Parlamento — legislação, fiscalização do governo, aprovação dos impostos — se inseriam no complexo global dos postulados do liberalismo político, mas com evidentes incidências na constituição econômica⁶⁴. (grifo nosso)

Desse modo, os legisladores apareciam em cena para dirigir o povo, indicando-lhe caminhos a trilhar. Diante disso, surgiria possível concordância do povo, gerada pelo poder de convencimento de um colegiado supostamente regido pelo bom-senso e que alegava visar o bem da sociedade. Oportuna a lembrança de Courtenay Ilbert, citado por Frederich August von Hayek em sua obra, ao mencionar que

o legislativo inglês foi originalmente construído com vistas a propósitos não legislativos, mas financeiros. Sua função primordial não era fazer leis, mas conceder verbas ao governo⁶⁵.

É necessário mencionar que a legislação (financeira) produzida visa não somente a arrecadação, ou seja, a maneira como os gastos governamentais serão suportados, como também, a determinação e autorização de como e por quem os recursos arrecadados serão utilizados.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

⁶⁵ ILBERT, Sir Courtenay. **Legislative Methods and Forms**. Oxford, 1901. Apud. HAYEK, Frederich August von, *Op. cit.*, p.146 vol. I, p. 208.

Outrossim, apesar de não ter co-relação direta, o pagamento de um imposto – tributo – e a contrapartida do governo à sociedade (ônus/benefício), deve-se lembrar que a arrecadação de recursos também é a força motriz para a prestação de serviços pelos órgãos estatais ao povo – o que denomina-se de ‘medidas’ de política governamental, tópico a ser analisado posteriormente.

Dentro do contexto da obra em análise, nota-se que *Thesis* ganha pouca importância, pois é fruto da intenção humana, e não resulta da evolução natural, fazendo-se menos compatível com princípios do liberalismo, tanto pregado em seus escritos.

Todavia, o direito criado pela legislação tem função relevante quando corrige as imperfeições nas normas e quando descobre – ou revela – as normas por intermédio da instrumentalização. Melhor dizendo, normas não expressas, mas existentes, podem ser aperfeiçoadas pela legislação, e normas patentes na sociedade, mas latentes quanto à positivação, são expressamente previstas em um determinado veículo introdutor. Além disso, as normas organizacionais devem ter um propósito específico com vistas a algumas finalidades. Também, são normas que definem uma estrutura hierárquica rígida de comando e estabelece deveres – além de direitos, é claro – e responsabilidades dos funcionários submetidos ao regime público.

Assim, percebe-se que há distinção entre o termo lei quando aplicado no contexto da *nomos* e no contexto da *thesis*.

Distinção análoga foi elaborada por José Joaquim Gomes Canotilho quando tratou da tipologia das regras relativamente às normas constitucionais organizatórias e normas constitucionais materiais:

Uma distinção, reconduzível à doutrina constitucionalista alemã da época de Weimar e com recepção na Itália, pretende separar as *normas organizatórias* das *normas materiais*: as primeiras regulam o estatuto da organização do Estado e a ordem de domínio (são normas de «ação» na terminologia italiana); as segundas referem-se aos limites e programas da ação estadual em relação aos cidadãos (são «normas de relação»)⁶⁶.

Assume-se a posição de que nos tempos modernos não há uma linha que delimite o que seja público/*thesis* e o que seja privado/*nomos*. Existe um movimento que tende a subordinar indivíduos de instituições privadas às determinações organizacionais – voltadas a propósitos com fins específicos e resultados esperados –,

⁶⁶ Idem, ibidem, p. 174.

e noutro lado tem levado à isenção do cumprimento das normas gerais pelo Poder Legislativo. Um dos focos desses dois é permitir àqueles, que estão sob a luz do direito privado, buscar seus objetivos individuais – respeitando-se limites impostos para que se não impeça a consecução do interesse geral – e noutro lado, àqueles que estão sob a égide do direito público, devem, obrigatoriamente, servir ao interesse público.

Frederich August von Hayek vai além ao apontar que as determinações organizacionais que distribuem e limitam os poderes governamentais – *Thesis*, via de regra – estão localizadas num patamar superior às demais e comumente fazem parte do chamado direito constitucional.

O Constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho parece lecionar na mesma esteira – quanto ao seu direito pátrio – e denomina tais normas de regras de procedimento, afirmando que

uma das técnicas de legiferação constitucional (de legislação constituinte) é a de estabelecer normas procedimentais apenas nos casos em que o *procedimento é um elemento fundamental da formação da vontade política* e do exercício das competências constitucionalmente consagradas. Assim, por ex., o procedimento eleitoral e o procedimento de funcionamento do Tribunal Constitucional foram remetidos para as leis ordinárias. Todavia, as normas definidoras dos princípios fundamentais relativas a estes procedimentos constam da constituição. Refiram-se, a título de exemplo, os arts. 116.º (direito eleitoral) e 277.º ss. (processo de fiscalização da constitucionalidade). Normas procedimentais de natureza especial são as normas respeitantes ao *procedimento de revisão* (arts. 284.º ss)⁶⁷.

Essas constroem a superestrutura em que está fundamentada a sociedade formal – envolvendo, nesse caso, os elementos componentes da ordem social – amparada pelo direito *lato sensu*. Noutro lado, a constituição preserva o direito e garante sua aplicação. É também função dela limitar os domínios do Poder Legislativo.

Ao se mencionar o termo lei e estabelecer uma aliança com legislação, tem-se a impressão de que ambos dizem respeito à elaboração pelo corpo legislativo de normas de conduta justas – *nomos*.

Todavia, ensina que a palavra legislação não pode ser confundida com o termo lei, tampouco credita a incumbência do Poder Executivo de carregar sozinho o ônus de aplicação da legislação, como geradora das normas de conduta. Na verdade, o Executivo cumpre decisões emanadas dos Tribunais que, por sua vez, executam os comandos extraídos das leis como se fosse uma instrução exarada pelo Poder

⁶⁷ Idem, ibidem, p. 176.

Legislativo. Por outro lado, quando se trata de normas organizacionais, nesse caso, o Executivo é, sim, cumpridor dos comandos emitidos pelo Legislativo.

Nesse sentido, há um paralelo traçado entre o direito e a norma de organização governamental, pois as casas legislativas têm se esmerado na produção deste tipo normativo.

Pretende-se demarcar a posição de que Legislativo não nasce com funções exclusivamente legiferantes no que tange à edição de normas de conduta justa, mas também, tem a incumbência de fazer com que essas normas se apliquem geral e indistintamente a todos aqueles debaixo do manto daquele governo; tal Poder é, ainda, responsável pela emissão de determinações governamentais que disciplinam a conduta dos órgãos governamentais.

Ademais, o Legislativo, de acordo com a visão do autor, não deve operar na seara dos casos individuais – considerado, aqui, direito privado: *nomos* –, devendo elaborar normas gerais. É significativo o fato de tal Poder nascer como assembleia representativa, com o intuito de ser exclusivo na elaboração de leis gerais aplicadas a todos indistintamente e normas organizacionais que controlam o governo.

Existe uma clara valoração ao Poder Legislativo – e até mesmo uma elevação – relativamente à sua posição em comparação com o Executivo e com o Judiciário.

De acordo com o exposto acima, percebe-se que o Legislativo tem um papel fundamental, mas também limitado; porém, tal posição sofre abalo no século XIX, já que surgiram posições radicais, como a de Jeremy Bentham, que defende um Legislativo com poderes ilimitados, cujas normas emanadas deveriam, a todo custo, ser cumpridas, inclusive, pelo governante, sem questionamento, pois representaria a vontade do povo e visa, em um fim último, a felicidade de todos.

Tal posição foi refutada em todos os sentidos por Frederich August von Hayek que aponta para tal fato como a derrocada da democracia. Este Poder, segundo o autor, poderia reivindicar atribuições ilimitadas no que tange à regulamentação, tanto governamental como sobre o povo, ao emitir comandos denominados de lei aplicados sobre todos sem distinção. Defende a ideia de um Legislativo que emita normas de conduta gerais, mas que ele mesmo obedeça a outras normas de conduta emanadas por outro “Legislativo” – representativo e democrático – estabelecendo-se uma posição de subordinação.

Assim,

nos escalões inferiores do governo, temos de fato vários tipos de órgãos representativos regionais ou municipais que, em suas ações, estão assim sujeitos as normas gerais que não se podem alterar; e não há motivo para que isso não se aplique também aos mais elevados corpos representativos que dirigem o governo. Na verdade, só assim o ideal do governo sob a égide do direito se poderia realizar⁶⁸.

Contudo, não se pode olvidar que uma interferência como a sugerida pode significar uma intromissão na liberdade do Poder Legislativo em atuar, desvirtuando, em parte, o princípio representativo e sua capacidade de decisão autônoma. Parece afirmar que toda legislação criada deveria, obrigatoriamente, passar pelo crivo de um *referendum* popular.

⁶⁸ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. I, p. 152.

Capítulo 4

Justiça Social

4.1. A Justiça Social na concepção de Friedrich August von Hayek

Na primeira parte deste trabalho, vimos o que se denomina “norma de conduta justa”, os regramentos que são fruto da ordem espontânea (*nomos*). Tais normas estabelecem os meios para que os particulares possam perseguir seus intentos individuais.

Em contrapartida, existem normas que são voltadas a fins específicos e têm como alvo sujeitos determinados e determináveis (*thesis*), como são as determinações específicas voltadas a um órgão público e seus funcionários.

Neste momento, será analisado o que se entende por justiça social e, ao iniciar o tema, ressalta o autor o abuso na concepção da palavra “ameaça destruir a concepção de lei que fez dela a salvaguarda da liberdade individual”⁶⁹.

Na tentativa de conceituar justiça social, Frederich August von Hayek afirma que se trata da

reivindicação de que os membros da sociedade se organizem, de modo a possibilitar a distribuição de cotas do produto da sociedade aos diferentes indivíduos ou grupos⁷⁰.

Imperioso se faz destacar que antes da disseminação da expressão “justiça social”, já muito se discutia sobre este modelo de justiça. O filósofo John Rawls, em sua obra **Uma teoria da justiça**, foi um dos grandes seguidores do modelo de justiça distributiva:

Meu objetivo é apresentar uma concepção da justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social como se lê, digamos, em Locke, Rousseau e Kant. Para fazer isso, não devemos pensar no contrato original como um contrato que introduz uma sociedade particular ou que estabelece uma forma particular de governo. Pelo contrário, a idéia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto

⁶⁹ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op.cit.*, vol. II, p. 80.

⁷⁰ Idem, *ibidem*, p. 82.

do consenso original. São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subseqüentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se podem estabelecer. A essa maneira de considerar os princípios da justiça eu chamarei de justiça como equidade⁷¹.

Verifica-se, portanto, que a concepção de justiça social é o que, por muito tempo, denominou-se “justiça distributiva”⁷².

Essa concepção de justiça social que - une os termos merecimento e justiça - conduz diretamente ao pleno socialismo:

uma conseqüência direta desse antropomorfismo ou personificação com que o pensamento ingênuo procura explicar todo o processo auto-ordenador. É um sinal da imaturidade de nossas mentes que ainda não tenhamos superado esses conceitos primitivos e continuemos a exigir que um processo impessoal – que propicia uma maior satisfação dos desejos humanos do que qualquer organização humana intencional poderia fazer – se conforme aos preceitos morais desenvolvidos pelos homens para orientar suas ações individuais.

O uso da expressão ‘justiça social’ com este significado remonta a uma data relativamente recente, ao que parece, não mais de cem anos⁷³.

Com relação a Karl Marx, dito pai do socialismo⁷⁴, Frederich August von Hayek afirma que suas idéias são puramente socialistas. Afirma que Karl Marx desconhecia a o fato de que a normas espontâneas foram responsáveis pela formação das grandes sociedades, isto porque, criou uma causa física para conceber os preços como resultante dos custos de trabalho e não faz nenhuma relação quanto às condições de vender os produtos:

(...) até hoje, todo marxista é a absolutamente incapaz de compreender aquela ordem autogeradora ou de perceber como uma evolução seletiva que não obedece a lei alguma é capaz de gerar uma ordem que se autogoverna⁷⁵.

⁷¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Trad. Almiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves, p. 12.

⁷² Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. II, p. 80.

⁷³ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. II, p.80.

⁷⁴ Karl Marx publicou em 1848 o **Manifesto Comunista**, em que idealizou uma sociedade com uma distribuição de renda; sugere um curso de ação para uma revolução socialista através da tomada do poder pelos proletários e faz duras críticas ao modo de produção capitalista e na forma como a sociedade se estruturou sob essa égide.

⁷⁵ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol III, p.182.

A crítica de Frederich August von Hayek acerca do custo de trabalho ser equivalente aos preços envolve a total impossibilidade de distribuir os produtos de forma justa, se levássemos em conta apenas a remuneração.

Na verdade, Karl Marx visa o igualitarismo e a ideia de uma distribuição igualitária acabaria por eliminar a possibilidade de os indivíduos decidirem o rumo de seus esforços, o que eliminaria, também, o único incentivo capaz de induzir homens livres a observar as normas morais.

Em um governo em que o homem é compelido a atender reivindicações, este acaba por se afastar de todas as suas concepções morais:

a realização do socialismo daria lugar à extinção da moral privada, a necessidade da política de satisfazer todas as reivindicações de grupos numerosos acarretará a degeneração e a destruição de todos os princípios morais⁷⁶.

A moral tem como fundamento a estima que as pessoas possuem pelos seus semelhantes e é isso que faz dela um valor social e pressupõe “uma busca de perfeição e o reconhecimento de que nessa busca alguns são mais bem-sucedidos que outros, sem que se procurem explicações, que talvez jamais cheguemos a encontrar”⁷⁷.

Os princípios morais, portanto, permitem a integração dos indivíduos na sociedade.

Além disso, só teríamos justiça se admitíssemos a existência de um poder que coordenasse esforços dos membros da sociedade, objetivando a distribuição dos recursos disponíveis para a sociedade, de modo a satisfazer as necessidades de todos os indivíduos.

Hans Friedrich Zacher afirma que a “justiça social” é

a síntese da justiça das necessidades, justiça do mérito, justiça das oportunidades e justiça patrimonial - ‘justiças’, que tanto se complementam como se podem encontrar em tensão recíproca ou mesmo em contradição⁷⁸.

Após analisar os aspectos da concepção justiça social, surge a seguinte questão: é moral que os homens sejam submetidos aos poderes de direção que teriam

⁷⁶ Cf. HAYEK, Frederich August von F.A. *Op.cit.*, vol. III, p. 183.

⁷⁷ Idem, *ibidem*, p. 183.

⁷⁸ ZACHER, Friedrich Hans, **O Direito Constitucional e a Intervenção no Estado Social**. Munique: Ludwig-Maximilians, 1962, p.134.

de ser exercidos para que os benefícios obtidos pelos indivíduos pudessem ser significativamente qualificados de justos ou injustos?

Frederich August von Hayek responde:

Exigir justiça de semelhante processo é obviamente absurdo, e selecionar algumas pessoas numa tal sociedade como fazendo jus a uma parcela específica é evidentemente injusto⁷⁹.

Arthur Kaufmann equipara a reivindicação da “justiça social” com a busca da “justiça do bem comum” e afirma:

Em última análise, os Programas dos Partidos Políticos são sempre tentativas de dar resposta à questão de saber como é que se pode realizar o bem comum⁸⁰.

O autor austro-húngaro reconhece que a justiça social é invocada na quase totalidade dos debates políticos e é, também, a maior reivindicação no que se refere às ações governamentais:

(...) é provável que não existam hoje movimentos políticos profissionais que não apelem, de imediato, para a ‘justiça social’ em apoio às medidas específicas que advogam⁸¹.

E, sob a busca constante pela justiça social, afirma que não tornou a sociedade mais justa ou mesmo reduziu a insatisfação dos indivíduos que a compõe. Pior do que isso, discorre sobre o perigo da utilização da expressão “justiça social” com o fim de causar emoção moral⁸² na sociedade. Exemplifica:

Baseamos-nos na autoridade de um homem como Andrei Sakharov, para dizer que milhões de pessoas na União Soviética são vítimas de um terror que se disfarça por traz do lema de justiça social⁸³.

Norberto Bobbio também se preocupou em explicitar a consequência desastrosa do estado socialista:

⁷⁹ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. II, p. 82.

⁸⁰ KAUFMANN, Arthur. *Op. cit.*, p. 244.

⁸¹ Cf. HAYEK, F.A. *Op. cit.*, vol II, p. 82.

⁸² Após esta reflexão, Frederich August von Hayek ressalta que, muito embora possa haver a aceitação, quase universal, de que a justiça social é a solução para transformação da vida em sociedade, de modo a satisfazer todos os anseios dos seus membros, isso não torna válido o seu conceito. Faz, ainda, uma comparação entre a busca pela justiça social e a crença religiosa, afirmando que “ambas trazem paz para quem nelas crêem, mas temos obrigação de combater quando se torna pretexto para a coerção de outros homens”. Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol II. *Op. cit.*, p. 82.

⁸³ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol II., p. 84.

agora estamos lendo outras tantas páginas não menos douradas e documentadas sobre a crise deste estado socialista igualmente mascarado que, com o pretexto de realizar a justiça social (que Frederich August von Hayek declarou não saber exatamente o que seja), está destruindo a liberdade individual e reduzindo o indivíduo a um infante guiado do berço à tumba pela mão de um tutor tão solícito quanto sufocante⁸⁴.

Portanto, essa reivindicação constante pela justiça social poderá levar à destruição da liberdade individual:

Acredito que a 'justiça social' será, finalmente, identificada como uma miragem que induziu os homens a abandonarem muitos valores que inspiraram, no passado, o desenvolvimento da civilização – uma tentativa de satisfazer um anseio herdado das tradições do pequeno grupo, que é, no entanto, desprovida de significado na Grande Sociedade de homens livres. Infelizmente, esse vago desejo, que se tornou uma das maiores forças aglutinadoras a impelir pessoas de boa vontade à ação, está fadado não só ao malogro. Isso já seria lamentável. Mas, como a maior parte das tentativas de perseguir uma meta inatingível, a luta por esse ideal produzirá também consequências extremamente indesejáveis e, em particular, levará à destruição do único clima em que os valores morais tradicionais podem florescer, ou seja, a liberdade individual⁸⁵.

Com isso, nota-se claramente que a expressão 'justiça social' não pode ser adotada como base para ações governamentais intervencionistas. Assim, foge da função do Estado, sob o pretexto de promovê-la – 'justiça social' – interferir no desenvolvimento natural da ordem espontânea numa sociedade liberal.

4.2. A falácia da justiça social numa ordem espontânea.

No capítulo 5, será analisada a ordem de mercado na concepção de Frederich August von Hayek. Todavia, antes de discorrer sobre essa ordem específica, enumera dois problemas com relação à reivindicação da justiça social numa ordem de mercado.

Apenas para entender as indagações feitas pelo autor, é preciso esclarecer, em breve síntese, que a ordem de mercado propicia uma correspondência entre as

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1984, 6ª edição, pp. 117-118. Tradução: Marco Aurélio Nogueira.

⁸⁵ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol II, p. 86.

expectativas de diferentes indivíduos e aumenta a perspectiva dos membros da sociedade em ter à disposição bens e serviços⁸⁶.

Em primeiro lugar, pergunta se, nesta ordem, o conceito de justiça social pode ter qualquer significado ou conteúdo e, em segundo lugar, indaga-se sobre a necessidade – em nome da justiça social – de estabelecer a remuneração através do desempenho ou das necessidades. Expõe as indagações e logo as responde: “A resposta a ambas as questões é certamente não”⁸⁷.

Para fundamentar a sua resposta, afirma que numa sociedade de homens livres é inócuo o conceito de justiça social, ou seja, não produz efeito algum. Isto porque, numa sociedade liberal o sentimento de injustiça no resultado do mercado - distribuição de bens materiais – não significa que alguém tenha sido injusto:

Não há um indivíduo nem um grau organizado de pessoas contra os quais o sofredor teria uma queixa justa, e não há normas concebíveis de conduta individual justa capazes, ao mesmo tempo, de assegurar uma ordem viável e de evitar tais frustrações⁸⁸.

Compara-se estas frustrações inevitáveis às nossas frustrações pessoais, em que não há um causador da injustiça, muito embora esse sentimento seja comum quando, por exemplo, sofrem os que têm mérito e prosperam os indignos.

A verdade é que numa concepção de sociedade livre se existe um culpado para uma suposta injustiça é a própria sociedade que tolera um sistema em que todos são livres na escolha de suas ocupações e que admite o fato de que ninguém detém o poder de obrigar ninguém a fazer com que os resultados correspondam aos nossos desejos⁸⁹.

Para Frederich August von Hayek há apenas uma hipótese em que a expressão “justiça social” faz sentido: em uma ordem dirigida, como o exército.

⁸⁶ (...) “o Kosmos do mercado não é, nem poderia ser, governado por tal escala única de fins; ele serve à multiplicidade de fins distintos e incomensuráveis de todos os seus membros individuais”. Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. I, p. 130.

⁸⁷ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op.cit.*, vol. I, p. 87.

⁸⁸ Idem, *ibidem*, p. 88.

⁸⁹ Para Frederich August von Hayek a justiça social numa ordem econômica pressupõe que os membros da sociedade sejam orientados por determinações do Estado.

4.3. Expectativas e oportunidades: uma teoria de igualdade.

Não se pode olvidar que existe a concepção de que os indivíduos possuem a expectativa de que cada um obterá o que merece. O mérito é, portanto, o que ameniza as grandes desigualdades.

A obra analisada não ignora a importância dessa expectativa, uma vez que é preciso que os indivíduos acreditem que o seu bem-estar depende de sua eficiência quando da busca de seus objetivos.

Todavia, ressalta que a expectativa, ou a confiança exagerada pode gerar graves frustrações aos que são hábeis, mas fracassam.

O autor vai de encontro, portanto, com todo o pensamento filosófico, defendendo que a livre iniciativa recompensa os que merecem⁹⁰.

É temerário, portanto, essa “superconfiança” na ideia de que a capacidade produtiva de uma pessoa será proporcional a sua recompensa.

Outra questão trazida é a expectativa de um salário justo, busca que persiste desde a Idade Média.

Fato é que nenhuma norma foi capaz de determinar índices de salariais justos. Constitui ilusão o pensamento de que o Poder Legislativo seria capaz de determinar o que é justo para cada membro da sociedade.

Existe, todavia, a teoria que defende a possibilidade de se adequar à noção da remuneração justa e injusta de acordo com concepção de “valor social” dos serviços. Entretanto, Frederick August von Hayek afirma que não é possível a efetivação dessa teoria e justifica:

Serviços só podem ter valor para pessoas específicas (ou para uma organização), e um determinado serviço terá valores muito diversos para diferentes membros da mesma sociedade. Vê-los de outro modo é conceber a sociedade não como uma ordem espontânea de homem livres, mas como uma organização cujos membros são todos postos a serviço de uma única hierarquia de fins. Isso seria necessariamente um sistema totalitário, no qual a liberdade pessoal não existiria⁹¹.

⁹⁰ “É lamentável que, especialmente nos Estados Unidos, escritores conhecidos como Samuel Smiles e Horatio Alger e, mais tarde, o sociólogo W. G. Sumner tenham defendido a livre iniciativa com o argumento de que ela, em regra, recompensa os que merecem, e é um péssimo sinal para o futuro da ordem de mercado que tal argumento se tenha transformado na sua única defesa compreendida pelo público em geral. Tendo-se tornado, em grande parte, a base da auto-estima do empresário, confere-lhe muitas vezes um ar de arrogância que não lhe granjeia simpatia”. Cf. HAYEK, *Op. cit.*, vol. I, p. 94.

⁹¹ Idem, *ibidem*, p. 95.

É impossível mensurar os valores dos diferentes serviços e, além disso, os rendimentos obtidos em diversos serviços não corresponderão aos valores que estes serviços têm para uma determinada pessoa.

Na verdade, as remunerações podem ser determinadas por um valor que não é o “valor social”, mas sim, o valor do serviço para a pessoa que o recebe.

Sobre a questão da remuneração e da inexistência de “valor social capaz de caracterizá-la, afirma-se, ainda, que, a “Grande Sociedade Moderna” funcionaria se as remunerações fossem determinadas pela opinião dos indivíduos sobre o seu valor ou, melhor dizendo, “se dependessem da compreensão ou do conhecimento de qualquer pessoa sobre a importância de todas as diferentes atividades necessárias ao funcionamento do sistema”⁹².

Da análise da expectativa delineada extrai-se a teoria, não apoiada por Frederich August von Hayek, de que só teríamos uma sociedade justa quando houvesse igualdade de benefícios materiais para todos os membros da sociedade. Haveria, assim, a distribuição igualitária das recompensas.

Entretanto, lembra que os ganhos advindos de uma ordem de mercado não têm essa função de recompensa, mas possui, em contrapartida, a função de orientar as pessoas para o que deve ser feito com o fim de manter a ordem a qual todos pertencem.

Nesse contexto, cada trabalho deverá ter um preço e diversos fatores⁹³ de produção e não terá qualquer significado fazer considerações sobre justiça. Sendo assim, de onde surge, então, a reivindicação de igualdade material, muitas vezes presente na sociedade?

A resposta é uma só: a crença pela existência de um responsável pelas desigualdades. Nesse aspecto, o autor é categórico ao afirmar que essa crença não tem razão de existir e completa sua posição afirmando que

quando a escolha é entre uma genuína ordem de mercado, que não efetua e não pode efetuar uma distribuição correspondente a qualquer padrão de justiça material, e um sistema em que o governo usa seus poderes para pôr em prática semelhante padrão, a questão não é se o governo deve exercer, justa ou injustamente, poderes que exercerá de

⁹² Idem, ibidem, p. 97.

⁹³ Frederich August von Hayek menciona fatores de produção como empenho, diligência, habilidade, necessidade. O salário não deverá se ajustar em qualquer dessas grandezas específicas, mas na união dos fatores.

qualquer modo, mas se ele deveria ter e exercer poderes adicionais que pudessem ser usados para a estipulação de cotas dos diferentes membros da sociedade⁹⁴.

Assim, não deve haver apenas reivindicação para a criação de normas uniformes, que dariam respaldo à distribuição igualitária de bens, mas sim a reivindicação de um governo que assuma novas responsabilidades, ligadas à manutenção da lei e da ordem e que possam atender às demais necessidades coletivas não atendidas pelo mercado⁹⁵.

A concepção de igualdade, portanto, está intimamente ligada ao tratamento igualitário dos cidadãos, em conformidade com as mesmas normas.

É preciso lembrar que há um conflito quando se analisa o objetivo de diferentes maneiras de governar colimando a igualdade entre os particulares: o governo que busca tratamento igualitário segundo a lei, e o governo que, interferindo na ordem social por intermédio de instrumentos jurídicos, tem como fim colocar os diferentes cidadãos em condições materiais menos desiguais⁹⁶.

Segundo Frederich August von Hayek, muitas noções contemporâneas de justiça social estão focadas na especificidade individual dentro da ordem geral. Mas, no sistema de Frederich August von Hayek, a justiça só pode ser mantida no âmbito do enquadramento jurídico geral em consonância com as regras do jogo. Ações específicas que visam corrigir determinadas situações de "injustiça" falharão na tentativa de remediar a situação e comprometerá o sistema geral⁹⁷ (tradução livre).

Neste aspecto, Frederich August von Hayek defende a posição de que, na hipótese de se pretender proporcionar igualdade de posições materiais, o governo acabaria por tratar os indivíduos de maneira desigual:

Na verdade, a fim de assegurar a mesma posição material a pessoas

⁹⁴ Idem, ibidem, p. 102.

⁹⁵ Frederich August von Hayek não traz uma resposta exata do que constitui a necessidade básica do indivíduo. Considera, apenas, que os bens que não puderem ser acessados pelos indivíduos através do mercado, devem ser fornecidos pelo Estado

⁹⁶ "Princípio da equidade (John Rawls): age de tal modo, que todos os envolvidos participem de igual forma, tanto nos benefícios como nos encargos". Cf. KAUFMANN, Arthur, *Op. cit.*, p. 273.

⁹⁷ BEAULIER, Scott, et. Al. **Knowledge, economics, and coordination: understanding Frederich August von Hayek's legal theory**. Journal of Law & Liberty, NYU: Vol 1. 2004. "According to Frederich August von Hayek, many contemporary notions of social justice are focused on the particular case of individuals within the general order. But, in Frederich August von Hayek's system, justice can only be maintained at the level of the general legal framework and rules of the game. Specific actions designed to remedy certain instances of "injustice" will fail to effectively remedy the situation and will undermine the general system..."

que diferem muito em força, inteligência, habilidade, conhecimento e perseverança, bem como em seu ambiente físico e social, é óbvio que o governo seria obrigado a tratá-las de maneiras muito diferentes para compensar as desvantagens e deficiências que não teria como alterar diretamente⁹⁸.

Além disso, o governo que tem como fim proporcionar a igualdade de benefícios, acabaria por gerar desigualdade de posições materiais.

Podemos afirmar, portanto, que o mecanismo de distribuição de riquezas não leva ao tratamento igualitário dos indivíduos, em outras palavras, a distribuição idêntica de riquezas não é, necessariamente, uma distribuição igualitária.

Vale citar, pela propriedade da exposição, o jus-filósofo italiano Norberto Bobbio, ao revelar que os defensores contemporâneos do Estado assistencial democrático tendem a

propugnar os princípios menos extremos da igual satisfação das necessidades fundamentais e da Igualdade de oportunidades. Estas duas regras de nivelamento, andam geralmente unidas a outra regra, inigualitária, de redistribuição: a cada um segundo a sua capacidade. Uma vez atendidas as necessidades mínimas de cada um e tendo todos a mesma possibilidade, inicia-se a competição; a posição ocupada ao fim por cada um dependerá unicamente da sua capacidade ou "habilidade", pelo menos em teoria. Ao contrário do "mérito" de uma pessoa, sua habilidade, entendida como capacidade para uma tarefa específica, pode ser objetivamente determinada, pelo menos teoricamente. Mas, tal como "a cada um segundo o que merece" — e diferentemente de "a cada um segundo a própria necessidade" —, "a cada um segundo a própria capacidade" constitui uma regra inigualitária de redistribuição. (...) Naturalmente não existe contradição em considerar a meritocracia igualitária e justa ao mesmo tempo. Pode até ser considerada injusta, mas desejável por outras razões: injusta porque a capacidade de um indivíduo depende, em parte, de fatores que ele não controla, como uma inteligência inata, a educação ou o treinamento (pelo menos na ausência de uma completa Igualdade de oportunidades de instrução); todavia, desejável, sob o ponto de vista utilitarista, porque os incentivos a uma maior produção aumentarão o bem-estar de todos⁹⁹.

Em artigo publicado sobre a concepção da igualdade no liberalismo, Octávio Luiz Motta Ferraz, traz a ideia da responsabilidade pelas escolhas do indivíduo:

⁹⁸ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. I, p. 88.

⁹⁹ Cf. BOBBIO Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, vol. I, Brasília: Editora UnB, 11ª edição. Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini, pp.604-605.

a distribuição das riquezas sociais deve expressar de algum modo as escolhas das pessoas e que, portanto, uma distribuição idêntica de riquezas não é necessariamente uma distribuição justa ou igualitária¹⁰⁰.

Lembra-se, ainda, que não é só nas expectativas de resultados que se visualiza diferenças entre os indivíduos, mas, também, nas oportunidades a eles concedidas:

Estas são afetadas por circunstâncias de seu ambiente físico e social que escapam ao seu controle, mas que, sob muitos aspectos particulares, poderiam ser alteradas por ação governamental¹⁰¹.

A igualdade de oportunidade influenciada por decisões governamentais trata-se do ponto central do liberalismo clássico.

Todavia, deve-se considerar que é inatingível para qualquer governo humano proporcionar as mesmas oportunidades a todos os indivíduos. Numa visão como essa, utópica, o governante deveria ser conhecedor de todos os dados sociais, realidade essa, impossível. Outrossim, tal autoridade deveria ter controle total do ambiente físico da sociedade, outro ponto que não tem adequação em qualquer realidade social. Com esse pensamento Frederich August von Hayek entende que cumprir o lema da igualdade de oportunidades a todos é ilusório.

4.4. Justiça social e liberdade

O ponto crucial da relação entre justiça social e liberdade é a total incompatibilidade existente entre ambas.

A ideia de justiça distributiva só poderia ser alcançada obrigando os indivíduos a obedecerem às normas de conduta que determinam as vantagens que serão auferidas pelos membros da sociedade. A obediência dessas regras específicas de conduta acabaria por impedir que os indivíduos atuassem segundo o seu conhecimento, o que, “é a essência da liberdade”¹⁰².

O indivíduo livre pode estar limitado por regras de conduta, mas estas devem ser apenas normas gerais, que determinem, apenas, o caráter formal das atividades numa ordem.

Faz-se aqui, ainda, a distinção entre norma geral – que produz, apenas, meios para a consecução de objetivos individuais – e regras específicas, emitidas pelo

¹⁰⁰ FERRAZ, Luis Mota. **Justiça distributiva para formigas e cigarras**. In: Novos estudos CEBRAP. São Paulo, nº77, Mar. 2007. p. 2.

¹⁰¹ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op.cit.*, vol. I, p. 105.

¹⁰² Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. I, p. 107.

Estado, que possuem normas com propósitos e fins pré-estabelecidos e que atingem determinados membros.

O que se combate é a produção de regras tendentes a “corrigir” intencionalmente as diferenças sociais, de modo que ele denomina o segundo volume da obra analisada de “Miragem da justiça social” exatamente com esse objetivo; segundo o autor, não é possível planejar a sociedade a ponto de presenciar uma distribuição equânime da totalidade da riqueza produzida entre os membros, propositadamente.

Nessa mesma linha de raciocínio, o trecho da obra **Knowledge, Economics, and Coordination: Understanding Frederick August von Hayek’s Legal Theory** traz importantes considerações acerca desta teoria:

A “miragem da justiça social” é a crença em que a distribuição específica dos rendimentos ocorre independentemente do processo de produção e transação. As regras de comportamento só servem para o governo como meio pelo qual vários propósitos e os planos que por ele são perseguidos. Como tal, estas regras se destinam a reconciliar as ações realizadas por indivíduos diferentes dentro da ordem geral regidas por estas normas. Em contraste, um comando serve a um propósito específico e, como tal, está em conflito direto com as regras de conduta justa. Em síntese, leis discriminatórias minam as regras de conduta justa e também o quadro normativo de uma sociedade justa¹⁰³.

Importante lembrar que a busca de uma ordem jurídica justa é, até hoje, alvo de constantes reflexões. André Franco Montoro ressalta:

Não há razão para que o jurista se envergonhe de sondar os fundamentos de uma ordem jurídica justa, ainda que a tarefa exija incursões laterais no campo da antropologia filosófica e de outras ciências não jurídicas. A preocupação com a ‘boa sociedade’ não pode ser posta de lado pela ciência social, e não deve ser relegada por ela aos políticos e legisladores absorvidos pela permanência dos problemas práticos do momento. Se a procura da justiça e da razoabilidade do direito for abandonada pelos espíritos mais esclarecidos, sob a alegação de que a justiça é uma noção sem sentido, quimérica irracional, então existe o risco de a espécie humana retroceder a uma condição de barbárie e ignorância em que o irracional predominará sobre o racional, e em que as negras forças do preconceito talvez

¹⁰³ BEAULIER, Scott. *Op. Cit.*, p. 216. “The “mirage of social justice” is the belief that specific distributional outcomes can be picked independent of the very process through which exchange and production takes place. The rules of just conduct serve to govern the means by which various purposes and plans are pursued. As such, these rules serve to reconcile the actions pursued by disparate individuals within the general order governed by these rules. In contrast, a command serves a particular purpose and as such is in direct conflict with rules of just conduct. Put simply, discriminatory laws undermine the rules of just conduct and the framework of a just society”.

ganhem a batalha contra os idéias humanitários e as forças do bem e da benevolência¹⁰⁴.

Fato é que se interpretássemos o direito como a obediência a toda e qualquer norma de conduta, bem como qualquer ordem emitida por autoridades, teríamos a mera legalidade, desprovida da liberdade individual.

Ressalvada a possibilidade de o governo garantir uma renda mínima¹⁰⁵ aos indivíduos, o que não restringiria a liberdade. Todavia, é inviável que o governo determine a remuneração de diferentes serviços, sob pena de interferir no mecanismo do mercado, que orienta a direção dos esforços individuais.

Ao final do seu pensamento sobre justiça social, Frederich August von Hayek evidencia claramente que o conceito do termo é vazio, uma vez que descarta o funcionamento de uma sociedade que protege a liberdade individual:

O que espero ter deixado claro é que a expressão 'justiça social' não é, como a maioria das pessoas provavelmente supõe, uma expressão ingênua de boa vontade para com os menos afortunados, tendo, antes, se tornado uma insinuação desonesta de que se tem o dever de concordar com uma exigência feita por algum grupo de pressão incapaz de justificá-la concretamente. Para que o debate político seja honesto, é necessário que as pessoas reconheçam que a expressão é desonrosa, do ponto de vista intelectual, símbolo da demagogia ou do jornalismo barato, que pensadores responsáveis deviam envergonhar-se de usar, pois, uma vez reconhecida a sua vacuidade, empregá-la seria desonesto. Talvez, em decorrência de longos esforços para averiguar o efeito destrutivo da invocação de 'justiça social' sobre nossa sensibilidade moral, e de ter encontrado repetidas vezes até eminentes pensadores usando irrefletidamente a expressão, tenha eu ficado demasiado alérgico a ela, mas adquiri a forte convicção de que o maior serviço que posso ainda prestar a meus semelhantes seria poder fazer com que, entre eles, os oradores e escritores sentissem pra sempre total vergonha de empregar a expressão 'justiça social'¹⁰⁶.

A sociedade livre, por sua vez, é aquela em que há normas a serem aplicadas igualmente a todos “a justiça, no sentido de normas de conduta justa, é indispensável à interação de homens livres”¹⁰⁷.

No contexto de liberdade, insere-se o sistema de mercado, a seguir analisado, que privou a sociedade do comando de um poder político que determinaria a posição material dos indivíduos.

¹⁰⁴ MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 283.

¹⁰⁵ Essa questão encontra íntima ligação com a atual ideia do “mínimo existencial”. A última dessa dissertação abordará esse tema com maior profundidade.

¹⁰⁶ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. I, p. 118.

¹⁰⁷ Idem, *ibidem*, p. 119.

Capítulo 5

A Ordem de Mercado

5.1. Mercado.

Ressalte-se que o trabalho não discorrerá sobre a disciplina da economia por se tratar de uma visão jurídica sobre a ordem de mercado e mais especificamente a de Frederich August von Hayek sobre o tema.

Inicialmente, observa-se que próprio jurista e economista identifica a multiplicidade de significados do termo 'economia' e também as muitas economias existentes numa sociedade. Assim, utiliza a palavra 'catalaxia'¹⁰⁸ para designar a enorme gama de economias presentes na sociedade.

Ele faz menção da ordem de mercado como a soma dessas economias distintas e define economia como “um complexo de atividades pelo qual um dado conjunto de meios é distribuído entre fins competitivos, de acordo com um plano unitário e segundo sua importância relativa”¹⁰⁹.

As diversas economias podem advir de fontes não iguais: assim, uma casa, uma empresa, uma fazenda, compõem economias diferentes. A totalidade de todas elas numa coletividade forma a economia nacional que é a “rede de muitas economias interligadas”¹¹⁰.

Como antes mencionado, o autor atribui à ordem espontânea a mesma característica que atribui à ordem de mercado – catalaxia, principalmente, no que tange

¹⁰⁸ “Uma vez que o nome ‘catalática’ (‘catallactics’) foi há muito tempo sugerido para definir a ciência que trata da ordem de mercado e, mais recentemente, ressuscitado, parece apropriado adotar o termo correspondente para a própria ordem de mercado. O termo ‘catalática’ foi derivado do verbo grego *katallattein* (ou *katallassein*), que significava, vale a pena lembrar, não só ‘trocar’ mas também ‘admitir na comunidade’ e ‘converter-se de inimigo em amigo’. Dele derivou-se o adjetivo catalático (‘*catallactic*’), para substituir ‘econômico’ na designação da classe de fenômenos de que trata a ciência da catalática. Os gregos antigos nem conheciam este termo, nem possuíam um substantivo correspondente; se tivessem formado um, teria sido provavelmente *katallaxia*. A partir deste, podemos formar o termo catalaxia (‘*catallaxy*’), que empregaremos para designar a ordem ocasionada pelo mútuo ajustamento de muitas economias individuais num mercado. Uma catalaxia é, pois, o tipo especial de ordem espontânea produzida pelo mercado, mediante a ação de pessoas dentro das normas jurídicas da propriedade, da responsabilidade civil e do contrato.” Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. II, p. 130.

¹⁰⁹ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. II, p. 130.

¹¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 130.

às oportunidades criadas e as expectativas satisfeitas, porém, com a especificidade de visar, principalmente, o acúmulo de bens.

Diante disso, desenvolve seu pensamento em que a ordem de mercado em última instância é o elo que une os membros da sociedade, pois, todos dependem do sistema econômico e buscam o acúmulo de bens, mesmo que tais pessoas não admitam:

(...) A maioria das pessoas ainda relutam em aceitar o fato e desdenham que o nexo com o dinheiro mantém a Grande Sociedade unida, que o grande ideal da unidade da humanidade, em última instância, depende das relações entre as partes regidas pelo esforço para a melhor satisfação de suas necessidades materiais¹¹¹ (tradução livre).

Tendo tal questão em mente, estimula o leitor a admitir que o membro da sociedade compreenderá a ordem espontânea de mercado e a busca pelo bem estar geral – ainda que com propósitos individuais específicos – se nela ingressar irrestritamente, ou melhor, se admitir que está inserido e deve empenhar, ou investir, todos os seus esforços.

A ordem de mercado, para Frederich August von Hayek, distingue-se da economia em sentido estrito, pois a ordem não é regida por uma escala ou uma hierarquia única de fins. Ainda, uma economia *stricto sensu* é comparada a uma organização de acordo com as diretrizes organizacionais já estudadas nesse trabalho:

(...) esta confusão de uma verdadeira economia hierárquica - como a de qualquer exército, uma escola ou uma corporação de negócios - com todo o reino da troca social, a catalaxia, informa em muitos aspectos da economia do bem estar e motiva seus projetos intervencionista através da ficção de um produto social total. Esta confusão entre catalaxia e economia é, no fundo, o resultado de uma incapacidade de reconhecer que a ordem é o produto de direção consciente - a ordem de uma hierarquia de gestão de uma corporação empresarial, por exemplo – consigo mesma depende sempre de uma ordem espontânea maior. A demanda desse domínio do intercâmbio humano tomado como um todo deve ser objeto de um planejamento intencional é, portanto, a demanda da vida social em ser reconstruída no caráter de uma fábrica, um exército, ou uma corporação empresarial - no caráter, em outras palavras, de uma organização autoritária.¹¹² (tradução livre)

¹¹¹ Idem, ibidem, p. 143 (...) “most people are still reluctant to accept the fact that it should be the disdained ‘cash-nexus’ which holds the Great Society together, that the great ideal of the unity of mankind should in the last resort depend on the relations between the parts being governed by the striving for the better satisfaction of their material needs”

¹¹² Idem, ibidem, p. 143 (...) “this confusion of a genuine hierarchical ‘economy’ - such as that of any army, a school or a business corporation – with the whole realm of social Exchange, the catalaxy,

Assim, ao discorrer sobre essa distinção e a confusão presente entre esses dois termos, John Gray explica que

(...) apenas uma reconstrução mental da ordem global da Grande Sociedade nos capacita a compreender que o objetivo deliberado nos propósitos comuns concretos, que a maioria das pessoas ainda aparece como mais meritórias e superior a obediência cega a regras abstratas, que iria destruir maior ordem em que todos os seres humanos igualmente confiam¹¹³ (tradução livre).

A economia *stricto sensu* é semelhante à Taxis, ou seja, trata-se de algo pré-planejado, criado voluntariamente pela intenção humana. Noutro lado, a ordem de mercado é comparada à noção de Cosmos: um sistema fruto da evolução natural dos acontecimentos e das ações de seus membros, de modo que suas normas não servem a fins específicos, mas são gerais e atingem a todos indistintamente, criando-se meios para que as oportunidades sejam equânimes.

Note-se que há liberdade para que os membros participantes de uma catalaxia atuem considerando-se, apenas, as limitações racionais dentro da ordem de mercado quanto a sua preservação e evolução. Nesse sentido, dentro dessa política de mercado, o indivíduo é livre para buscar e alcançar ou não seus objetivos e aumentar sua renda desde que não viole o direito de outrem de fazer o mesmo.

Uma política otimizada na catalaxia pode objetivar, e deve visar, o aumento das chances de qualquer membro da sociedade, escolhido aleatoriamente, em ter uma alta renda, ou, o que equivale à mesma coisa, a chance de que, qualquer que seja sua parte no rendimento total, talvez, o equivalente desta parte será tão grande como nós sabemos como fazê-lo¹¹⁴ (tradução livre).

informs many aspects of welfare economics and a motivates its interventionist projects via the fiction of a total social product. This confusion between ‘catallaxy’ and ‘economy’ is, at bottom, the result of an inability to acknowledge that the order which is the product of conscious direction – the order of a management hierarchy in a business corporation, for example – itself always depends upon a larger spontaneous order. The demand that domain of human exchange taken as a whole should be subject to purposive planning is therefore, the demand that social life be reconstructed in the character of a factory, an army, or a business corporation – in the character, in other words, of an authoritarian organization”.

¹¹³GRAY, John N. **F. A. von Hayek and the Rebirth of Classical Liberalism**. In: **Literature of Liberty**. Arlington, VA: Institute for Humane Studies, vol. V, nº4. 1982, pp. 19-101. Idem, ibidem, p. 143. (...) “only a mental reconstruction of the overall order of the Great Society enables us to comprehend that the deliberate aim at concrete common purposes, which to most people still appears as more meritorious and superior to blind obedience to abstract rules, would destroy that larger order in which all human beings count alike”.

¹¹⁴HAYEK, Frederich August von. **Studies in Philosophy, Politics and Economics**. Chicago: University of Chicago Press, 1978, p.173. “An optimal policy in a catallaxy may aim, and ought to aim, at increasing the chances of any member of society taken at random of having a high income, or, what amounts to the

Até mesmo quanto ao tema pode-se afirmar que não se pode considerar a justiça como no caso daquela proporcionada pelo comportamento humano intencional na construção de uma ordem.

Todavia, na ordem espontânea de mercado não se aplica tal fundamento, pois essa naturalmente se adéqua ao ambiente em que está inserida, de maneira não propositada. De tal modo que não se intenciona controlar a ordem de mercado – quanto aos bens e aos serviços oferecidos e demandados – não podendo ser “justo ou injusto, porque os resultados não são pretendidos ou previstos”¹¹⁵.

Deve-se observar que os objetivos dos diferentes agentes sociais, e aqui econômicos, são desiguais, existindo, porém, a ordem, incorporando essas vontades distintas e equilibrando o ambiente social econômico, pois apesar de livre, é regida por normas – positivadas ou não – observadas pela maioria absoluta de seus membros e acarretando sanções, caso sejam descumpridas. Percebe-se aqui que, se preciso for, haverá a imposição de uma “escala comum de valores específicos”¹¹⁶.

Há numa visão macro, uma colaboração mútua entre indivíduos que, apesar de buscarem objetivos diferentes, beneficiam-se do conhecimento e das ações alheias para atingirem seus objetivos. Tal direcionamento harmoniza a ordem de mercado e beneficia a todos.

É de grande valia lembrar, novamente, que Frederich August von Hayek sofreu considerável influência do liberal Adam Smith quanto a uma ordem de mercado espontânea que se auto-regulamenta, não necessitando a volumosa imposição normativa de um Estado intervencionista:

A economia política liberal clássica de David Hume e Adam Smith argumenta que o sistema de mercado da propriedade privada, o contrato e o consentimento poderiam simultaneamente alcançar a autonomia individual, uma pacífica cooperação nacional e internacional e prosperidade econômica. Indivíduos que perseguem seus próprios interesses, dentro deste cenário gerariam um padrão de resultados socialmente benéficos. O argumento desses pensadores não era que a busca do auto-interesse sob um regime institucional produzisse benefícios públicos. Na ausência da propriedade privada, por exemplo, a busca desenfreada do auto-interesse conduziria à degradação dos recursos, não à criação de riqueza. Sob as “certas” condições institucionais, no entanto, Smith argumentou que indivíduos que

same thing, the chance that, whatever his share in total income maybe, the real equivalent of this share will be as large as we know how to make it".

¹¹⁵ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. II, p. 89.

¹¹⁶ Idem, *ibidem*, p.134.

perseguem seus próprios objetivos geram o mesmo padrão de utilização dos recursos de que uma mente onisciente e benevolente teria gerado. Assim nasceu o contraste entre uma ordem espontânea e outra criada. A proposta de auto-regulação da economia de mercado foi fundamental para a história da mão invisível, de Smith¹¹⁷ (tradução livre).

Do contrário, se os objetivos fossem idênticos em todos os casos seria impossível manter a paz e a ordem por completo, pois cada um se utilizaria dos meios que fossem necessários para a consecução final de seus propósitos.

5.2. Normas de conduta e as regras do mercado

De início, vale ressaltar que o seguinte exemplo – o escambo: dois indivíduos diferentes utilizam-se de objetos distintos de maneira distinta e cada um satisfaz a necessidade do outro com o objeto que possui em troca daquele de que necessita, respeitando as normas de propriedade e dos acordos.

Frederich August von Hayek, diante do exemplo, estabelece também, de forma perspicaz, que os propósitos da troca poderiam ser completamente distintos e independentes que não alterariam a formatação e a finalização da transação.

Assim, auxilia-se o ser humano próximo a atingir seu objetivo sem mesmo estar intencionado para isso; destaque-se que, na imensa maioria dos casos, é possível ter conhecimento do objetivo alheio.

Somente a catalaxia permite o convívio pacífico de pessoas distintas, observando-se, principalmente, a concordância dos meios e não dos fins; mesmo que os indivíduos tenham objetivos distintos, são capazes de satisfazer as diferentes necessidades daquela sociedade, ainda que algumas vezes as expectativas se frustrem, isto não impede a convivência harmônica.

¹¹⁷ BOETTKE, Peter J.; Coyne, Christopher J.; LEESON, Peter T. **Frederich August von Hayek vs. the Neoclassicists: Lessons from the Socialist Calculation Debate**. In: **Journal of Markets and Morality**. Department of Economics, George Mason University, 2001, p.04. “The classical liberal political economy of David Hume and Adam Smith argued that the market system of private property, contract and consent could simultaneously achieve individual autonomy, peaceful domestic and international cooperation, and economic prosperity. Individuals pursuing their own interests within this setting would generate a pattern of outcomes that was socially beneficial. The argument of these thinkers was not that the pursuit of self-interest under any institutional regime would produce public benefits. Absent private property, for instance, unbridled self-interest would lead to the degradation of resources, not the creation of wealth. Under the “right” institutional conditions, however, Smith argued that individuals pursuing their own ends would generate the same pattern of resource use that an omniscient and benevolent mind would have generated. Thus was born the contrast of designed and undersigned order. The proposition of self-regulation of the market economy was central to the invisible hand story that Smith told”.

Da mesma forma, escreve Ricardo Feijó, quando estuda Frederich August von Hayek e suas concepções quanto aos atributos da ordem de mercado:

Portanto, são dois os atributos desejáveis da ordem de mercado apontados por Hayek: 1. A ordem espontânea de mercado é voltada apenas para os meios de que dispõe cada indivíduo, não havendo necessidade de concordância entre eles em relação aos fins. O mercado para Hayek não visa atender a uma hierarquia externa de objetivos, mas serve apenas à multiplicidade de fins particulares que cada um persegue ao guiar suas ações. 2. Os propósitos particulares dos indivíduos que atuam no mercado podem ser reconciliados sem a necessidade de um consenso prévio quanto aos fins, o que evitaria uma fonte potencial de conflitos entre eles, mantendo coesa a sociedade. Ao conformar os indivíduos a aceitarem um conjunto de normas (por exemplo, o reconhecimento da propriedade privada), o mercado possibilita-lhes beneficiarem-se mutuamente, coordenando suas ações pela convergência de expectativas individuais¹¹⁸.

Com isso, conclui-se que a ordem de mercado visa os meios e não os fins, assim como a ordem social espontânea, e permite a coexistência de membros com propósitos diferentes. É possível identificar, no pensamento do austro-húngaro, uma posição definida de que a Grande Sociedade (Adam Smith) é dependente, completamente, da ordem espontânea de mercado. Aqui se observa, mais uma vez, a distinção entre relações econômicas – catalaxia – e economia, no seu sentido estrito.

Assim, a Grande Sociedade se mantém preservada, harmônica, graças às relações econômicas. Com isso, “o grande ideal de união da humanidade dependa, em última instância, de serem as relações entre as partes regidas pelo empenho para a melhor satisfação de suas necessidades materiais”¹¹⁹.

Tal fato deve ser ressaltado, inclusive, por possibilitar que indivíduos espalhados ao redor do globo terrestre busquem seus objetivos próprios – ainda que divergentes entre si – de maneira pacífica. Tudo isso somente é possível – e até mesmo desejável – por intermédio das relações econômicas numa ordem espontânea de mercado.

Num primeiro momento, atribui-se – por completo – a sustentação da sociedade pelas relações econômicas, ou seja, a ordem de mercado seria a grande responsável pela preservação da ordem social.

Nessa esteira, Denise Barbosa Gros, em sua tese de doutorado (**Institutos Liberais e neoliberalismo no Brasil da Nova República**), observa a questão quanto

¹¹⁸ FEIJÓ, Ricardo. **Economia e Filosofia na Escola Austríaca: Menger, Mises e Frederich August von Hayek**. São Paulo: Nobel, 2000.

¹¹⁹ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. II, p. 136.

aos elementos conceituais da doutrina neoliberal ao tratar especificamente da concepção da sociedade como mercado:

O mercado seria, então, de acordo com a concepção epistemológica da Escola Austríaca, o único fator racional de ordenamento da sociedade e de sua organização econômica, bem como o sistema ótimo de alocação de recursos. No mercado, são definidos livremente os preços, pela lei da oferta e da demanda, a própria produção, a concorrência e o lucro. São os consumidores que definem, a partir de suas preferências, a qualidade e a quantidade do que deve ser produzido¹²⁰.

Percebe-se a extensão que possui catalaxia, não se limitando a fronteiras. Tais relações transmitem não somente bens, como também conhecimento, cultura, tecnologia, etc.; “é verdade que, em geral, essa dependência que liga cada homem às ações de tantos outros não é um fato físico, mas o que poderíamos chamar de fato econômico”¹²¹

Destarte, para ele, a ordem global é sustentada e mantida pelos fatos econômicos.¹²²

O papel do mercado, contudo, não se limita às questões econômicas, vai além e possibilita, inclusive, a troca e a expansão de conhecimentos diversos, assim como observa nesse ensaio sobre o artigo de Frederich August von Hayek intitulado “O uso do conhecimento na sociedade”:

Neste ensaio, que se tornou um clássico do nosso tempo, Hayek suscitou pela primeira vez sua afirmação de que o sistema de preços é fruto do desenvolvimento social resultado da evolução e não da vontade humana deliberada, e possibilita a transmissão de informação econômica que está dispersa e fragmentada entre milhares e milhares de indivíduos. Assim, surge uma teoria de que enxerga no mercado um método de transmissão e utilização do conhecimento¹²³ (tradução livre).

¹²⁰ GROS, Denise Barbosa. **Institutos Liberais e neoliberalismo no Brasil da Nova República**. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, 2003. Cf. também. GROS, D.B. Tese de Doutorado. Campinas: Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2002, p.81.

¹²¹ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, p.136.

¹²² Relembrando a frase coloquial de que “o dinheiro faz o mundo girar”!

¹²³ Academic Paper em espanhol (autor desconhecido) sobre a obra **The Use of Knowledge in Society by Freidrich August von Hayek**. Reprinted from the American Economic Review, XXXV, nº. 4. September, 1945, 519-30. “En este ensayo, que ha llegado a ser un clásico de nuestro tiempo, Frederich August von Hayek planteó por primera vez su tesis de que el sistema de precios es un desarrollo social que ha resultado de la evolución y no del diseño deliberado, y que permite detectar y transmitir la información económica que se encuentra dispersa y fragmentada entre miles y miles de individuos. Emerge así una teoría que ve en el mercado un método de transmisión y utilización del conocimiento” [http://www.scribd.com/doc/4797113/El-Uso-del-Conocimiento-en-la-Sociedad-Freidrich August von Hayek](http://www.scribd.com/doc/4797113/El-Uso-del-Conocimiento-en-la-Sociedad-Freidrich-August-von-Hayek).

Adiante, admite-se que a ordem espontânea de mercado mantém a Grande Sociedade em funcionamento, mas os fins não podem ser considerados econômicos em sua essência final. Isso porque, numa possível interpretação deve-se perceber que há o emprego dos meios econômicos na busca de propósitos finais, ou seja, satisfação de necessidades pessoais – nem sempre econômicas.

Nesse sentido, o pensamento de Márcio Pugliesi sobre a ordem econômica em geral, em contraposição à economia neoliberal, aponta para interessantes questões acerca do assunto:

Como modelo de escolha econômica só pode prosperar se admitidas condições para decisões racionais¹²⁴ com vistas a fins (estes podem ser irracionais), embora não haja como assegurar que o funcionamento de todo o sistema econômico possa defluir da escolha econômica dos atores, pois, sistemicamente, o todo é maior que a soma das partes. O fato dos atores agirem racionalmente indica que a ação é conforme à situação que se lhes apresenta, i.e., segundo a totalidade de informações disponíveis no momento e segundo a qualidade de tais informações¹²⁵.

Todavia, esses resultados finais somente são possíveis se forem empregados meios econômicos. Não é uma ordem de fins, mas sim de meios visando a fins.

Essa é, em linhas gerais, a incumbência da política governamental, uma vez que busca uma ordem geral abstrata que promova meios equânimes, oportunidades igualitárias a seus membros para que esses atinjam seus propósitos.

Para se compreender a ordem de mercado deve-se observá-la como um sistema dotado de regras em que seus participantes não somente as obedecem, mas delas se

¹²⁴ Cabe considerar o que diz MOSTERÍN, Jesús. **Racionalidad y acción humana**, Madrid: Alianza, 1978: “La racionalitat —en el sentit en què aquí l’entendem— no és una facultat, sinó un mètode. L’aplicació del mètode racional pressuposa certes facultats. Però cap facultat no garanteix que s’apliqui el mètode racional. I si bé només té sentit qualificar de racional o irracional la conducta d’éssers intel·ligents, segons que utilitzin o no la seva intel·ligència d’acord a les normes del mètode racional, cal reconèixer que la més viva de les intel·ligències és perfectament compatible amb una crassa irracionalitat.

La racionalitat es predica de les nostres creences i opinions, per una banda, i de les nostres decisions, accions i conducta, per l’altra. Anomenarem racionalitat creencial aquella que es predica de creences i opinions, i racionalitat pràctica, a la que es predica de decisions, accions i conducta..” (1978:20) [“A racionalidade - no sentido aqui empregado – não é uma faculdade, mas um método. A aplicação do método racional pressupõe certas faculdades. Mas, ter a faculdade não garante que se aplique o método racional. E se se qualificar de racional ou irracional a conduta de seres inteligentes, segundo utilizem ou não sua inteligência de acordo com as normas do método racional, cabe reconhecer que a mais viva das inteligências é perfeitamente compatível com uma crassa irracionalidade. A racionalidade deriva de nossas crenças e opiniões, por um lado, e de nossas decisões, ações e conduta por outra. Denomina-se racionalidade creencial aquela que deriva de crenças e opiniões e racionalidade prática, a que deriva de decisões, ações e conduta”].

¹²⁵ Cf. PUGLIESI, Márcio. **Filosofia Geral e do Direito – Uma abordagem contemporânea**. Tese de Doutorado. São Paulo: PUC/SP, 2008, p. 321.

utilizam para atingirem seus objetivos finais; tal conceito guarda íntima relação com as regras de um jogo, o jogo da catalaxia.

O resultado desse jogo é “uma combinação de habilidade e sorte” de seus participantes¹²⁶.

Este direciona os jogadores a se utilizarem dos instrumentos a eles disponíveis para aumentarem o acúmulo de riquezas. De igual forma cooperam, ainda, para que as suas oportunidades aumentem, tornando tal situação num ciclo de enriquecimento, de geração constante de riquezas.

A geração de riqueza é resultado da atuação consciente dos participantes no jogo, além disso, o próprio jogo lhes oferece dados que permitem a adoção de passos com vistas ao enriquecimento.

O objetivo é o maior ganho ao menor custo possível. Tal sistemática justifica a distribuição de renda dentro do jogo: aquele que obtiver maior sucesso terá um acúmulo de bens maior, e o inverso também é verdadeiro.

É, também, relevante a informação assinalada quando trata da necessidade dos outros participantes do jogo:

Trata-se, pois, de um jogo produtor de riquezas porque fornece, a cada jogador, uma informação que lhe permite satisfazer necessidade de que não tem conhecimento direto, por meios cuja existência ignoraria se não houvesse tal jogo, ocasionando assim a satisfação de uma maior gama de necessidade do que seria possível de outro modo¹²⁷.

A citação acima traz consigo a fórmula da precificação tendo em vista a demanda do mercado e sua oferta, ainda que os preços sirvam como referência e a maneira como o mercado enxerga o valor do bens e serviços na atualidade; destaque-se que os valores dos bens não são levados em consideração quando se pensa nos indicadores passados.

Importante explicitar que a ideia acima, além de tudo, demonstra que o mercado frustra e corresponde a expectativas distintas de diferentes jogadores, isso se revela na concorrência.

Quando se trata de concorrência, num mercado livre, a informação ganha relevância primária, quem detém novas informações sobre necessidades e maneiras

¹²⁶ Idem, ibidem, vol. II, p. 139.

¹²⁷ Idem, ibidem, vol. II, pp. 139-140.

de satisfazê-las a um lucro máximo, diante de um custo mínimo, o que, *per se*, é uma das principais chaves para o êxito pleno.

Como já mencionado, a atuação no mercado funciona por intermédio da tentativa e erro na oferta de determinado bem ou serviço ao mercado consumidor e dele se espera um *feedback*, que são “os resultados esperados e efetivo das ações”¹²⁸, quer positivo ou negativo, quanto à aceitação ou não daquilo que foi ofertado. Dessa forma, os militantes do mercado recebem a recompensa pelo que fizeram ou amargam o prejuízo por aquilo que deixaram de fazer e isso não está ligado à moral e não tem sentido meritório.

A retribuição citada serve também como incentivo para promover a manutenção e a mudança natural na ordem de mercado, ou a sua evolução. O rumo automático ao longo do caminho fornece respostas às ações das pessoas que fazem parte do mercado.

Diante disso, ressalta-se que “a melhor recompensa será assegurada não por boas intenções ou necessidades, mas pela prática de que de fato mais beneficia os outros, sem importar o motivo”¹²⁹.

Nota-se a corrente do liberalismo pregada, fluindo nesse sistema, pois é justo que os participantes desse jogo – conhecedores das regras – possam atuar livremente. *Contrario sensu*, se o Estado controlasse a produção e determinasse o preço, uma vez que tal controle seria totalmente nocivo e a intervenção não permitiria a evolução espontânea e de igual forma a concorrência seria eliminada.

Ideia que encontra consonância *no* artigo sobre as “Regras e ordem do mercado nas visões de Adam Smith e Frederich August von Hayek”, de Angela Ganem, que assim discorre:

A função da concorrência é mostrar quais os planos errados e a distribuição resultante talvez não seja materialmente a mais justa, mas provém de um processo que aumenta o número de ocasiões propícias ao sucesso de todos. O legislador, nesse caso, tem o dever de garantir a ampliação da chance de todos. Na verdade, ele deve velar para que se garantam as regras comprometidas com o aumento da probabilidade de sucesso de pessoas desconhecidas, cujas oportunidades dependerão, sobretudo, de seu conhecimento e habilidades individuais¹³⁰.

¹²⁸ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. III, p.136.

¹²⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 91.

¹³⁰ GANEM, Angela. **Regras e Ordem do Mercado nas visões de Adam Smith e F. A. Hayek**. Niterói: Universidade Federal Fluminense, ANPEC - Associação Nacional dos Centros de Pós-graduação em

Não haveria sucesso ou insucesso, mas a execução de tarefas pré-determinadas e o conhecimento se restringiria àquele transmitido pela autoridade e novos fatos não seriam relevantes aos *players*¹³¹:

os homens só podem ser livres para agir com base no próprio conhecimento e com vistas aos próprios fins se a recompensa obtida depende, em parte, de circunstâncias que não podem controlar nem prever. E se lhes é permitido agir com base em suas próprias convicções morais, não se pode também, ao mesmo tempo, exigir que os efeitos totais de suas respectivas ações nas diferentes pessoas correspondam a algum ideal de justiça distributiva. Nesse sentido, a liberdade é inseparável de compensações que muitas vezes não tem relação com o mérito, sendo por isso consideradas injustas¹³².

Com livre-arbítrio para negociar, a interferência estatal deve ser mínima, ou seja, a intervenção no mercado deve limitar-se a garantir e a preservar a ordem espontânea de mercado e punir aqueles que desrespeitarem tal ordenamento, pois “a coerção deve limitar-se à execução de normas uniformes de conduta justa, aplicáveis igualmente a todos”¹³³.

Em consonância com a reflexão acima traz-se o pensamento de Angela Ganem:

O governo nesse caso deve respeitar o fundamento lógico de uma sociedade livre aceitando que a diferença de oportunidades está relacionada com as eficácias individuais desse processo de descoberta constituído pelo mercado. O intento de tornar as oportunidades de indivíduos iguais produz injustiças. Para evitar os efeitos nefastos do racionalismo construtivista, Hayek sugere que o Estado garanta os direitos negativos do cidadão: somente as regras de um governo que favorece o funcionamento catalítico do mercado aumentariam as chances de todos¹³⁴.

As normas de conduta justa não visam fins, mas expõem as regras, meios para que os membros alcancem os fins desejados. Tudo isso, dentro dos limites de cada campo de atuação individual, colimando a não interferência no desempenho alheio.

Ao determinar como não deve agir o jogador, as normas tenderão a regular o processo, fornecer aos indivíduos a segurança necessária para que participem da

Economia [Brazilian Association of Graduate Programs in Economics], Anais do XXXIII Encontro Nacional de Economia [Proceedings of the 33th Brazilian Economics Meeting], 2005 p. 11.

¹³¹ Termo utilizado para designar os participantes do jogo do mercado, ou seja, ordem de mercado espontânea, capazes de jogar de acordo com as regras e mesmo produzi-las.

¹³² Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, p. 144.

¹³³ *Idem*, *ibidem*, p.144.

¹³⁴ GANEM, Angela. *Op. cit.*, p. 09.

catalaxia com conhecimento das diretrizes gerais – diminuindo a incerteza – e não irão interferir na substância material, ou seja, no preço praticado, na margem de lucro, na quantidade de mercadorias vendidas e compradas e no benefício que cada um obterá de uma transação comercial.

A proteção oferecida pelas normas diz respeito às expectativas quanto os preceitos aplicados à ordem de mercado e não ao valor dos bens e serviços oferecidos, portanto, não pode haver regulamentos que interfiram na propriedade privada, tampouco que almejem determinar o preço de um produto ou serviço e o lucro correspondente àquele que oferta.

Ainda, quanto às normas, essas devem garantir, sim, a metodologia e os procedimentos aplicados à ordem de mercado, mas devem também, intentar criar um ambiente favorável e produzir um instrumental para que os que dele se utilizam tenham maior oportunidade de sucesso.

Todavia, não se afirma aqui que deve-se garantir o resultado mas sim os meios. Garante-se o método e não o efeito, esse, é individual.

Momento oportuno para suscitar o seguinte pensamento:

o objetivo da legislação, ao estabelecer normas para um número desconhecido de circunstâncias futuras, só pode ser, portanto, aumentar a probabilidade de sucesso de pessoas desconhecidas, cujas oportunidades dependerão sobretudo de seu conhecimento e habilidade individuais, bem como das condições específicas em que por acaso estiverem¹³⁵.

Com isso, pode-se concluir que as normas de conduta justa são elaboradas tendo em vista o aumento de chances de êxito de todos indistintamente e que, de igual maneira, atingirão a todos e todas as transações particulares quer seus efeitos sejam desejáveis, ou não, a determinados indivíduos.

Mas isso não significa que todos terão especificamente a mesma oportunidade, pois isso depende de eventos futuros e incertos não controlados pelas regras.

Ademais, isso ocorre dessa maneira, pois deve-se considerar que cada ator nessa grande peça denominada mercado encontra-se numa posição inicial diferente; assim, não se pode esperar o mesmo desempenho para todos. Finalmente, o componente de imprevisibilidade está presente em todas as ocasiões, o que torna mais aleatório o resultado final.

¹³⁵ Idem, ibidem, p. 150.

Tem-se que a norma de conduta é geral e não tem um propósito específico o que possibilita a liberdade de cada jogador no jogo da catalaxia.

Contudo, se o Estado resolve agir de outra maneira, como por exemplo, expedir determinações que são específicas e visam a um fim específico, tal liberdade pode ser mitigada ou extinta por completo.

Seguindo essa linha de raciocínio, Wallace de Oliveira Bastos, ao tratar do neoliberalismo e do disciplinamento da economia de mercado menciona que:

(...) a obra de Frederich August von Hayek constitui um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas política, sendo seu alvo imediato, no momento em que foi escrito, o Partido Trabalhista Inglês, às vésperas da eleição geral de 1945 na Inglaterra, que esse partido efetivamente venceria¹³⁶.

Essa é a intervenção estatal não desejável numa ordem social espontânea e numa ordem de mercado espontânea, tendo em vista a livre economia. De tal modo, assevera que “o objetivo da interferência é sempre, pois, provocar um determinado resultado diverso do que se produziria se o mecanismo pudesse seguir, sem ajuda, seus princípios inerentes”¹³⁷.

Assim, alteram-se os resultados que seriam diferentes se as regulamentações gerais fossem obedecidas, modificando, propositalmente, a conduta dos membros e provocando consequências injustas para ambos os lados, tanto para os beneficiados quanto aos prejudicados, pois não eram merecedores do resultado e não enfrentariam tais efeitos se o *status quo* fosse mantido.

Nota-se que há ingerência estatal não pelo descumprimento de determinada diretriz, mas sim, pela vontade da autoridade de controlar o resultado das transações de mercado, culminando na retirada de liberdade dos jogadores da catalaxia. Além disso, com tal atitude, a ordem de mercado deixa de ser espontânea e se torna planejada, criada.

Não se pode, ainda, tentar corrigir situações aparentemente injustas, no que tange à distribuição de renda. O porquê disso? Pois não estaríamos tratando da ordem de mercado espontânea, mas sim da organização de mercado, que determinaria os fins

¹³⁶ BASTOS, Wallace de Oliveira. **Direito econômico-constitucional: a intervenção do Estado: eficácia e efetividade das normas de controle**. Brasília: Projecto Editorial, 2002. p. 69.

¹³⁷ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, pp. 152-153.

das ações e o valor a ser percebido por cada membro, “a cota de cada um seja estipulada por uma autoridade central”¹³⁸.

Essa atitude intervencionista, numa ordem espontânea de mercado, nunca será considerada justa; nesse caso, aplicar-se-ão normas diferentes aos participantes não proporcionando condições iguais de jogo.

Tal linha de atuação revelaria um governo absolutista, que determina a posição de membro social na superestrutura de mercado, confrontando radicalmente todos os princípios do liberalismo.

Quanto ao tema, Atilio A. Boron e Álvaro de Vita, ao trazerem a discussão sobre “el liberalismo como tradición emancipadora” expõem que:

O liberalismo sugere uma limitação dramática do papel do governo (que ele vê como a principal fonte de riscos e opressões), chama isso de “neutralidade” tendo em vista os diversos planos de vida escolhidos por qualquer um; exige um papel do Estado de mero árbitro frente às operações realizadas ou a serem realizadas pelos indivíduos e suas opções quanto ao mercado econômico ou cultural¹³⁹ (tradução livre).

Frederich August von Hayek explica que “só se pode ‘corrigir’ uma ordem certificando-se de que os princípios em que ela se funda sejam aplicados com coerência, e não aplicando, a uma parte do todo, princípios que não se aplicam às demais”¹⁴⁰.

É de grande valia anotar que esse pensamento, em algumas ocasiões, é utilizado para “promover” a “justiça social”. Porém, como acima mencionado, cria um verdadeiro ambiente desequilibrado e injusto, pois as normas não são aplicadas de maneira igual aos membros da sociedade relativamente à economia.

Os propósitos finais não podem ser adotados como base para aplicação das leis de conduta numa sociedade, do contrário além de se observar a injustiça comentada tem-se, mais uma vez, um Estado intervencionista e autoritário. Esse não permitirá que o membro aplique seu conhecimento para buscar seu objetivo e ainda determinará quais os resultados das ações dos jogadores, mitigada está a liberdade.

¹³⁸ Idem, ibidem, p. 169.

¹³⁹ BORON, Atilio A.; VITA, Álvaro de. (dir.). **Teoría y Filosofía Política - La Recuperación de los clásicos en el debate latinoamericano**. Buenos Aires: Clacso, 2002: “el liberalismo sugiere acotar drásticamente el papel del Estado (al que ve como principal fuente de riesgos opresivos), pide a éste “neutralidad” frente a los diversos planes de vida que cualquiera pueda escoger, exige un rol de mero árbitro frente a las operaciones que los individuos quieran realizar o las opciones que quieran escoger en el mercado económico o cultural”, p. 98.

¹⁴⁰ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. III, p.169.

Para Frederich August von Hayek:

Aquilo que, em especial, a maioria dos membros da Nova Esquerda parece não perceber é que o tratamento igual para todos os homens, que também eles reivindicam, só é Possível num sistema em que as ações individuais sejam limitadas apenas por normas formais, e não guiadas por seus efeitos conhecidos¹⁴¹.

Visão essa revelada num Estado liberal e não naqueles que se assemelham ao comunismo ou ao socialismo e mesmo às novas concepções da esquerda.

5.3. Mazela da ordem de mercado

Cabe aqui, fazer alguns brevíssimos apontamentos sobre as enfermidades que uma ordem de mercado espontânea, tendo em vista um sistema liberal, pode enfrentar.

Mesmo que o sistema liberal da ordem de mercado enfrente crises, isso não significa que ele deve ser logo substituído por outro modelo econômico. O sistema nunca sofrerá um regresso a ponto de “zerar o processo”.

Todo o sistema econômico, num Estado liberal, sofre alterações constantes, quer as condições sejam favoráveis ou não. É um sistema dinâmico – sujeito aos ciclos econômicos – propenso ao desequilíbrio, mesmo porque a economia contém armadilhas que a ordem de mercado não pode conter e, algumas vezes, sequer prever.

Parece que Frederich August von Hayek acreditava que um sistema liberal sofreria com crises periódicas como custo natural da manutenção de um sistema monetário e de crédito elásticos garantidores de uma expansão econômica. Ele relata que a crise surge

(...) da própria natureza da organização moderna de crédito. Enquanto fazemos uso do crédito bancário como um meio de promover o desenvolvimento econômico, teremos que enfrentar os resultados dos ciclos comerciais. Eles são, em certo sentido, o preço que pagamos por uma velocidade de desenvolvimento superior ao que as pessoas normalmente seriam capazes de fazer através de suas economias, e que, portanto, tem de ser retirado deles. E mesmo se é um erro – como a recorrência de crises se demonstrou – supor que nós podemos, desta forma, superar todos os obstáculos no caminho do progresso, é, no mínimo, convincente que os fatores não-econômicos do progresso, como o conhecimento técnico e comercial, beneficiaram de uma forma que deveríamos ser relutantes em renunciar (tradução livre)¹⁴².

¹⁴¹ Idem, ibidem, p. 174.

¹⁴² HAYEK, F.A. **Monetary Theory and the Trade Cycle: Augustus M Kelley Pubs**; nova edição de 1933 (Junho 1966), pp. 189–90. (...) “from the very nature of the modern organization of credit. So long as we make use of bank credit as a means of furthering economic development we shall have to put up with

Opinião seguida por Anthony Guiddens ao discorrer sobre as crises num sistema capitalista e assevera que elas

(...) constituem o mecanismo regulador que permite que o sistema de sobreviver a flutuações periódicas a que está submetido. O efeito de uma crise é restaurar o equilíbrio e permitir o crescimento passado (tradução livre)¹⁴³.

É notório que uma crise diminui o crescimento do mercado, uma vez que gera a perda de confiança no sistema, a falta de crédito no mercado, aumento de desemprego, além de induzir os consumidores a poupar mais e, conseqüentemente, a gastar menos.

Numa possível interpretação hayekiana, afirma-se que o motivo da crise econômica num sistema capitalista é – num primeiro momento – o encolhimento no sistema de produção e – numa segunda etapa – a falta de lastro dos bancos privados ou públicos no que tange às suas reservas frente aos ativos financeiros dos seus correntistas. Com isso, apresenta uma atitude que, segundo ele, preveniria o colapso:

Como já enfatizado, os antigos teóricos ingleses da “escola da moeda” tiveram maior compreensão do que a maioria dos economistas que vieram depois deles. A escola depositava sua esperança na idéia de evitar flutuações cíclicas pela regulação na emissão de notas. Mas desde que eles levaram apenas em conta os efeitos da emissão de notas em conta e negligenciado os depósitos em dinheiro, e as restrições impostas ao crédito bancário sempre poderia ser contornada por uma expansão das transferências através de depósitos bancários, o ato de Peel e os estatutos do banco central modelado sobre ela não poderia alcançar este objetivo. O problema da prevenção de crises teria recebido uma solução radical, se o conceito básico do ato de Peel tinha sido constantemente desenvolvidos para a prescrição de 100 por cento de ouro para cobrir os depósitos bancários, bem como as notas¹⁴⁴ (grifo nosso).

the resulting trade cycles. They are, in a sense, the price we pay for a speed of development exceeding that which people would voluntarily make possible through their savings, and which therefore has to be extorted from them. And even if it is a mistake — as the recurrence of crises would demonstrate — to suppose that we can, in this way, overcome all obstacles standing in the way of progress, it is at least conceivable that the non-economic factors of progress, such as technical and commercial knowledge, are thereby benefited in a way which we should be reluctant to forgo”.

¹⁴³ GUIDENS, Anthony. **El capitalismo y la moderna teoría social**. Madri, Espanha: Vision Libros, 1988 p.7: “forman el mecanismo regulador que permite al sistema sobrevivir a las fluctuaciones periódicas a que está sometido. El efecto de una crisis es restaurar el equilibrio, y posibilitar el crecimiento ulterior”

¹⁴⁴ HAYEK, Frederich August von, *Op. cit.*, vol. III, 1985, p. 29.

Tendo em vista a espontaneidade do sistema, os próprios jogadores, de uma maneira conjunta, trabalham pelo equilíbrio geral da ordem até que a normalidade seja restaurada. Contudo, se o esforço fosse unilateral, proveniente somente do governo, a impressão é que a ordem não poderia regressar ao *status quo*.

Parece que o verdadeiro papel do governo quanto à ordem de mercado é tentar manter a estabilidade por intermédio da regulamentação, mas mesmo diante de uma anormalidade, não se deve instituir um conjunto de regras, isso além de retirar a liberdade do mercado, impede que ele reaja com a velocidade necessária ou possível.

Entretanto, quando um desequilíbrio negativo atinge a sociedade, ela se volta, com mais força, ao mercado. Paradoxalmente, um evento como esse traz maturidade e revela falhas estruturais no processo, que corrigidas, previnem novos colapsos.

Pode-se, ousadamente, afirmar que a saída de uma situação econômica calamitosa reside na pseudo-inversão de papéis: o Estado injeta recursos na economia, diminuindo os gastos com a máquina estatal, proporcionando, desta forma, melhores condições aos membros sociais.

Esse é, na verdade, o único papel possível na busca da “justiça social” e redistribuição da riqueza: via tributação o Estado deve investir em previdência social, educação, saúde, obras estruturantes e estabelecer um regime legal para os bancos e serviços financeiros

Somado a isso, devem os jogadores da catalaxia se auto-regulamentar visando o resgate do equilíbrio e a retomada do crescimento numa ordem econômica em retração ou estagnada.

Mesmo assim, a história provou que o mercado liberal é o único sistema que suporta crises e pode reagir a elas de maneira efetiva, diferentemente do comunismo – que não deu certo em nenhuma parte do mundo – e do socialismo, que atualmente está quase extinto do globo terrestre.

Reproduz-se o pensamento do jus-filósofo italiano Bobbio ao defender o liberalismo como maneira de defesa da economia de mercado contra o estado intervencionista e a reivindicação dos direitos dos homens contra toda forma de despotismo. Assim, os liberais, já faz algum tempo, ergueram a cabeça e

(...) seu alvo não é tanto o coletivismo dos países em que os partidos comunistas assumiram o poder, quanto o estado assistencial, isto é, o experimento social democrático. num certo sentido, o ataque contra o

sistema soviético é dado como favas contadas. o que agora excita o espírito agressivo dos novos liberais é o efeito, considerado desastroso, das políticas keynesianas adotadas pelos estados economicamente e politicamente mais avançados, especialmente sob o impulso dos partidos social-democráticos ou trabalhistas. os vícios que habitualmente eram atribuídos aos estados absolutos — burocratização, perda das liberdades pessoais, desperdício de recursos, má condução econômica — passam a ser agora pontualmente atribuídos aos governos que adotaram políticas de tipo social democrático ou trabalhista. quem acredita ainda poder contrapor um socialismo bom a um mau deveria, segundo os neoliberais, rever essa posição¹⁴⁵.

Conclui Bobbio que:

(...) tudo o que lembra, mesmo que de longe, o socialismo, inclusive na sua forma mais atenuada (que os socialistas consideram não-socialista), cheira mal, deve ser jogado fora. Se alguém chegou a pensar que dos direitos de liberdade deveriam ser excluídos os direitos à liberdade econômica (como de fato foram excluídos na declaração universal dos direitos do homem, obrigada a contemplar exigências diversas), deveria agora convencer-se, segundo aqueles neoliberais, diante da prestação de contas de governos que confiantemente aplicaram políticas de assistência e de intervenção pública, que sem liberdade econômica não existe nenhuma liberdade e está aberta a estrada, para retomar o célebre título de um livro de von Frederich August von Hayek, 'rumo à servidão'.

Tal situação também pode ser observada nas considerações de Atilio Boron e Álvaro Vita sobre o assunto:

Na medida em que a sociedade é uma ordem espontânea e cujos resultados contingentes são desconhecidos de antemão, as ações governamentais inspiradas na utopia construtivista só servem para destruir os delicados mecanismos do Kosmos e piorar o estado das coisas. Portanto, não tendo sido criado por qualquer agente, a ordem social está imune à crítica do ponto de vista da justiça social. Como Frederich August von Hayek reafirma ao longo de seu livro, é absurdo refutar a uma ordem social pelas suas desigualdades como lamentando a "injustiça" de um desastre natural. Além disso, na medida em que uma organização como o governo pretende interferir com as suas ações e iniciativas na ordem espontânea de mercado, o resultado será, como o nosso autor tinha advertido no Caminhão da servidão, uma catástrofe totalitária. Assim, o conceito da justiça social é completamente sem sentido, e da sociedade capitalista, livre de culpa. Não há necessidade de se alongar muito sobre o caráter manifestamente apologético de toda a construção hayekiana¹⁴⁶ (tradução livre).

¹⁴⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 117.

¹⁴⁶ BORON, Atilio A.; VITA, Álvaro de. *Op. cit.*, p. 150. "En la medida en que la sociedad es un orden espontáneo cuyos resultados son contingentes y desconocidos de antemano, las acciones

Ainda que os marxistas defendam a superação de uma ordem de mercado espontânea e liberal – também por intermédio da edição de normas que planejem o mercado –, em que o lucro e as recompensas individuais, com base na propriedade privada são sua motivação, a auto-regulação do mercado se sobrepõe a qualquer norma emitida por qualquer legislativo tendente a antever resultados das transações comerciais.

Ainda nesse tema, Marcio Pugliesi¹⁴⁷ trata do sujeito e do neoliberalismo e de como o indivíduo participa de diversos grupos, ou seja, não somente uma comunidade, mas sim múltiplas, ainda que busque seu próprio ideal.

Todavia, na segunda metade do século passado, o sujeito individualmente considerado, sofreu rigoroso descrédito ante a teoria iluminista – a qual exaltava a autonomia e racional clareza – em prestígio às “normas de direito, das restrições civilizatórias e influência do financiamento sobre a produção dos projetos da cultura”¹⁴⁸. Porém a doutrina socialista foi posta em cheque pelos Teóricos sociais tendo em vista a possibilidade “de compreender a transformação social exclusivamente à luz da ação coletiva inserida na estrutura social”.

Assim conclui:

O modelo analítico marxista, dominante como instrumento de análise social no período, que tinha no proletariado o sujeito coletivo para a produção da mudança social, descobriu que a classe não mais conseguia explicar a pluralidade interna de formas, posições e estratégias da ação coletiva. Incorporaram ao modelo primitivo a existência de novos atores hegemônicos que foram designados e se autodenominaram, sob diferentes rótulos, mas sempre – movimentos, até a derrocada do socialismo em seus diferentes modelos e a conformação de um sistema transnacional de controle. A massiva transformação estava aperfeiçoada: por uma inclusão forçada de todos

gubernamentales inspiradas en las utopías constructivistas sólo servirán para destruir los delicados mecanismos del *cosmos* y empeorar el estado de cosas existente. Por consiguiente, al no haber sido creado por ningún agente, el orden social es inmune a toda crítica desde el punto de vista de la justicia social. Tal como Frederick August von Hayek lo reitera a lo largo de su libro, tan absurdo es impugnar a un orden social por sus desigualdades como lamentarse de la “injusticia” de una catástrofe natural. Es más, en la medida en que una organización como el gobierno pretenda inmiscuirse con sus acciones e iniciativas en el orden natural del mercado, el resultado será, tal como nuestro autor lo había advertido en *El Camino a la Servidumbre*, una catástrofe totalitaria. De este modo el tema de la justicia social queda completamente desdibujado, y la sociedad capitalista exenta de culpa y cargo. No hace falta insistir demasiado en el carácter burdamente apologético de toda la construcción Frederick August von hayekiana”.

¹⁴⁷ PUGLIESI, Márcio. *Op. cit.*, p. 29.

¹⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 29.

num segmentar processo de venda de produtos eliminavam-se a classe e os movimentos como sujeitos de uma possível mudança e instaurava-se a grande era dos direitos e garantias individuais. Os movimentos coletivos tinham sido 'terminados' politicamente e, o sistema, deu por esgotado, incluso, seu papel imaginário. A expectativa seria o ressurgimento, em glória, do sujeito construído pelo Iluminismo, propagandeado pelo neoliberalismo como o centro das escolhas econômicas racionais, subordinado à razão, à competitividade e a um igualitarismo normativo¹⁴⁹.

Finalmente, a maior regulação do mercado não é benéfica, quando a intenção é evitar uma nova crise, mas, sim uma maior transparência tanto do processo quanto das finalidades adotadas pelo Estado.

¹⁴⁹ Idem, ibidem, p. 29.

Capítulo 6

Considerações sobre a ordem neoliberal.

“Jamais inventamos nosso sistema econômico – nossa inteligência não era capaz disso. Vimo-nos por acaso dentro dele, que nos transportou a alturas insuspeitadas e gerou ambições que podem, contudo, impelir-nos a destruí-lo”¹⁵⁰.

6.1. Atuação governamental numa ordem de mercado: o mercado livre e a concorrência.

As transações comerciais numa determinada sociedade, em geral, satisfazem a demanda por todos os tipos de produto. Isso, aliás, é fruto de uma concorrência atuante em uma ordem de mercado livre. Sua permissibilidade somente estará presente ao considerar um Estado que possibilita tais negociações sem uma ingerência obstrutiva determinante, mas, que interfere, ao emitir instrumentos jurídicos, apenas visando a preservação da ordem de mercado.

É o que defende Franceschini, ao lecionar sobre o direito da concorrência presente na Constituição Federal de 1988 e sobre como um Estado liberal deve ter uma atuação limitada à supervisão econômica e comercial, *verbis*:

A finalidade da legislação de defesa da concorrência, portanto, é unívoca, qual seja, a defesa e a viabilização do princípio maior da ‘livre concorrência’ (art. 170, inciso IV), não podendo, portanto, ser utilizada pelo Estado para alcançar objetivos diversos. (...) A legislação antitruste não visa proteger os agentes econômicos unitariamente considerados, mas preservar o mercado como instituição de coordenação das decisões econômicas, adequada ao modo de produção capitalista¹⁵¹.

Na visão de Frederich August von Hayek, uma concorrência perfeita, em que vários produtores oferecem os mesmos produtos (numa pluralidade de produtos e produtores), na qual nenhum produtor pode, deliberadamente, determinar os preços dos produtos sob o risco de não conseguir escoar sua produção, tendo em vista os preços mais baixos praticados por todos os outros concorrentes, é utópica e irreal.

Defende, ainda, que uma sociedade tem condições de criar uma situação que, mesmo diante de uma concorrência imperfeita, seja capaz de criar um ambiente desejável aos consumidores, produtores, fornecedores e todos os participantes dessa

¹⁵⁰ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. III, pp.174-175.

¹⁵¹ FRANCESCHINI, José I. Gonzaga. **Introdução ao direito da concorrência**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 19, 23-24.

cadeia comercial, no que tange à demanda e à oferta. Todavia, ele mesmo admite que tais condições, além de hipotéticas pragmaticamente, não têm aplicabilidade. Deste modo, a concorrência – impraticável – aqui descrita,

ocorre naturalmente ao economista, cuja análise parte da hipótese fictícia de que ele conhece todos os fatos que determinam o mercado. Mas esse padrão não nos proporciona um teste válido, significativamente aplicável às realizações de política prática¹⁵².

A busca é pelo sistema que mais se aproxima do melhor nível de efetividade, ou seja, visualizar um ambiente em que a concorrência seja – dentro de um mecanismo de probabilidades – desejável aos produtores, fornecedores e consumidores relativamente aos bens e aos serviços postos à disposição de todos. É exatamente o processo da concorrência que permite avaliar quem terá o melhor desempenho.

Há uma descoberta, quando há concorrência, de como se utilizar melhor dos fatos conhecidos, conhecimento adquirido, das habilidades e das oportunidades postas. Isso torna a predição de resultados inviável ao se analisar uma gama infindável de elementos que compõe o todo social. Contudo, torna factível a busca de fins específicos por produtores específicos. Dessa forma, cada um se utiliza do conhecimento que possui na busca de seus propósitos.

Diante de um ambiente favorável, não se pode obrigar que os produtores admitam – ou conjecturem – uma atmosfera em que as condições da concorrência perfeita estejam presentes. Isso porque, o uso das informações conduz o produtor a alcançar o máximo de lucro possível em sua atividade ou produção. Tal fato é combatido ao se julgar que os produtores sejam obrigados a admitir que o sistema da concorrência perfeita esteja presente em todos os momentos.

Todavia, tal atitude é contrária a uma ordem de mercado livre. O interesse pessoal sobrepuja ao coletivo desde que respeitadas as regras do sistema. Ainda, quando presente o interesse particular, há quase obrigação de aperfeiçoamento de todo o mecanismo de produção. É exatamente a busca do lucro que permite a retirada de capital necessária, advinda dos ganhos, para que melhoramentos sejam realizados na produção (emprego de tecnologia) e a equação – maior qualidade + menor preço – seja atingida.

¹⁵² Cf. HAYEK, Frederich August von, *Op. cit.*, vol. III, pp.71-72.

Na esteira dessa situação, encontra-se a lição de Márcio Pugliesi, quando examina a ideia do funcionamento do mercado liberal:

Pois, segundo o marco neoliberal, numa economia competitiva, o lucro econômico resulta da inovação, que permite o emprego de meios e processo novos para reduzir os tempos unitários de produção e distribuição (...) o que se constata é que o custo desse ciclo de inovação é repassado aos consumidores que, como trabalhadores que são (incluindo-se os capitalistas que administrem sua fortuna), contribuem para o aumento de ganho não apenas pela mais valia agregada, mas pelo pagamento dos custos de financiamento e inovação tecnológica¹⁵³.

Com isso, pode-se afirmar que o preço dos produtos, não determináveis por uma fórmula absoluta, abarca todos os custos da produção e “o custo de determinado produto quase sempre não será um fato objetivamente verificável, dependendo em grande parte da opinião do produtor com relação a prováveis desdobramentos posteriores. O êxito da empresa individual e sua eficiência a longo prazo dependerão do grau de correção das expectativas que se refletem na estimativa de custos feita pelo empresário¹⁵⁴.

Frederich August von Hayek escreve que é da natureza da propriedade privada o ato de usufruí-la liberalmente, com finalidade comercial ou não, visando a obtenção de lucro. Ainda não se discutiu a questão dos monopólios (que far-se-á mais detidamente à frente) que muitas vezes impedem, de forma injusta, a livre concorrência com determinação de preços, o que traz consequências para outros âmbitos do mercado. Quanto a esse tema – monopólio – entretanto defende a situação em que os consumidores são beneficiados por isso, ou melhor, quando conseguem adquirir produtos melhores a um preço menor, ainda, que fruto da atividade de uma única empresa.

Conquanto isso não justifique a proteção de posições monopólicas ou o auxílio à sua manutenção, torna desejável não só que se tolere os monopólios, mas até que se lhes permita explorar suas posições monopólicas – desde que mantenham por servirem aos consumidores melhor que qualquer outro produtor, e não por impedirem a entrada no mercado dos que se supõem capazes de prestar um serviço ainda melhor¹⁵⁵.

Para o autor, o monopólio reflete a capacidade de um produtor de satisfazer a demanda de determinados preços, associada à incapacidade dos demais de fazer o

¹⁵³ PUGLIESI, Márcio. *Op. cit.*, p.357.

¹⁵⁴ Cf. HAYEK, Frederich August von., *Op. cit.*, vol. III, p.75.

¹⁵⁵ Idem, *ibidem*, p. 77.

mesmo. Nesse contexto, a concorrência permitiu que alguns – ou apenas um – chegasse ao ponto de vender suas mercadorias ou de prestar um serviço a um patamar lucrativo com a preferência da maioria, isso porque, seu preço é o mais competitivo do mercado.

O enfoque da ordem de mercado, quanto à concorrência, deve ocorrer tendo como base a igualdade de oportunidades dadas aos participantes de uma mesma sociedade. Assim, a competição se torna mais equânime, ensinamento de Tércio Sampaio Ferraz Junior, para quem a livre concorrência

(...) trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação de preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Neste sentido, a livre concorrência é a forma de tutela do consumidor, na medida em que a competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder ¹⁵⁶.

6.2. A intervenção normativa estatal na economia

A partir do exposto até agora, pode-se inferir que uma concorrência sem intervenção governamental, nunca poderia ser planejada por qualquer ordem criada – *Taxis*. Mais ainda, esse processo é o melhor quando se trata de resultados que beneficiam tanto aqueles que produzem quanto os que compram.

O planejamento pode se dar no âmbito da regulamentação do processo na transação econômica (preservando a ordem de mercado em suas estruturas e permitindo sua progressão) e na coibição de práticas indesejadas ao mercado por intermédio de instrumentos jurídicos. Tal posição é defendida por Fábio Ulhoa Coelho, em sua doutrina sobre a legislação antitruste; ao indicar que o sistema deve ser preservado por normas positivadas, compreende que o fim último é o benefício do consumidor, *in verbis*:

A rigor, a legislação antitruste visa tutelar a própria estruturação do mercado. No sistema capitalista, a liberdade de iniciativa e a de competição se relacionam com aspectos fundamentais da estrutura econômica. O direito, no contexto, deve coibir as infrações contra a

¹⁵⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. S. *Apud* GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2001, 6ª edição, p. 194.

ordem econômica com vistas a garantir o funcionamento do livre mercado. Claro que, ao zelar pelas estruturas fundamentais do sistema econômico da liberdade de mercado, o direito da concorrência acaba refletindo não apenas sobre interesses dos empresários vitimados pelas práticas lesivas à constituição econômica, como também, sobre os dos consumidores, trabalhadores e, através da geração de riquezas e aumento dos tributos, os interesses da própria sociedade¹⁵⁷.

Noutra face da concorrência, tem-se um fator específico relacionado à maneira como a ordem de mercado é interpretada pelos que dela fazem parte. A questão está ligada ao conhecimento dos fatos, uma vez que se adquire conhecimento tendo em vista a situação que se faz presente, ou ao ambiente criado ao redor, que, por sua vez, “obriga” o desenvolvimento de dons pessoais e frutifica, a ponto de seus resultados serem imitados pelos outros participantes do mercado. Relativamente a esse ponto,

esse desenvolvimento só será possível se a maioria tradicionalista não tiver o poder de tornar compulsórios, para todos, os métodos e os costumes tradicionais que impediram a experimentação de novos processos, inerentes à concorrência¹⁵⁸.

Apresenta-se, novamente, a posição dominante em todo o pensamento de Frederich August von Hayek: as normas de conduta justa devem ser gerais e distribuidoras de meios para a consecução de objetivos individuais; não são determinações específicas que “engessam” as atividades dos membros, impedindo, no caso, a livre concorrência por intermédio de métodos particulares.

Ainda, dentro do liberalismo, defende a posição de grandes empresas, ou corporações, que detenham uma grande “fatia” do mercado, ou mesmo o monopólio, e é contrário à intervenção governamental, sob argumentos sociais, de exercício do poder de maneira perigosa. A saída para uma situação como essa – monopolizadora – seria a chegada de um concorrente que pudesse combater tanto os preços quanto a qualidade da produção daquela detentora do monopólio. Desse modo, a ingerência estatal não determinaria o modo de produção e os preços a serem praticados, ou ainda, poderia haver intervenção através de limitações e determinações específicas, visando a retirada do monopólio das empresas de maneira geral.

Elucida esse ponto da seguinte maneira:

¹⁵⁷ COELHO, Fábio Ulhôa. **Direito Antitruste Brasileiro. Comentários à Lei 8.884/94**. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p.5.

¹⁵⁸ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. III, p.81.

Não pode haver nenhuma norma geral relativa à dimensão conveniente, uma vez que isso depende das condições tecnológicas e econômicas, em constante transformação; sempre haverá muitas mudanças que favorecerão empresas cujo tamanho pareceria excessivo pelos padrões anteriores¹⁵⁹.

Nota-se que ele é contrário a uma ação abrupta do Estado – exercendo seu poder de maneira arbitrária – visando eliminar qualquer vantagem adquirida pela empresa que se beneficiou do ambiente para se sobrepor aos demais concorrentes de forma justa.

6.3. Exercício do poder político e econômico sobre pessoas e bens

Diante desse contexto, inserem-se questões que ultrapassam o ambiente técnico na ordem de mercado. Ressalta-se um importante ponto quanto ao mercado e aos processos que dele decorrem. Enfatiza-se, dessa forma, a atuação daqueles que detêm o poder de realizar, ou não, certas ações, e de adotar, ou não, medidas específicas. Faz-se distinção entre o poder conferido a alguém para dominar o outro e para dominar alguma coisa.

O autor considera benéfico o poder sobre as coisas nas grandes corporações, pois ao exercê-lo conseguem melhores resultados e assim crescem aos produtos maior valor agregado.

Atribui, ainda, a essa forma de poder, o desenvolvimento das grandes empresas que atuam no mercado com maior efetividade, e por que não dizer, maior liberdade.

Noutro ponto, distingui-se que o poder sobre os bens não pode ser equiparado àquele exercido sobre pessoas. Relativamente a esse aspecto, ressalte-se que quanto maior a corporação e maior a automatização dos processos, com certeza, menor será o poder sobre pessoas.

Pretende-se explicitar o poder exercido sobre terceiros, mesmo que esses se encontrem fora da empresa. Por exemplo, clientes, usuários dos serviços oferecidos, fornecedores de matéria-prima e todo e qualquer outro associado ou parceiro. Assim, afirma que “na sociedade moderna, o que dá a uma empresa poder sobre o comportamento de outras pessoas não é tanto o volume total de recursos que controla quanto sua capacidade de recusar serviços de que as pessoas dependem”¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. III, p. 83.

¹⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 86.

Com isso, conclui-se que o poder sobre as pessoas tem como fundamento a possibilidade de a empresa impor a diferentes compradores preços distintos – e até mesmo – condições diversas.

Tais condições não são, em si, perniciosas, tampouco advêm sempre de empresas monopolistas (chama-se atenção para o fato de que não há, na obra em estudo, combate ao monopólio, esse com base na eficiência e desempenho, mas, sim ao impedimento da concorrência).

O cuidado exigido, nesse caso, é o poder de influência das grandes empresas em interferir no bem-estar de um número muito grande de pessoas. Todavia, mesmo uma empresa pequena pode influenciar de igual maneira um grande volume de membros de uma sociedade. Insta-se a fiscalização pública a agir, colimando prevenir que decisões venham a ser adotadas de maneira a prejudicar a vida de tantos particulares.

Entretanto, tal fiscalização não deve interferir na atuação da empresa diretamente, isso equivale à edição de leis que visam impedir que empresas cresçam ou se organizem visando apenas o crescimento do seu potencial mercadológico.

É válido apontar que empresas poderosas podem influenciar não somente seus funcionários e clientes, como também favorecer determinados grupos econômicos e indivíduos politicamente influentes, de modo a gerar pressão sobre órgãos governamentais e sobre o próprio governo, o que poderia ser considerado perigoso.

Márcio Pugliesi chama atenção para a mesma situação quando pondera sobre o Estado neoliberal (constitucional e democrático), o exercício do poder político visando o equilíbrio dos grupos distintos que competem na sociedade estatal, pressionando o Estado e exercendo influência sobre ele, por intermédio dos agentes políticos, a fim de ver seus interesses satisfeitos, *verbis*:

O fenômeno político mais significativo na moderna sociedade de massas traduz-se pela infiltração e configuração do processo político por intervenção dos grupos pluralistas e de suas vanguardas: os grupos de pressão e os lobbies`.

(...)

A formulação das leis, apanágio exclusivo do Legislativo, atende aos grupos capazes de eleger seus representantes¹⁶¹.

Ainda sobre este assunto, Márcio Pugliesi arremata:

¹⁶¹ Cf. PUGLIESI, Márcio. *Op.cit.*, p.372.

Numa sociedade complexa, como a neoliberal, em que há baixo grau de organização e mobilização dos indivíduos e, mais grave, o onipresente caráter conciliador das elites chega-se à acomodação dos grupos de interesse (que deveriam exigir direitos) e à reiterada violação de direitos e tal sociedade, dominada por transnacionais interesses de mercado, acaba por soçobrar diante da variedade de demandas¹⁶².

Observa-se, ainda, no pensamento de Frederich August von Hayek, a apologia ao Estado mínimo, que propõe a mínima intervenção do governo na economia, o que será analisado na última parte desse trabalho.

6.4. Exercício maléfico do poder político e econômico sobre pessoas e bens.

Como já mencionado, não há ataque ao monopólio atingido de maneira justa, que teve seu ápice utilizando-se das regras da ordem de mercado, da originalidade de ideias e serviços e da maior eficiência e produtividade.

Contudo, configura-se situação nociva do monopólio, quando uma empresa insiste em se sustentar na posição manipulando as condições que a levaram a este domínio, a partir do exercício de seu poder sobre bens ou sobre pessoas, de modo a dirigir, intencionalmente, o movimento do mercado de maneira injusta.

Tal malefício foi identificado por Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas, quando o tema em voga é o direito da concorrência e o combate aos monopólios malignos. Cumpre transcrever trecho da obra **Direito e Economia da Concorrência**, que instituiu que as regras combativas a essa situação prejudicial destinam-se a:

(...) apurar, reprimir e prevenir as várias modalidades de abuso do poder econômico, com o intuito de impedir a monopolização de mercados e favorecer a livre iniciativa, em favor da coletividade¹⁶³.

Há distinção entre o monopólio que beneficia a maioria daqueles que orbitam em torno daquela empresa e o monopólio maléfico, que somente contribui com a empresa em si mesma e seus comandantes, dirigindo, intencionalmente, o consumidor dos seus produtos e/ou serviços. Em última análise, tal situação cria o danoso ambiente impeditivo de concorrência.

¹⁶² Idem, ibidem, p. 374.

¹⁶³ OLIVEIRA, Gesner de; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. São Paulo: Renovar, 2004. p. 29.

A corrente hayekiana defende, nesse caso, a edição de normas que estabeleçam condutas adequadas, tendentes a regradar o mercado visando impedir comportamentos indesejáveis, como o acima explicitado.

Talvez uma saída efetiva seja – no caso do monopólio maligno – fornecer aos concorrentes instrumentos capazes de lhes dar oportunidade para atuar no mercado, ou no nicho específico, de maneira mais eficaz, estabelecendo concorrentes diretos.

Uma alternativa para tal situação está baseada na criação de regras que permitam aos possíveis concorrentes de um monopólio danoso estabelecido, a fiscalização privada de suas atitudes. Nessa situação, as empresas que atuam no mesmo setor do mercado poderiam avaliar as condutas práticas e submetê-las ao judiciário para que esse as julgue adequadas ou não. Assim, “encarregar os concorrentes potenciais de vigiar o monopolista e dar-lhes um remédio contra a prática da discriminação injustificada”¹⁶⁴.

Tal atuação é mais efetiva e menos intervencionista que simplesmente atribuir a uma autoridade coercitiva o poder de intervir, por meio de instrumentos legislativos, no desempenho do monopolista. O mesmo se aplica aos cartéis formados por empresas de diferentes portes, mas que acordam em controlar um setor do mercado impondo preços iguais aos produtos e exercendo poder sobre seus clientes, congregando o poder sobre bens e pessoas com contorno manipulado.

Sendo assim, a solução mais acertada, seria

(...) fiscalização discricionária para impedir abusos, seria, ao mesmo tempo, mais eficaz e mais compatível com o estado de direito. Ela consistiria em declarar sem validade e não passível de execução legal todo acordo que implique restrição da livre concorrência, sem nenhuma exceção, e em impedir qualquer tentativa de impor esse acordo pela discriminação dirigida ou coisa semelhante, conferindo aos que sofrem tais pressões o direito de exigir indenização múltipla¹⁶⁵ (...).

Defende-se, desse modo, não a regulamentação das transações comerciais, como a matéria dos contratos, mas sim, a forma com que elas são realizadas; não se restringe a liberdade de contratar, mas protege-se o mercado e os consumidores de contratos abusivos materializados por aqueles que exercem o poder indecorosamente. Seguir-se-ão normas gerais aplicadas a todos, que buscam prevenir o mercado de monopólios prejudiciais.

¹⁶⁴ HAYEK, Frederich August von., *Op.cit.*, vol. III, p.90.

¹⁶⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 91.

Normas vertidas em leis que de acordo com Fábio Nusdeo é uma “legislação que dá concretude aos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder¹⁶⁶”.

A indenização, nesse contexto é também um instrumento de controle do mercado, utilizado por aqueles que são lesados por um cartel ou monopólio abusivo, tendo sua atuação submetida à apreciação de um tribunal, não só aquele representado pelo poder judiciário, como também pelos tribunais arbitrais.

Diante do exposto, conclui-se que faz-se necessária a criação de uma legislação que não tente planejar o mercado como um todo ou prever todos os resultados das múltiplas ações, mas sim, estabelecer normas gerais que, aplicadas a todos indiscriminadamente, regulem as transações comerciais, gerando limites de atuação, sem, contudo, impedir o desenvolvimento espontâneo da ordem de mercado.

Esses limites, por sua vez, devem estar em consonância com as normas jurídicas, como um o “conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e a reprimir as diferentes formas de abuso do poder econômico e a promover a defesa da livre concorrência¹⁶⁷”.

Para Frederich August von Hayek, uma das finalidades do direito, quanto ao assunto aqui tratado, é a de diminuir o poder de determinadas organizações, corporações, associações e qualquer outra forma de atuação coletiva, sobre outras pessoas e bens, desde que tal poder venha a ser exercido injustamente (abuso do poder econômico).

Nessa linha de raciocínio, Paula Forgioni¹⁶⁸, ao discorrer sobre o direito econômico e lhe atribuir a missão de implementar políticas públicas destinadas à proteção do mercado, faz menção específica à concorrência e como ela deve ser evitada, quando perniciososa, por meio de normas editadas pelo Estado visando principalmente a repressão ao abuso do poder econômico e protegendo a livre e justa concorrência.

¹⁶⁶ NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do Direito Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 63.

¹⁶⁷ VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 243.

¹⁶⁸ FORGIONI, Paula. A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.23 e 24.

6.5. Monopólio: particular X grupal.

Distingue-se os monopólios individuais de empresas únicas, que atuam sozinhas, e grupos empresarias que atuam conjuntamente, formando um bloco econômico capaz de interferir em boa parcela de toda a ordem de mercado – em muitas ocasiões manipulando as condições mercadológicas de maneira perigosa –, com vistas aos interesses de uma coletividade determinada.

Ao contrário do que se poderia pensar, aqui o autor trata de associações de classe e sindicatos das mais diversas categorias que, por exercerem o poder em grande escala, têm o instrumental necessário para forçar o governo a regulamentar o mercado de acordo com suas vontades e em benefício próprio. Alega que regras de conduta devem ser instituídas buscando limitar a ação dessas entidades de classe para que, assim, o poder não seja utilizado de maneira errônea e danosa.

Além disso, note-se que o grupo, apesar de congrega um sem número de indivíduos de uma categoria, não se coloca perante a sociedade e o mercado como defensor dos direitos sociais. Serve, sim, somente aos propósitos do grupo, e se demonstra contrário ao da Grande Sociedade e o interesse comum de seus membros.

A grande questão é que, além de manipular o sistema do mercado, existe o manejo nos preços a serem cobrados pelos serviços prestados e pelos bens produzidos.

Com isso, esses conglomerados impõem ao mercado um preço muitas vezes superior ao valor que agregam àqueles que se utilizam dos serviços ou compram produtos. Exemplificando: se um produto dentro dos cálculos de mercado chegasse às mãos do consumidor a um preço justo de X, esses grupos, devido à força e à imposição de suas condições próprias ao mercado, cobram pelo mesmo produto 2X, obrigando o consumidor a pagar mais do que ele realmente lhe adicionou.

Somam-se a esses grupos

(...) os produtores de alimento ou os fornecedores de energia elétrica, de transporte ou de serviços médicos, etc., terão assim por objetivo usar seu poder conjunto de determinar o volume desses serviços a fim de obter um preço muito superior ao que os consumidores se dispõem a pagar pelo último incremento¹⁶⁹.

Os grandes grupos presentes no mercado não se restringem ao seu âmbito de atuação, vão além, e criam obstáculos aos *players* menores. Esses – agentes menores

¹⁶⁹ Cf. HAYEK, Frederich August von, *op. cit.*, vol. III, p. 95.

– fornecem seus produtos e serviços a um preço menor. Por esta razão veem obstáculos comerciais criados pelos grupos maiores – ao obstarem fornecedores de venderem-lhes matéria-prima, impedir de atuarem nesse ou naquele local, até mesmo numa ação antiética. Ou mesmo obstáculos legais, ao forçarem os agentes políticos que os representam – tendo em vista apoio, financeiro ou político vertido em votos, concedido aos mesmos – a editarem normas que lhes tirem vantagem e os impeça de continuar a vender mercadorias ou prestar serviços naquele preço inferior.

Todavia, uma das funções da legislação aplicada nesse campo é impedir que uma atitude grandemente perigosa como essa – edição de leis que visam beneficiar especificamente um conglomerado – materialize-se. Ao se verificar um meio como esse, lesivo, tem-se um retrocesso no campo social e no jurídico. Tal conjuntura foi comentada por Maria Cecília Andrade acerca da lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e traz outras providências:

Em outras palavras, a Lei 8.884/94 não se destina à proteção de interesses privados, mas sim à defesa e preservação da estrutura competitiva do mercado, o que irá, conseqüentemente, beneficiar o consumidor. Observa-se, por conseguinte, uma evolução no ordenamento jurídico brasileiro em relação à política de defesa da concorrência. Da sua utilização deturpada como instrumento controlador de preços no passado, ou ainda como defesa direta dos direitos do consumidor, passou-se a buscar a defesa dos mercados e da atividade econômica em um novo contexto, no qual os benefícios para o consumidor constituem não apenas os efeitos diretos da sua atuação, mas sim uma vantagem que atinge uma dimensão muito mais extensa, ao ser proporcionada maior transparência dos mercados, a possibilidade de ingresso de novos operadores econômicos, de produtos ou serviços, de inovações tecnológicas, da modernização da indústria e, finalmente um aumento da competitividade dos operadores econômicos nacionais¹⁷⁰.

Ressalte-se que não se discute a importância deste ou aquele produto ou serviço ao consumidor, mas sim, o valor, que é uma questão mensurável e não humana. A mensuração decorre do custo e do preço e não da essencialidade ou do fato de o produto ou serviço ser supérfluo ou não.

Ressalte-se que os indivíduos, enquanto singulares, atuam com um egoísmo individual, mas que ao assim fazerem, contribuem para a sociedade como um todo,

¹⁷⁰ ANDRADE, Maria Cecília de. **Controle de concentrações de empresas: estudos da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94**. São Paulo: Singular, 2002, pp.71-72.

ainda que indiretamente, pois colaboram para a busca dos seus interesses individuais ao atuarem comercialmente com a maior eficiência possível, aliando produtividade e lucro. Dessa forma, oferecem seus produtos ou serviços a preços justos, ainda que se considere o lucro por eles obtido. Os preços adequados ao mercado mantêm-se e proporcionam a justa troca entre o valor cobrado e o agregado aos adquirentes.

Noutro lado, os grupos ignoram a ordem de mercado e o bem-estar geral e, se preciso for, alteram as normas para a consecução de seus próprios interesses, relevando completamente os interesses comuns.

Porém, o direito não se presta a servir como instrumento para satisfação de interesses meramente individuais. Nesse aspecto, Daniel Goldberg, em prestígio ao *welfare state*, comunga da visão de que o arcabouço jurídico tem como alvo a implementação de políticas públicas, cujo destino último é o bem-estar geral. Tais procedimentos adotam “(...) o direito como instrumento dessas políticas públicas exige uma análise funcional ampla: é preciso que cada instituto, norma ou decisão seja examinada à luz de seus efeitos concretos sobre o bem-estar”¹⁷¹.

Com isso, preleciona que a norma jurídica que combate a ação maldosa desses grupos deve ter em vista o alcance do mais alto grau de bem-estar dos membros sociais e a correção das situações que proporcionaram a deturpação da ordem de mercado, “ponderando, em cada caso concreto, eficiências estáticas e dinâmicas, e privilegiando a solução que incrementa riqueza e bem-estar social”¹⁷².

Importante perceber que o interesse comum citado é antagônico ao interesse dos grupos. Aquele pode ser mensurado pela soma dos interesses individuais de todos os membros da sociedade, inclusos aqui os individuais dos membros participantes dos grupos, e a adaptação à evolução natural da ordem espontânea de mercado. Tais membros procuram satisfazer suas próprias necessidades, desconsiderando, via de regra, os demais ou se suas ações irão impedir o progresso da economia.

Ademais, os grupos procuram sempre manter o *status quo*, não desejando transformações ou transições que possam prejudicar suas finalidades. Finalmente, tais coletividades procuram impedir a entrada de membros ou a interferências de produtores menores no seu âmbito de atuação para não prejudicar sua lucratividade ou não se aproveitarem de sua prosperidade.

¹⁷¹ GOLDBERG, Daniel. **Poder de Compra e Política Antitruste**, São Paulo: Singular, 2006, p. 133.

¹⁷² Idem, *Ibidem*, p. 133.

Na obra em análise, sugere-se que uma ordem como essa, influenciada negativamente dessa maneira, é extremamente prejudicial e impede o progresso. De tal sorte, a sociedade se mostra dependente das transformações naturais que possibilitam a evolução do mercado e o benefício geral de seus membros, ainda que algumas expectativas se frustem. Declara que “todos os benefícios que obtemos da ordem espontânea do mercado decorrem dessas mudanças e só se manterão enquanto essas puderem prosseguir”¹⁷³.

Os grupos organizados procurarão sempre impedir que mudanças aconteçam, até mesmo para que não lhes seja retirada a posição privilegiada quando a demanda por seus produtos ou serviços decair. Usarão de todos os artifícios ao seu alcance para bloquear a entrada de outros *players* no seu nicho de atuação, mesmo que sejam mais eficazes.

Essa circunstância colide frontalmente com a livre concorrência em um mercado livre, de modo a corromper sua essência no que tange à livre iniciativa. Basta observar o que Tércio Sampaio de Ferraz Júnior entende por livre concorrência e notar-se-á que uma conjuntura como essa é exatamente o avesso à livre concorrência que ele conceitua como o cuidado:

(...) para que o desenvolvimento econômico ou técnico do sistema de mercado livre não seja comprometido por comportamento de agentes que possam levar a distorções, como o impedimento do fluxo de recursos a certos setores ou o bloqueio da possibilidade de expansão de concorrentes, ou a mera afirmação da prepotência econômica que, sem maiores justificações, seja manifestação de um poderio arbitrário, individualista e egoísta¹⁷⁴.

Parece, todavia, que Frederich August von Hayek aponta para a solução, dessa injustiça manipulada, como a descrita acima sob um aspecto natural, pois o mecanismo do mercado é impessoal e mudanças acontecerão, independentemente da vontade ou do exercício do poder, e ainda que imprevistas, as mudanças devem ser suportadas.

Assim explicita:

Sempre é, portanto, do interesse da maioria que se imponha a alguns a necessidade de fazer algo que lhes desagrade (como mudar de emprego ou aceitar menores rendimentos), e esse interesse geral só será satisfeito mediante a aceitação do princípio de que toda pessoa

¹⁷³ Cf. HAYEK, Frederich August von, *Op. cit.*, vol. III, p.98.

¹⁷⁴ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**. Barueri: Manole, 2007, pp. 365-366.

deve sujeitar-se a mudanças quando circunstâncias que ninguém tem o poder de controlar determinam que é a ela que se impõe essa necessidade. Esse risco é ele próprio inseparável da concorrência de mudanças imprevistas; e não temos outra escolha senão permitir que os efeitos desta incidam, por meio do mecanismo impessoal do mercado, sobre os indivíduos de quem o mercado exigirá que façam a mudança ou aceitem uma redução de ganhos ou decidir, por meios arbitrários ou por uma luta pelo poder, a quem deve caber o ônus que, nesse caso, será maior do que teria sido se tivéssemos permitido que o mercado efetuasse a mudança necessária¹⁷⁵.

Tal pensamento justifica sua tese de que a ordem de mercado é espontânea e não necessita da interferência estatal, ou dela depende minimamente. Além disso, uma intromissão pode apontar a um favorecimento extremamente injusto, parcial, direcionado a um grupo específico.

Outrossim, vê-se que em um ambiente de mercado, no qual os grupos determinam os preços, há uma tendência arriscada de a população exigir do Estado uma intervenção efetiva e impor uma distribuição mais equânime de renda – que por si, somente gera enorme dificuldade de solução concreta, pois há muita subjetividade naquilo que seria justo ao crivo dos particulares – e ao impor os valores a serem cobrados pelos serviços e produtos – lê-se aumento deliberado de salários e congelamento de preços.

A justificativa decorre do fato de que os grupos, ao exercitarem seu poder sobre pessoas e bens – uso de força política – determinam os valores na cadeia de produção e fornecimento, relegando o mercado, dessa forma, a segundo plano no que se refere à atribuição de valores.

Adverte-se que uma abertura intervencionista como esta não soluciona o problema e que

(...) toda tentativa de levar a cabo as necessárias alterações dos preços relativos, mediante decisão da autoridade, acabará fracassando, não só porque nenhuma autoridade tem meios de saber quais são os preços adequados, mas, sobretudo, porque ela deve, em todas as suas ações, empenhar-se em parecer justa, ainda que as medidas requeridas nada tenham a ver com justiça¹⁷⁶.

As mudanças assim realizadas de forma arbitrária não solucionam o problema e enrijecem o mecanismo da ordem de mercado, paralisam a estrutura econômica, o que prejudica a todos indistintamente.

¹⁷⁵ Cf. HAYEK, Frederich August von, *Op. cit.*, vol. III, pp. 98-99.

¹⁷⁶ Idem, *ibidem*, p. 99.

O Estado deve se preocupar com a ordem de mercado e não com as expectativas dos seus participantes. Deve, sim, atentar para oferecer oportunidades a todos. Não há justificativa para um Estado controlador, intervencionista, que detenha o poder de instituir e destituir arbitrariamente.

Fato é que a sociedade não pode ficar a mercê de um Estado que se comporta como totalitário. Não se pode negar que a este cabe direcionar a economia, mas guiar não é sinônimo de controlar as relações econômicas em sua totalidade. Nessa direção, Paula Forgioni, ao comentar a função econômica do Estado estabelecida na Constituição Federal do Brasil de 1988, afirma:

No desempenho dessa sua nova função de direção da economia, o Estado utiliza de instrumentos jurídicos que lhe permitem estabilizar, estimular e dirigir o rumo da sua economia sem apelar para a ditadura e substituir um sistema baseado na propriedade por um sistema de poder ostensivo'. Esses instrumentos viabilizarão, mediante a direção do comportamento dos agentes econômicos, não apenas a preservação, mas a condução do mercado. Daí falarmos em técnicas de direção sobre o mercado, de que se utiliza o Estado em sua função de implementação de uma política pública¹⁷⁷.

Salienta-se que as regras editadas quanto à concorrência não podem ter um propósito específico, tampouco atingir casos particulares, específico, mas são na verdade, nos dizeres de Andrea Pereira Macera, a regulamentação do direito da concorrência

não é um fim em si, mas um meio para criar uma economia eficiente, na qual os consumidores dispõem de maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis, desfrutando de um nível máximo de bem-estar econômico.¹⁷⁸

Além disso, a causa da injustiça social é exatamente o poder dado aos grupos ditos defensores dos direitos sociais, que atuam desordenadamente e prejudicialmente na ordem de mercado.

Conclui-se que as normas de conduta justa devem visar a proteção do indivíduo contra os abusos dos grupos e sua pressão política e econômica.

¹⁷⁷ FORGIONI, Paula, *Op. cit.*, p. 83.

¹⁷⁸ MACERA, Andrea Pereira. **A Interação entre antitruste e antidumping: problema ou solução?** Documento de Trabalho nº. 36, de dezembro de 2006, disponível em www.fazenda.gov.br/seae. Último acesso em: 10.10.09, intervalo de páginas (38 fls.).

Nesse sentido, Sérgio Varella Bruna¹⁷⁹ assevera que a legislação não é estabelecida em favor dos interesses individuais dos concorrentes, mas sim, da sociedade como um todo.

Efetivamente, o direito de defesa da concorrência não protege os interesses individuais dos concorrentes, mas a preservação dos mecanismos de mercado. Não protege os capitalistas, mas o capitalismo.

Conveniente perceber que no presente trabalho pregou-se muito a livre concorrência numa ordem de mercado espontânea, num Estado neoliberal, em que a livre iniciativa é essencial para seu desenvolvimento natural e aquilo que permite que o mercado se auto-regule.

Todavia, uma ressalva desse ser feita; Tércio Sampaio Ferraz Júnior expõe que a auto-regulação não garante permanentemente a livre iniciativa, podendo, inclusive, limitá-la exponencialmente. Numa ordem livre, é função estatal, intervir para garantir que a livre iniciativa flua constantemente:

Mas isso não que dizer que livre mercado propicie imediatamente livre iniciativa. Há uma diferença entre as duas coisas – é dizer livre mercado, em certo sentido, deve ser neutro perante a livre iniciativa. Livre mercado, regido pelo princípio da livre concorrência, significa apenas, em um primeiro momento, a possibilidade de auto-regulação do mercado, que este se regula. Regular-se significa, entre outras coisas, que é no mercado que se formam os preços conforme as suas próprias regras e é no mercado que se dá a boa alocação de recursos. Nesse sentido é que o mercado se auto-regula. Mas dessa auto-regulação nem sempre decorre a livre iniciativa. O mercado auto-regulado pode, no limite, vir a cercear a livre iniciativa, e por isso há a proibição do abuso do poder econômico. E a livre iniciativa é mais forte no mandamento constitucional porque, além de ser fundamento da ordem econômica, é fundamento da República. Mas, se do livre mercado não decorre necessariamente a livre iniciativa, cabe ao estado proporcionar medidas capazes de implementá-la no contexto do livre mercado¹⁸⁰.

Sendo assim, ambos os primados encontram-se limitados entre si, não podendo um invadir a seara do outro e o inverso também é verdadeiro.

¹⁷⁹ BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 169.

¹⁸⁰ Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Op.cit.*, p. 367.

Capítulo 7

Evolução Cultural

7.1. As três fontes de valores humanos

A obra estudada refutou importante apresentar três fontes de valores humanos. O Epílogo é digno de atenção, motivo pelo qual foi alvo de análise nesta parte do trabalho.

Num primeiro momento, afirma que buscou na sociobiologia as espécies de valores humanos. É notório, porém, que houve insatisfação nos resultados que encontrou ao longo do seu estudo da biologia social.

Durante seu estudo, Frederich August von Hayek encontrou duas espécies de valores humanos¹⁸¹. Os valores denominados primários “seriam geneticamente determinados, e portanto, inatos”; já os valores secundários “seriam produtos do pensamento racional”¹⁸².

Faz menção a diversos autores e afirma que nenhum deles se preocupou em esclarecer se as duas espécies mencionadas são as únicas espécies de valor humano.

A discussão inicial no tocante às espécies de valores humanos diz respeito ao lamentável esquecimento da evolução cultural nos estudos da sociobiologia.

Esse “esquecimento” se deu, pois houve a preocupação no estudo da seleção de indivíduos congenitamente mais aptos, que teve origem na notável teoria de Charles Darwin.

Lamentável, todavia, é a que se tenha deixado de lado a evolução cultural, que “domina hoje o cenário humano e apresenta à nossa inteligência problemas que ela ainda não aprendeu a resolver”¹⁸³.

Na busca pela terceira espécie de valor humano – que seria produto da evolução cultural, de forma surpreendente, aborda aspectos morais e políticos presentes numa sociedade evoluída culturalmente.¹⁸⁴

¹⁸¹ Quando Frederich August von Hayek menciona as duas espécies de valores humanos cita a obra: PUGH, G.E. **The Biological Origin of Human Values**. Nova Iorque, 1977 e Londres, 1978.

¹⁸² Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. III, p. 160.

¹⁸³ Idem, ibidem, vol. III, p. 161.

¹⁸⁴ Frederich August von Hayek discorre sobre a destruição de valores fundamentais por erro científico: “A despeito de sua profunda influência na educação, Sigmund Freud tornou-se provavelmente o mais terrível destruidor da cultura. Ainda que na velhice, na obra *Civilisation and its Discontents*, ele próprio se mostre bastante perturbado por alguns efeitos de seus ensinamentos, seu objetivo básico, o de anular as

Frederich August von Hayek, portanto, levanta questões não só de interesse dos especialistas da biologia social, como também dos estudiosos da moral, da política e da economia.

Destaca, em primeiro lugar, que a atual ordem social “não surgiu sobretudo propositadamente, mas da preponderância das instituições mais eficientes num processo de concorrência”¹⁸⁵.

O processo de evolução cultural na ordem social é o cerne do estudo, quando propõe a terceira fonte de valor humano, sem, contudo, desprezar instintos animais inatos aos costumes não racionais.

Prosseguindo, adota a concepção de que:

a cultura não é nem natural, nem artificial; nem geneticamente transmitida, nem racionalmente criada. É uma tradição de normas de conduta aprendidas que nunca foram inventadas e cujas funções não são, em geral, compreendidas pelos agentes”¹⁸⁶.

Karl Larenz, ao discorrer sobre o conceito de cultura, afirma:

‘Cultura’, no seu sentido mais amplo, é tudo que, pela sua referência a valores, ganha ‘sentido’ e ‘significado’ para o homem que reconhece esses valores como tais¹⁸⁷.

Embora seja interessante, não cabe, aqui, uma ampla discussão do termo “cultura” e seu conceito.

Todavia, a outra concepção de cultura é encontrada na obra de Márcio Pugliesi, uma vez que ressalta a dificuldade de sua exata conceituação e afirma ser a cultura um “sistema adaptativo englobante de projetos humanos de longa duração e norteadores das sociedades”, *in verbis*:

repressões culturalmente adquiridas, liberando os impulsos naturais, desencadeou o mais fatal ataque ao alicerce de toda a civilização” (Frederich August von. *Op.cit.*, p. 187).

Freud, entre outras noções, difundiu a de que o homem deveria libertar-se dos conceitos do que é certo ou errado, ou seja, confiava puramente nos instintos naturais para que o homem pudesse ser livre. Na concepção de Frederich August von Hayek, essa teoria ignora a evolução cultural e impede o progresso da sociedade: “Hoje estamos colhendo os frutos dessas sementes. Esses selvagens não domesticados que dizem estar recusando algo que nunca aprenderam, e até se propõem construir uma ‘contracultura’, são o produto necessário da educação permissiva, incapaz de transmitir a carga cultural e confiante nos instintos naturais, que são os instintos dos selvagens”. (Frederich August von. *Op.cit.*, p. 188).

Em contrapartida à teoria de Freud, Frederich August von Hayek se mostra esperançoso, uma vez que a moderna psicologia tende a contribuir com a preservação das tradições morais e com a evolução cultural presente na sociedade.

¹⁸⁵ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op.cit.*, p. 162.

¹⁸⁶ Idem, *ibidem*, p. 162.

¹⁸⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, 4ª edição, p. 130.

As inúmeras tentativas feitas nesses e em outros sentidos para definir o termo 'cultura' produziram e produzem porfiadas discussões e, um modelo científico de sistema social, por mais refinado que seja, trará sempre outra discutível definição desse termo. Nosso intuito é apenas o de fornecer uma primeira aproximação que albergue, o mais eficientemente possível, um conceito apto a amparar nossa conjectura e, desde já, indicando que se preferirá entender tal conceito como um sistema adaptativo englobante de projetos¹⁸⁸ humanos de longa duração e norteadores das sociedades¹⁸⁹.

Questão de difícil solução é saber a origem da evolução cultural: se é ou não fruto da criação consciente da razão humana.

O pensamento hayekiano transmite a ideia de que cultura e razão se desenvolveram concomitantemente¹⁹⁰.

Para explicar que a evolução cultura não sucedeu a razão. Inicia seu pensamento com a tese da seleção natural, logo após o aparecimento do *Homo sapiens*¹⁹¹.

Ainda que seja verdadeira esta concepção, o fato é que pouco se sabe sobre o exato momento em que se teve início o processo de evolução cultural.

Em que pese todas as dificuldades na compreensão do surgimento da cultura e do seu processo de evolução, fato incontroverso é que a cultura não foi desenvolvida pelo homem dotado de razão:

não há dúvida de que o homem aprendeu, na maioria das vezes, a fazer o que era certo sem compreender por que aquilo era o certo, e até hoje é melhor auxiliado pelo costume que pelo entendimento¹⁹².

Além disso, do estudo dos povos primitivos pouco se extrai sobre o surgimento das normas de conduta que regiam os pequenos grupos humanos. O que se tem de concreto nos estudos da sociologia jurídica é que

¹⁸⁸Raciocinando numa linha próxima àquela de Lévi-Strauss, que assim define: '*Toda cultura pode ser considerada como conjunto de sistemas simbólicos em cuja linha de frente colocam-se a linguagem, as regras matrimoniais, as relações econômicas, a arte, a ciência, a religião*'. Cf. MAUSS, Marcel. **Sociologia e Antropologia**, I. São Paulo: EPU/EDUSP, 3ª edição, 1974. Trad. Lamberto Pucinelli.

¹⁸⁹ Cf. PUGLIESI, Márcio. *Op.cit.*, p.173/174.

¹⁹⁰ "É provável que a afirmação de que a cultura criou a razão humana seja tão pouco verdadeira quanto a de que o homem pensante criou sua cultura". HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, p. 163.

¹⁹¹ Frederich August von Hayek destaca que a evolução cultural ocorreu na centésima parte final do tempo de existência do *Homo sapiens* HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, p. 163.

¹⁹² Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op.cit.*, vol.III, p.165.

o direito não nasceu de si mesmo, mas sim que foi uma resposta a preocupações políticas ou econômica (não exclusivamente como alguns acreditam) e principalmente religiosas. Todo agrupamento humano, qualquer que seja ele, exige para subsistir que seus membros se submetam a regras comuns capazes de o compelir se assim for preciso¹⁹³.

Nesse contexto, o austro-húngaro defende que a capacidade de adaptação do homem em sociedade teve origem em um conjunto de normas que, naturalmente, informou aos indivíduos a maneira certa e a errada de agir em diferentes circunstâncias, proporcionando, assim, a mútua cooperação.

A ideia de que a mente humana originou a evolução cultural é, portanto, um erro. A verdade é que a mente não cria, intencionalmente, a cultura, mas ordena as experiências humanas que dão origem aos padrões culturais.

Semelhante axioma é encontrado na obra de Paulo Nader, no momento em que discorre sobre o conhecimento e como ele é adquirido. Expõe que fatos concretos, e não meras opiniões – um objeto de inútil curiosidade – ligam-se a fatos gerais. Tal processo configura-se na investigação e possibilita a compreensão da cultura

A sabedoria humana foi alcançada pela soma de experiências de sucessivas gerações. Foi a herança cultural, ou transmissão de conhecimentos entre as gerações, quem permitiu a formação das ciências. A sedimentação do saber foi constante¹⁹⁴.

Após chegar a conclusão de que “o cérebro é um órgão que nos permite absorver, mas não criar intencionalmente a cultura”¹⁹⁵, afirma que o processo de evolução cultural é distinto da evolução biológica e com ela não se confunde.

Para compreender esse processo de evolução cultural é necessário o estudo não de uma “seleção natural” puramente biológica, mas de uma seleção das práticas habituais dos indivíduos.

Tal pensamento é semelhante ao de Karl Popper ao considerar que uma evolução cultural, por intermédio da seleção natural, pode ocorrer de maneira não violenta, não pela lei do “mais forte”, quase que irracional, instintiva. Dessa forma, o desenvolvimento vem por meio da ação humana consciente, fruto da evolução biológica, ao que pondera:

¹⁹³ FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. São Paulo: Editora Forense, 5ª edição, 2003, p. 113.

¹⁹⁴ NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 2ª edição, p. 100.

¹⁹⁵ Idem, *Ibidem*, p. 166.

Estou a chegar ao fim da minha exposição gostaria ainda de acrescentar uma última reflexão otimista, que constitui o meu contributo para um livro que escrevi em colaboração com o meu amigo, sir John Eccies. (obra que aparecerá brevemente em versão alemã).

Como procurei mostrar atrás, a seleção darwiniana, a seleção natural e a pressão seletiva, encontra-se geralmente associada a uma luta sangrenta pela sobrevivência.

Esta ideologia só deve ser tomada a sério parcialmente.

No entanto, com a emergência da consciência e da mente humana e a formulação verbal das teorias, tudo se altera.

Podemos remeter para a competitividade das nossas teorias a eliminação das teorias inúteis: em épocas mais remotas, o defensor de uma teoria ora segregado.

Atualmente podemos deixar que as nossas teorias morram em vez de nós. Numa perspectiva biológica da seleção natural, a função primordial da mente e do mundo consiste em tornar possível a aplicação da crítica consciente, e, por conseguinte, a seleção de teorias sem o aniquilamento dos seus defensores. Utilização do método de crítica racional sem que se verifique a eliminação do respectivo representante tornou-se viável através da evolução biológica, na medida em que, ao inventarmos a nossa linguagem, criamos com ela o mundo.

Deste modo, a seleção natural sobrepuja, transcende o seu carácter originalmente porventura algo brutal.

Com a emergência do mundo torna-se possível que a seleção das teorias mais perfeitas, dos ajustamentos mais corretos, se processe igualmente sem violências. Podemos agora eliminar as teorias falsas mediante uma crítica não-violenta.

É evidente que esta crítica não-violenta é ainda rara; ela é ainda normalmente semi-violenta, mesmo quando se tercem armas no papel.

Já não existem, porém, quaisquer fundamentos biológicos para uma crítica violenta, mas tão só argumentos contra.

Assim, esta crítica semi-violenta hoje generalizada poderá constituir um estágio transitório no desenvolvimento da razão.

A emergência do mundo significa que a evolução cultural não-violenta não é uma utopia, mas o resultado biologicamente, possível da emergência do mundo por via da seleção natural. A formação do nosso enquadramento social norteada por um objetivo de paz e de não-violência é não apenas um sonho, mas um alvo a atingir para a humanidade, um alvo possível e, numa perspectiva biológica, claramente necessário¹⁹⁶.

Para a análise da terceira fonte de valores humanos é preciso, portanto, atentar-se para a evolução das estruturas sociais ou, melhor dizendo, das ordens sociais espontâneas.

¹⁹⁶ POPPER, Karl. **Em busca de um mundo melhor**. Lisboa: Editorial Fragmentos, 3ª edição, 1992, pp. 38- 39. Trad. Teresa Curvelo.

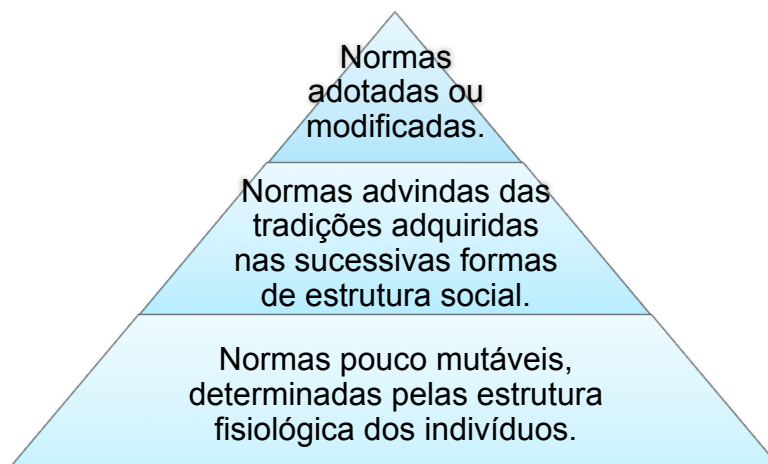
Efetivamente, as estruturas sociais vão se alterando na medida em que os indivíduos passam a manter uma regularidade de conduta e esta só é possível diante da capacidade de seguir normas.

Neste aspecto, vale lembrar que, muito embora a obra de Frederich August von Hayek tenha um conteúdo essencialmente normativo, houve o zelo em descrever que a capacidade humana em seguir normas advém de uma evolução cultural espontânea, ou seja, as bases normativas foram selecionadas naturalmente.

7.2. A evolução cultural e as mudanças nas normas de conduta

O surgimento de novos conflitos na sociedade exigiu mudanças rápidas nas normas de conduta.

Sugere-se três “camadas” de normas: a primeira, ele chama de “base sólida”, cujas normas são quase imutáveis e advém dos impulsos instintivos do homem; a segunda camada é composta das normas advindas das tradições adquiridas na estrutura social; a terceira e última camada se refere às deliberadamente adotadas ou que foram modificadas para atender propósitos conhecidos.



Sobre esta “base sólida” afirma que

os desejos naturais inatos adequavam-se à condição de vida da pequena horda, ao longo da qual o homem desenvolveu a estrutura neural que ainda caracteriza o *Homo sapiens*. E essas estruturas inatas, incorporadas à organização humana no curso de talvez 50 mil gerações, eram apropriadas a uma vida completamente diversa da que ele construiu para si ao longo das últimas quinhentas gerações ou, para a maioria de nós, apenas cem, aproximadamente¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op.cit.*, vol.III, p.169.

Por óbvio, para que fosse possível a construção de sociedades maiores, tornou-se necessário obedecer às normas aprendidas para que os homens pudessem conviver em grandes grupos.

Em contrapartida, a evolução cultural das sociedades exigiu que houvesse, também, uma seleção cultural de normas aprendidas, com o fim de reprimir algumas normas inatas, impossíveis de ser admitidas na vida em sociedade, na medida em que esta evoluiu culturalmente. Explica que essa seleção foi necessária para que houvessem regras apropriadas

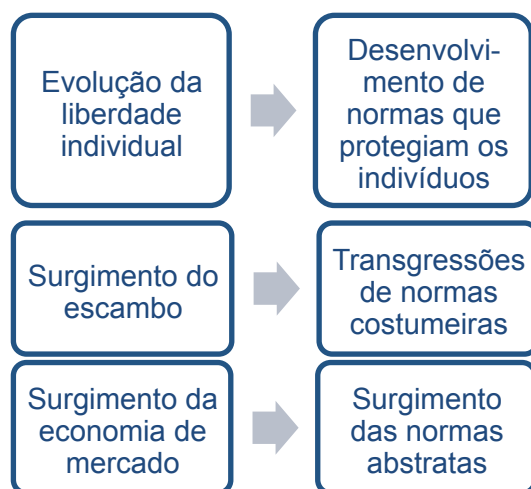
à vida de caça e colheita das pequenas hordas de quinze a quarenta pessoas, guiadas por um chefe e empenhadas na defesa de um território contra todo forasteiro¹⁹⁸.

Com o progresso dessas pequenas sociedades, foi necessária a substituição de normas por outras que possibilitaram a coordenação das atividades de grupos maiores,

(...) quase todos esses passos da evolução cultural tornaram-se viáveis pela violação de normas de conduta por alguns indivíduos – não porque percebessem a superioridade dessas últimas, mas porque os grupos que as adotavam prosperavam mais que outros e florescia¹⁹⁹.

Certamente, só permanecia no grupo o indivíduo que obedecia às normas de conduta, era uma espécie de maneira aceitável de agir dentro da sociedade.

Por outro lado, na tentativa de explicar a mudança das normas de conduta justas de acordo com sucessão das diferentes ordens econômicas, propõe-se a seguinte mudança:



¹⁹⁸ Idem, ibidem, p. 170.

¹⁹⁹ Idem, ibidem, p. 170.

A maior das mudanças foi, sem dúvida, a transição da pequena sociedade para a denominada “sociedade abstrata”:

uma sociedade em que a ação com respeito aos estranhos é regida não mais pelas necessidades conhecidas de pessoas conhecidas, mas unicamente por normas abstratas e impessoais. Isso possibilitou uma especialização que supera de longe o âmbito que qualquer homem tem conhecer²⁰⁰.

A “sociedade abstrata” teve origem com o surgimento da “ordem econômica” e, neste aspecto, vale destacar as lições de Max Weber quando trata da “ordem econômica” e da “ordem jurídica”:

Chamamos ‘ordem econômica’ a distribuição do efetivo poder de disposição sobre bens e serviços econômicos, que resulta consensualmente do modo de equilíbrio de interesses e da maneira como, ambos de acordo com o sentido visado, são de fatos empregados, em virtude daquele poder de disposição efetivo baseado num consenso. É evidente que os dois modos de consideração se propõem problemas totalmente heterogêneos que seus ‘objetos’ não podem entrar imediatamente em contato, e que a ‘ordem jurídica’ ideal da teoria do direito não tem diretamente nada a ver com cosmos das ações econômicas efetivas, uma vez que ambos se encontram em planos diferentes: a primeira, no plano ideal de vigência pretendida; o segundo, no dos acontecimentos reais. Quando, apesar disso, a ordem econômica e a jurídica estão numa relação bastante íntima, é porque esta última é entendida não em seu sentido jurídico, mas no sociológico: como vigência empírica²⁰¹.

É preciso dizer, ainda, que em uma sociedade regida por normas abstratas é completamente inviável a busca de fins comuns concretos. O funcionamento da sociedade, portanto, não se dá pelo que é reconhecido como correto ou útil a determinados propósitos, mas sim, a normas herdadas da tradição, de uma evolução cultural²⁰².

A posição vai de encontro com as teorias construtivistas do utilitarismo, que afirmam ser a satisfação individual a grande responsável pela evolução das normas.

Conclui-se, portanto, que a teoria hayekiana da evolução tem como ideia fundamental o fato de que o homem não inventou as instituições ligadas à moral e ao

²⁰⁰ Idem, ibidem, p. 172.

²⁰¹ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Brasília: UNB/Imprensa Oficial, 2004, pp. 209-210.

²⁰² “... a idéia de que o homem criou conscientemente uma ordem social correspondente a seus desejos inatos é errônea porque, não fosse a evolução cultural que se interpõe entre o instinto e a capacidade de criação racional, ele não possuiria a razão que hoje o leva a tentar construir a sociedade”. Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, 173.

direito²⁰³, de modo que as ferramentas básicas da sociedade moderna (a linguagem, a moral, o direito e a moeda) são frutos de uma evolução cultural espontânea.

A criação de ordens complexas e o desenvolvimento espontâneo de normas permitiram a proliferação da espécie humana. Descobrir o significado dessas normas supera a capacidade de compreensão do indivíduo.

7.3. Evolução, liberdade e progresso

Frederich August von Hayek inicia seu estudo de evolução e liberdade com a afirmativa de que o homem não se desenvolve em liberdade, uma vez que esta é fruto da civilização:

A liberdade foi possibilitada pela evolução gradual da disciplina da civilização que é, ao mesmo tempo, a disciplina da liberdade²⁰⁴.

Efetivamente, com a evolução da civilização, houve a necessidade de proteção da liberdade através de normas abstratas e impessoais. Estas normas protegem o homem da violência arbitrária dos demais, possibilitando a cada indivíduo planejar e atingir livremente os seus objetivos.

Como já foi dito, com o progresso dos pequenos grupos e o desenvolvimento do sistema econômico, foi necessário que os membros aprendessem a adquirir novas normas que, na concepção sopesada, não foram “inventadas”, mas adquiridas naturalmente e foram essenciais para reprimir as reações instintivas não mais admitidas na grande sociedade organizada.

Parece interpretar que uma economia aberta foi, por muitas vezes, obstada em diversas sociedades em virtude do pensamento remoto de profetas religiosos e filósofos que defendiam a manutenção dos desejos inatos dos indivíduos:

Temos de admitir que a civilização moderna se tornou possível em grande parte graças ao desprezo votado às injunções desses moralistas indignados. Como bem disse o historiador francês Jean Baechler, a

²⁰³ Sobre moral e direito, vale lembrar as considerações de Celso A. Pinheiro de Castro: “Para Kant, a moral é interior, enquanto a lei é externa. À moral interessa a intenção reta, enquanto o direito preocupa-se com a conduta legal objetiva, isto é, a conduta considerada boa em sua concretização” (...)
“... saliente-se que moral e lei apresentam pontos em que se interseccionam e outras em que se distinguem. Há normas morais que contam com correspondente jurídico ou normas morais que se tornam jurídicas. A lei dispõe de instituições e de agentes especializados para formulá-la e controlar-lhe a aplicação, o que não acontece com a moral” CASTRO, Celso A. Pinheiro de. *Op. cit.*, p. 103.

²⁰⁴ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, p. 173.

expansão do capitalismo tem sua origem e razão de ser na anarquia política²⁰⁵.

É preciso destacar que a primeira concepção de homem livre surgiu na Idade Média, devido aos ensinamentos dos antigos gregos que descobriam a liberdade individual e a propriedade privada.

Não se pode negar que o desenvolvimento da sociedade só foi possível devido à seleção cultural das normas, decorrente de um processo irracional²⁰⁶.

Assim, o desenvolvimento de uma tradição foi o que tornou possível a civilização, ou seja, o progresso da sociedade, na concepção de Frederich August von Hayek, sempre se baseou na tradição, uma vez que esta é produto do processo de seleção:

A tradição não é algo constante; é o produto de um processo de seleção orientado não pela razão mas pelo sucesso. Ela se modifica, mas raras vezes pode ser deliberadamente modificada”.

(...)

“E, uma vez que devemos a ordem de nossa sociedade a uma tradição de normas que só compreendemos imperfeitamente, todo progresso terá de basear-se na tradição. Somos obrigados a nos fundar na tradição, podendo no máximo fazer pequenas alterações em seus produtos²⁰⁷ .

É inevitável a pergunta: quando, então, a tradição pode rejeitar uma norma ou retirar-lhe a legitimidade?

Somente outras convicções morais, que foram absorvidas espontaneamente pela sociedade, é que podem rejeitar uma norma. Ademais, uma nova norma só poderia ser aprovada pela sua crescente aceitação na sociedade²⁰⁸.

Fato é que o homem foi obrigado a aprender a conviver em uma sociedade de normas abstratas; a conviver em uma sociedade que não tem como fim atender aos interesses individuais, mas sim, interesses comuns e isto nem sempre trouxe satisfação:

As normas indispensáveis à sociedade livre exigem de nós muita coisa desagradável, como sofrer a concorrência dos demais, vê-los enriquecer mais do que nós, etc., etc²⁰⁹ .

²⁰⁵ Idem, ibidem, p. 176.

²⁰⁶ Quando Frederich August von Hayek se refere à seleção cultural afirma que “a razão não é o seu guia e sim um produto seu”. Cf. HAYEK, F.A., *Op. cit.*, p. 177.

²⁰⁷ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. III, p.177-78.

²⁰⁸ “As normas que aprendemos a observar são fruto de evolução cultural”. Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. III, p. 180.

Não é incomum o pensamento de que evolução e progresso são sinônimos, todavia, os termos são bem diferentes. A evolução foi – e sempre será – a condição necessária para o progresso.

É evidente que quando fala em evolução, trata da evolução espontânea dos membros da sociedade.

Mais do que isso, afirma que as normas aprendidas foram frutos dessa evolução cultural, que se tornou condição para fazer progredir a ordem em uma sociedade.

Este progresso, entretanto, nem sempre agrada os indivíduos, nesse sentido “o homem foi civilizado a contragosto”²¹⁰.

A evolução, portanto, está intimamente ligada à aprendizagem espontânea das normas pelos homens; já o progresso – também econômico – é a consequência desta evolução.

Questão que merece destaque é a possibilidade de dosar o progresso econômico. Neste aspecto é categórico ao afirmar que o progresso pode ser mais rápido do que os indivíduos que compõem as sociedades gostariam:

Infelizmente, no entanto, o progresso não pode ser dosado (e tampouco o crescimento econômico!). Tudo o que podemos fazer é criar condições que o favoreçam e esperar então pelo melhor. A política pode estimulá-lo ou amortecê-lo, mas ninguém é capaz de prever com precisão os efeitos dessas medidas; imaginar que se sabe uma direção desejável do progresso parece-me o máximo da presunção. Um progresso conduzido já não seria um progresso. Felizmente, a civilização superou a possibilidade do controle coletivo; do contrário, provavelmente sufocaríamos²¹¹.

Sem dúvida, deter o progresso seria tentar impedir – ou limitar – a evolução do homem, verdadeira teratologia.

²⁰⁹ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op.cit*, p.181.

²¹⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 180.

²¹¹ *Idem*, *ibidem*, p.180.

Capítulo 8

Frederich August von Hayek e a tributação no Estado Neoliberal

“... toda a prática das finanças públicas foi desenvolvida numa tentativa de ludibriar o contribuinte, induzindo-o a pagar mais do que supõe e fazendo-o concordar com uma despesa na crença de que outrem será obrigado a pagar por ela”²¹².

8.1. Relação entre o mercado e tributação

No decorrer dos capítulos anteriores, o presente trabalho teve como fim arrazoar sobre as concepções sobre um sistema socialmente organizado que proteja a ordem e a liberdade.

Das descrições teóricas aqui expostas buscou-se revelar os argumentos defensores da tese da ordem espontânea, ordem esta que é responsável pela interação social entre os indivíduos, cuja consequência é o surgimento de uma seleção evolutiva das regras de conduta.

Além das normas de conduta justa, o autor também expõe seu pensamento sobre as normas voltadas para fins específicos, almejando a justiça social.

Os entendimentos sobre a ordem de mercado livre e a visão jurídica sobre ela também foram alvo de análise.

Chegou o momento de tratar da justa tributação em um estado neoliberal.

A tributação numa economia de mercado e a noção de justiça social por meio da tributação são os aspectos mais relevantes do pensamento hayekiano.

Paulo Caliendo quando trata da tributação na acepção de Frederich August von Hayek esclarece:

O debate sobre possíveis previsões e resultados econômicos é particularmente importante no caso de políticas fiscais, visto que antes de qualquer coisa as decisões em matéria fiscal afetam o comportamento de milhões de indivíduos e a possibilidade de determinar o peso de certos tributos, sua influência sobre o consumo, a renda ou patrimônio são dados que não podem apresentar respostas precisas. Para Frederich August von Hayek esta resposta não poderá

²¹² Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op cit*, vol. III, p. 36.

nunca ser dada de modo definitivo, visto não ser possível adentrar na mente de milhares de compradores e vendedores²¹³.

Diante da impossibilidade de precisão dos dados acima expostos é necessário a adoção de uma política tributária não discriminatória e que não interfira nas decisões econômicas.

Por outro lado, o austro-húngaro trata da tributação como fenômeno social que envolve não só a economia, como também a ideia de política governamental.

É preciso esclarecer, desde já, que a noção de justiça social por meio da tributação é premissa fundamental num Estado Neoliberal, que se baseia na mínima interferência na economia e na existência da tributação como financiamento das atividades do Estado.

Adam Smith acentuou que foi com o neoliberalismo que se efetivou o dever do Estado de fornecer as mínimas condições de existência aos indivíduos com o produto da arrecadação de tributos²¹⁴.

O ideal do neoliberalismo torna-se, então, o do “estado simultaneamente mínimo e forte”²¹⁵.

Efetivamente, Frederich August von Hayek trata da tributação como fenômeno social que envolve custeio da máquina estatal, com a intervenção mínima no mercado. Aspectos estes que serão analisados ao longo deste capítulo.

8.2. Regência Jurídica num Estado Tributário

Antes de discorrer sobre a regência jurídica e o Estado tributário, é preciso lembrar o pensamento revolucionário de Hans Kelsen, que tratou o direito como um sistema de normas jurídicas.

Não há como pensar, portanto, num Estado Tributário sem reconhecer a necessidade de normatizar as especificidades dos tributos, o poder de tributar e as regras de limitação deste poder.

²¹³ CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito – uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Ed. Campus Jurídico, 2008. p. 44.

²¹⁴ SMITH, Adam. **A riqueza das nações – investigação sobre a sua natureza e suas causas**. Apresentação de Winston Fritsch Tradução de Luiz João Baraúna São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1996, Vol.I, p. 14.

²¹⁵ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia uma defesa das regras do jogo**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1997, 6ª edição, p.125.

Assim sendo “a supremacia das normas, bem como da igualdade perante a lei implica duas das principais amarras do governo, que evitam o exercício de atos ilegítimos”²¹⁶.

Nunca é demais destacar o preceito da legalidade, esse que é base de um sistema jurídico tributário. O sistema jurídico brasileiro tem como premissa fundamental, no plano do Direito Constitucional, o princípio pelo qual “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”²¹⁷. No plano do direito tributário, significa que nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que o seja por lei²¹⁸.

Paulo de Barros Carvalho destaca a necessidade de compreensão do sistema e do texto constitucional para, após, compreender as devidas proporções do sistema tributário brasileiro:

Sem uma tomada de posição consciente a respeito das diretrizes sobranceiras estabelecidas pela Lei Suprema, fica difícil, para não dizer impossível, isolarmos a planta básica dos tributos, percebendo as peculiaridades de um subdomínio normativo cuja complexidade vem crescendo numa velocidade espantosa²¹⁹.

O pensamento hayekiano destaca a necessidade de um sistema constitucional que disponha, em primeiro lugar, da direção e da organização do Estado, especialmente, a separação dos poderes.

Nesse aspecto, a obra traz um “modelo de constituição ideal” que, apesar de não ser o foco do presente estudo, vale ressaltar algumas considerações quando trata da divisão dos poderes financeiros:

O problema central advém do fato de que a arrecadação de contribuições é necessariamente um ato coercitivo, devendo por isso ser efetuada em conformidade com normas gerais estabelecidas pela Assembléia Legislativa, ao passo que a determinação tanto do montante dos gastos quanto de sua destinação constitui nitidamente matéria da competência do governo²²⁰.

Nesse aspecto afirma ainda:

²¹⁶ Apud. CALIENDO, Paulo. *Op. cit.*, pp. 44-45.

²¹⁷ Cf. **Constituição Federal**. Artigo 5º, Inciso II, 1988

²¹⁸ Para melhor aprofundamento dessas questões, cf. artigo 150, da Constituição Federal e artigo 97, do Código Tributário Nacional.

²¹⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário Linguagem e Método**. São Paulo: Ed. Editora Noeses, 2008, pp. 210-211.

²²⁰ HAYEK, Frederich August von. *Op cit.*, p. 131.

Os métodos usuais de tributação foram moldados, em grande parte, na tentativa de arrecadar fundos de modo a despertar a menor resistência ou indignação na maioria, de cuja aprovação se precisasse²²¹.

Sinteticamente, o autor propõe que as normas tributário-financeiras num sistema Constitucional devem obedecer aos seguintes passos:

- 1 - Normas gerais estabelecidas pela Assembléia Legislativa;
- 2 - Normas uniformes, ou seja, os recursos totais a arrecadar são rateados entre os cidadãos;
- 3 - A determinação do montante dos gastos e a destinação do produto da arrecadação deverão ser estabelecidas pelo governo;
- 4 - O custeio de serviços específicos que acarretar aumento da carga tributária deverá seguir um “esquema geral” determinado pela Assembleia Legislativa;
- 5 - Os métodos de tributação ajustados ao montante a arrecadar.

Seguindo estas diretrizes,

já não se poderia então aprovar qualquer despesa com base na expectativa de que o ônus poderia ser, mais tarde, transferido para outrem: todos estariam cientes de que teriam de arcar com uma parcela fixa de todos os gastos²²².

A perfeita adequação entre a elaboração das normas gerais que devem reger a distribuição da carga tributária entre os indivíduos e a determinação das somas totais a serem arrecadadas parece-nos algo totalmente impraticável.

Todavia, o autor afirma que

é provável que só esse completo reexame do contexto institucional da legislação financeira possa deter essa tendência à elevação contínua e progressiva da parcela de renda da sociedade sob o controle do governo. Se tiver condições de persistir, essa tendência não tardará a fazer com que toda a sociedade seja tragada pela organização governamental²²³.

Uma vez que estamos tratando de regência jurídica num Estado tributário é preciso ressaltar, ainda, que no Estado unitário o centro de emanação de normas será um só, com obediência para as demais unidades administrativas. No caso brasileiro é o

²²¹ Idem, ibidem, p.132.

²²² Idem, ibidem, pp.131-132.

²²³ Idem, ibidem, p.132.

Estado Federal que pressupõe a representatividade dos Estados-membros de uma Federação perante a União e a divisão política das competências reservadas em nível constitucional.

8.3. Política Governamental: a tributação como forma de financiamento do Estado

Em primeiro lugar, num breve comentário, é válido salientar que um Estado Federado é formado pela união deliberada dos Estados-membros. Estes abrem mão de parte de suas soberanias em prol de um bem comum maior que os individuais; tal aliança, tal união, é denominada de pacto federativo.

Dalmo de Abreu Dallari, nesse contexto, ensina que

quando se compõe uma federação isto quer dizer que tal forma de convivência foi considerada mais conveniente para que, sob um governo comum, dois ou mais povos persigam objetivos comuns²²⁴.

Dessa maneira, surge um ente superior único, capaz de representar os Estados no âmbito doméstico e de forma externa. O Estado Federal possui deveres ante a federação, como o zelo pela coisa pública. Destarte o papel do Estado federal seria, numa visão alargada,

a defesa externa e a ordem jurídica e institucional, abrangendo as garantias individuais, os direitos civis e políticos e o arcabouço normativo das atividades econômicas, entre outros. Em sua acepção ampliada os bens públicos englobam, além dos anteriores, os bens e serviços que a sociedade define como direitos do cidadão, por exemplo, educação, saúde, infra-estrutura, saneamento etc. Entre estes dois extremos há possibilidades de inúmeras definições intermediárias de bens públicos, mais restritas ou abrangentes²²⁵.

Numa visão mais sintetizada, e em consonância com o tema exposto, poder-se-ia concordar com a lição de Flávio Rubinstein que atribui ao Estado²²⁶ “três funções

²²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, São Paulo: Editora Saraiva, 1998, 2ª edição, atualizada, p.79.

²²⁵ AZEVEDO, Sergio de; MELO, Marcus André. **Mudanças Institucionais e Reforma Tributária**, In Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 12 Nº 35, Outubro 1997.

²²⁶ Daqui por diante, quando utilizado o substantivo Estado, mencionar-se-á o Estado Federal.

principais: estabilização macroeconômica, redistribuição de renda e alocação de recurso”²²⁷.

Ressalte-se que os Estados-membros mantêm a autonomia, de uma forma não integral, sobre muitos assuntos. Dalmo de Abreu Dallari, ao ensinar sobre as formas de Estados, aponta que esses são federais quando conjugam vários centros de poder político autônomo²²⁸.

Somado a esse acontecimento – o surgimento do Estado – soma-se a necessidade de recursos para a manutenção da máquina estatal. Assim, o imposto ocupa papel central entre os tributos e representa a sobrevivência econômica e financeira do Estado.

Destarte, não há Estado sem imposto. Nessa linha de raciocínio, Ricardo Lobo Torres, ao escrever sobre as projeções do Estado Democrático Fiscal, afirma que

o imposto, como categoria principal dos tributos, surge com o neoliberalismo e o Estado de Direito e lhe é coextensivo. Distingue Klaus Vogel entre Estado Financeiro (Finanzstaat) – que é uma tautologia, pois nenhum Estado pode sobreviver sem finanças (= dinheiro) – e o Estado de impostos (Steuerstaat), que é o que cobre suas necessidades financeiras essencialmente pelos impostos e que assim procede à separação entre Estado (Staat) e Economia (Wirtschaft)²²⁹.

Trataremos aqui do financiamento do Estado por intermédio da tributação, não olvidando o fato de que há outras formas de fazê-lo, como por exemplo, pelo endividamento público e pela emissão monetária.

Brevemente, no caso da emissão monetária, o Governo simplesmente emite um novo saldo de moeda corrente – exercendo, dessa forma, pressão na inflação, provocando sua alta, além de acarretar a perda de parte do valor monetário da moeda nacional que os indivíduos possuem. No segundo caso – o do endividamento – o Governo emite títulos da dívida pública. Não há qualquer intenção de se aprofundar nos dois casos anteriores. Esse tópico tem foco na tributação como maneira de financiar o setor público.

²²⁷ RUBENSTEIN, Flávio. In: VASCONCELOS, Roberto França. (coord.). **Política Fiscal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 209.

²²⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. Cit.*, p. 139.

²²⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro Tributário** vol. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 548.

Não se pode esquecer a produção de riqueza pelo Estado gerada diretamente (receita originária) por meio de empresas públicas, sociedade de economia mista, exploração de bens e direitos públicos²³⁰.

Logicamente, levando-se em consideração a arrecadação de recursos pelo Estado, deve-se lembrar que nem toda necessidade dos cidadãos deve ser suprida pelo Estado, mas sim, as mínimas para manter a sociedade em ordem e progresso, sendo capaz de “proporcionar até mesmo as condições indispensáveis ao funcionamento de uma sociedade livre”²³¹.

Dentro de uma visão jusnaturalista, complementada pelo positivismo jurídico, deve ser determinado por intermédio de um texto maior, quais são os deveres do Estado que age somente imbuído de interesse público. Interesse este, que tem como finalidade a coletividade e não apenas uma parcela dela, um grupo específico de indivíduos.

Todavia, ainda que aparentemente paradoxal, os serviços prestados pelo ente devem ser custeados pela sociedade em geral. A incongruência se deve ao fato de muitos custearem e não usufruírem, mas, até mesmo pela essência do principal tributo, ou melhor, do imposto, não há uma contraprestação exigida pelo seu recolhimento.

O raciocínio hayekiano afirma que:

Embora isso dê a impressão de que os indivíduos estariam sendo compelidos a servir a propósitos que não lhes interessam, é mais realístico encará-lo como uma espécie de troca: cada um concorda em contribuir para um fundo comum segundo os mesmos princípios uniformes, entendendo suas aspirações com relação aos serviços a serem com ele financiados serão satisfeitas proporcionalmente às suas contribuições. Na medida em que cada um pode esperar obter desse fundo comum serviços que lhe são mais valiosos que a contribuição que é obrigado a dar, será de seu interesse submeter-se à coerção²³².

²³⁰ Frederich von Hayek estabelece a distinção entre as funções do setor público e do privado ao mencionar a imposição de certos limites atribuídos ao Governo pela sociedade: “longe de defender esse ‘Estado com poderes limitados’, consideramos inquestionável que numa sociedade desenvolvida é dever do governo usar seu poder para arrecadar fundos por meio da tributação, de modo a fornecer uma série de serviços que, por várias razões, ou o mercado não pode prestar ou não pode prestar adequadamente”. Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, Vol.III, p. 46.

²³¹ HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, Vol.II, p. 45.

²³² HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, Vol.II, p. 49.

Nelson Saldanha ao tratar da tributação destaca que esta liberou o cidadão da vassalagem e o vinculou ao orçamento fiscal: só paga imposto quem está representado.²³³

Ainda, de acordo com o axioma de Frederich August von Hayek, não obstante seja impossível determinar a quantidade de bens e serviços recebidos por cada um de maneira particular, ou seja, o benefício individualizado, deve-se ter em mente a satisfação geral por aquilo que é recebido como decorrência do que é pago a título de tributos.

Ao prosseguir em sua análise do setor público, o autor destaca que: 1) os serviços, apesar de monopolizados pelo governo, podem ser geridos por particulares; e 2) na medida em que o mercado dispuser de meios para fornecer tais serviços, com maior qualidade ao cidadão, o governo deve transferir essa tarefa. Considera, entretanto, que faltam todas as condições necessárias ao fornecimento dos serviços públicos pelos prestadores particulares.

Retomando a linha primária de raciocínio, se é dado ao Estado arrecadar recursos de maneira compulsória para custeio da máquina estatal, legalmente autorizada, este deve prover o mínimo de condições para que a vida em sociedade seja possível, organizada e adequada. Isso significa dizer: o Estado deve viabilizar os meios necessários para que o cidadão comum busque seus objetivos dentro daquilo que se entende como persecução de objetivos pessoais diante de oportunidades iguais colocadas à sua disposição pelo órgãos governamentais.

Novamente, a tributação, maiormente no que tange aos impostos, não pressupõe uma contraprestação estatal. Este é o preço que se deve pagar pelo simples fato de o Estado existir como um ente autônomo e mantenedor da sociedade e de sua incolumidade. É o que afirma Roque Antonio Carrazza quando leciona sobre impostos:

Não é por outro motivo que muitos autores ressaltaram que os impostos servem para custear os serviços públicos indivisíveis, destinados indistintamente a toda coletividade e, nesta medida, usufruíveis *uti civis* (segurança pública, defesa nacional, iluminação pública, etc.)²³⁴.

O excerto acima sugere a distinção feita entre a utilização do recurso e o motivo de sua arrecadação. De tal sorte, o governo cobra impostos dos contribuintes

²³³ SALDANHA, Nelson. **Ethos Político, Direitos e Cidadania. Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 391-394.

²³⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 492 e 493.

pelo fato de precisar manter a máquina estatal em funcionamento. Contudo, não oferece uma contraprestação específica, ou melhor, não há correlação direta entre a cobrança do respectivo tributo e a prestação de serviços públicos.

Não obstante, está entre as obrigações do Estado a prestação de certos serviços públicos essenciais e, para tanto, se utiliza dos recursos arrecadados (por intermédio da tributação). Nesse sentido, Edison Carlos Fernandes assevera que

por despesas públicas devemos entender os gastos realizados pelo Estado no cumprimento das suas atribuições, a saber: realização de obras públicas, prestação de serviços públicos, e, relacionada a ambos, a manutenção de uma máquina administrativa (funcionalismo público). O investimento de recursos financeiros em cada uma dessas atribuições depende da orientação política do governo do momento, como, por exemplo: decisão de gastos maiores em obras de infra-estrutura, transferindo a prestação de serviços como de saúde e educação cada vez mais para a iniciativa privada²³⁵.

Com isso, justifica-se que o Governo mantém a tributação e, mesmo assim, transfere parcialmente a sua responsabilidade no que tange a serviços essenciais aos particulares. Como no caso dos transportes, saúde, educação, etc.

Dessa forma, o setor privado pode ser responsável por executar uma política governamental desde que o faça da melhor forma possível: com maior qualidade a um menor custo ao cidadão comum. Isso, inclusive, possibilita que, numa eficiência exemplar, pessoas que usualmente não fossem capazes de usufruir de um bem ou serviço de alta qualidade o façam. É o que se extrai do seguinte axioma:

é possível encontrar novas fórmulas para tornar vendável um serviço que anteriormente não podia ser restringido aos que se dispunham a pagar por ele, estendendo-se assim o método do mercado a áreas a que era antes inaplicável²³⁶.

Com isso, verifica-se que um ciclo orçamentário-financeiro de arrecadação tributária advinda de impostos, e também de contratos firmados com o setor privado, poderiam gerar riquezas ao Estado que reverteria à sociedade benefícios ainda maiores. Chama-se a atenção para o fato de que

²³⁵ FERNANDES, Edison Carlos. **Aproximação das políticas macroeconômicas**. In: Ives Gandra da Silva Martins (Org.). *O Direito Tributário no MERCOSUL*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1, p. 229.

²³⁶ HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. II, p. 51.

‘o setor público’ deveria ser concebido não como um conjunto de finalidade cuja consecução é o monopólio do governo, mas como um conjunto de necessidades que o governo é solicitado a satisfazer enquanto e na medida em que não podem ser atendidas por outros meios²³⁷ .

Interpreta-se, portanto, no pensamento do autor, uma maneira de não mais o Estado ter um tratamento distinto do setor privado, ressalvada a arrecadação compulsória de recursos.

Isso, pois, a política governamental é regulada por uma legislação voltada especialmente aos órgãos públicos, incluindo-se o funcionalismo e o erário, aquilo que denomina de normas de organização com objetivos específicos, que regulam o fornecimento de bens e serviços, distinguindo-se das normas de condutas voltadas aos cidadãos e geral (âmbito privado).

Porém, o direcionamento aparentemente mais adequado é aquele em que a entidade estatal estaria sujeita aos mesmos princípios e às mesmas normas voltadas à economia de mercado, ou seja, haveria uma uniformidade legislativa total. Em outras palavras, não haveria normas voltadas exclusivamente à administração pública e outras ao setor privado, principalmente no que tange à livre concorrência que atinge a todas as organizações.

Repita-se que relativamente à tributação, responsável pelo aporte financeiro para a prestação de serviços à população de uma forma geral, parte-se do pressuposto de que o Estado “intervém” no mercado, prestando serviços públicos em geral, quando esse não é capaz de fazê-lo com excelência. Esta é, para ele, a política governamental e arrecadatória ideal.

Afirma que seria melhor a adoção de medidas capazes de segmentar a prestação de serviços dentro das reais necessidades desse ou daquele segmento da população. Aponta que essa maneira de atuar é semelhante àquela do setor privado, detentora do “grande mérito do mercado” em “atender tanto às minorias quanto às maiorias”²³⁸ .

Numa política governamental como a sugerida haveria uma concorrência direta entre o Estado e os particulares na prestação de serviços públicos e abrandaria “em

²³⁷ HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, Vol. II, p. 53

²³⁸ Idem, *ibidem*, p. 53.

grande parte o mais grave perigo da ação governamental, ou seja, a criação de um monopólio, com toda força e a ineficiência²³⁹ que é própria do governo.

Assim, um Estado que transfere a gerencia da prestação de serviços ao setor privado e que aplica seus recursos de maneira equilibrada, pontual e segmentada terá, em consequência, uma máquina estatal diminuta, bem como, um volume menor nas despesas públicas.

Isso, pois, cada um poderia usufruir do serviço que lhe fosse necessário e conveniente, não havendo, todavia, uma unanimidade entre a coletividade sobre um determinado serviço:

A verdadeira concordância entre eles provavelmente só será alcançada quanto ao volume dos serviços a serem prestados desde que cada um possa esperar receber em serviços o equivalente aproximado do que paga em impostos²⁴⁰.

A verdade é que o indivíduo compulsoriamente contribui com a retirada de parcela de seu patrimônio, sob a forma de tributação, para o custeio da máquina estatal e esta, por sua vez, fornece os serviços, ainda que não haja correlação entre o pagamento e a prestação. Conclui-se que “é, portanto, a decisão sobre o nível de tributação que deveria determinar a dimensão total do setor público”²⁴¹.

Note-se que a tarefa de uma política governamental extremamente racional quanto aos fins, ou seja, a satisfação específica das necessidades de cada um ao menor custo possível (podendo ter o auxílio do setor privado) e a tributação, de igual forma, extremamente racional e não abusiva, exige da população uma posição ativa.

Cada um deve se manifestar quanto à utilização ou não de um determinado serviço, dada a sua maior ou menor necessidade. Isso culminaria em um Estado que tributa menos, numa máquina estatal menos custosa – sem, contudo, ser menos eficiente – e destinada a uma população mais satisfeita.

Dessa maneira, cada cidadão que usufrua de um determinado serviço contribuirá para que o governo proporcione uma melhor prestação dos serviços por ele utilizados e, de igual forma, de serviços úteis a todos. É que o Frederich August von Hayek chama de fundo comum.

²³⁹ HAYEK, Frederich August von. *Op.cit.*, vol. III, p. 55.

²⁴⁰ Idem, *ibidem*, p. 55.

²⁴¹ Idem, *ibidem*, pp. 55-56.

8.4. O Estado Neoliberal e a Descentralização.

No federalismo deve haver normas gerais para a criação dos instrumentos fiscais adequados para a realização das funções de governo. Uma questão que deve ser ressaltada é a necessidade do alinhamento dos instrumentos fiscais de arrecadação (somando-se despesas públicas) com a melhor maneira de satisfazer os anseios da população, visando a criação de melhores oportunidades para que cada um alcance, além de seus objetivos, a melhoria das políticas públicas.

Dessa maneira, uma solução viável para atingir tal alinhamento, quando se trata de uma federação, é a descentralização dos referidos instrumentos – federalismo fiscal – pois como será analisado adiante, permite que os Estados-membros (governos locais) atuem com maior eficiência.

Nesse sentido, como observou Thomas Courchene: “O federalismo não deve ser visto apenas como um padrão ou desenho estático, caracterizado por uma divisão de poderes entre níveis de governo determinada e exatamente fixada”²⁴².

Diante disso, defende-se que o poder de arrecadar deve ser distribuído pela autoridade central aos governos locais, descentralizando a capacidade tributária ativa:

se em quase todo este livro, pelo bem da concisão, seremos em geral obrigados a falar do governo no singular e a enfatizar que só a ele cabe o direito de arrecadação compulsória, não se entenda por isso que tal poder deve concentrar-se numa autoridade central única²⁴³.

Todavia, tal pensamento deve ser entendido como acessório e que o governo central deve deter grande parcela do poder de instituir e arrecadar tributos.

A defesa da tese descentralizadora vislumbra um governo local mais próximo à população e mais eficiente no que tange à satisfação das suas necessidades, numa ação governamental mais correta e equilibrada.

Nessa linha de pensamento, Wallace E. Oates, ao estudar o sistema federal e as finanças públicas, afirma que a política governamental relacionada à economia tem, principalmente, três aspectos: 1) a alocação mais eficiente dos recursos públicos; 2) a distribuição equânime de riqueza; e 3) a manutenção do nível de empregabilidade.

²⁴² COURCHENE, Thomas J. **Federalismo e a nova ordem econômica: uma perspectiva dos cidadãos e dos processos**. In: REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício Augusto de (Org.). **Federalismo e integração econômica regional: desafios para o Mercosul**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2004, pp.21-61.

²⁴³ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. III, p, 49.

Em sua análise do sistema sócioeconômico afirma que tanto o setor privado quanto o público tem seu papel específico e fundamental.

Acrescenta, ainda:

Para este efeito, é útil adotar um modelo federal simplificado em que existem apenas dois níveis de governo: um governo central, encarregado de questões públicas de âmbito nacional e um corpo governamental local, que funciona para atender as necessidades locais. Todas as unidades do governo estão empossadas de autoridade fiscal e de despesas independentes (tradução livre)²⁴⁴.

Destarte, nesta repartição material, relativamente à competência tributária, atribui ao sistema federal fiscal descentralizado uma maior efetividade. É o que se pode absorver da lição de Flávio Rubinstein, quando trata da repartição de competências tributárias no Brasil:

(...) os métodos de alocação de receitas aos governos subnacionais diferem na autonomia fiscal que proporcionam, no grau de facilidade na conformidade e administração tributárias, no atendimento aos critérios de justiça, eficiência e nos patamares de re-distribuição inter-regional de renda que podem acomodar²⁴⁵.

Wallace E. Oates, na qualidade de defensor da descentralização no federalismo fiscal, pensa ser esta uma solução que culminará em ganhos para a sociedade, permitindo jurisdições locais mais efetivas, que conheça com profundidade as necessidades de cada pessoa a ela submetida.

Efetivamente, o conhecimento que um governo local tem é muito mais apurado do aquele que o governo central detém, mesmo porque as particularidades locais são distintas de região para região, bem como as necessidades.

Dessa forma

(...) o processo econômico tradicional para a escolha fiscal descentralizada baseia-se nos ganhos visando o bem-estar social, uma melhor distribuição dos recursos dentro do setor público. A descentralização fiscal permite que as jurisdições individuais (vou me referir a elas como Governos locais) adêquem os níveis de despesas

²⁴⁴ OATES, Wallace E. **The Theory of Public Finance in a Federal System**. In: **The Canadian Journal of Economics / Revue canadienne d'Economique**, Vol. 1, No. 1. (Feb., 1968), pp. 37-54. "For this purpose, it is useful to adopt a simplified federal model in which there are only two levels of government: a central government, entrusted with public matters of national scope, and "local" government bodies, which function to meet "local" needs. All government units are assumed to possess independent tax and expenditure authority".

²⁴⁵ Cf. RUBENSTEIN, Flávio. *Op. cit.*, p.193.

públicas para os gostos dos particulares e outras circunstâncias que caracterizam suas respectivas comunidades (tradução livre)²⁴⁶.

Nesse diapasão é válido refletir sobre quais seriam as atribuições tributárias de um governo central e quais seriam as dos governos locais. Ressalte-se, ademais que, dentro do federalismo fiscal, essa é uma questão que assume relevância. Isto porque deve-se levar em consideração valores não somente econômicos, como também sociais. Desenha-se, assim, aquilo que a doutrina chama de base para uma tributação “ótima”.

Essa teoria tem como objetivo propiciar a melhor forma de bem-estar dos membros da sociedade. Ensina Flávio Rubinstein que “nesse passo, a distribuição de competências tributárias entre os entes da Federação deve ser (i. e., no conjunto de entes que formam o Estado Federal) maximizado”²⁴⁷.

Nessa maximização deve-se considerar a quantia necessária tanto para o governo federal prover os serviços básicos à população, quanto os governos locais atenderem as necessidades específicas de cada pessoa, não abarcadas pelo governo central; trata-se, aqui, de competências materiais.

Sendo assim, o sistema deve prover recursos suficientes para condizer com os gastos públicos necessários ao cumprimento da política governamental local.

Marc Leroy defende um federalismo cuja repartição de receitas seja capaz de diminuir, ou mitigar as desigualdades entre os governos locais do Estado federal fiscal²⁴⁸. Isso garante, dentre outros aspectos, que o governo local confiará no seu próprio orçamento e não dependerá dos repasses do governo central.

Assim, os governos locais podem controlar os gastos públicos com eficiência, ou seja, confrontar a arrecadação e as transferências do governo central, com as suas despesas. Eficiência essa que tem como base o custo e benefício, além de satisfazer com maior adequação as necessidades pontuais da própria região.

As competências atribuídas aos governos locais devem ser capazes de promover uma arrecadação que supra os gastos com serviços por eles prestados,

²⁴⁶ OATES, Wallace E. **On the Welfare Gains from Fiscal Decentralization**. Journal of Public Finance and Public Choice, 1997. p. 83 – The traditional economic case for decentralised fiscal choice is based on the welfare gains from an improved allocation of resources within the public sector. Fiscal decentralization allows individual jurisdictions (I shall refer to them as «local governments») to tailor the levels of local public outputs to the particular tastes and other circumstances that characterize their respective communities.

²⁴⁷ Cf. RUBENSTEIN, Flávio. *Op. cit.*, pp.193-194.

²⁴⁸ LEROY, Marc. **La sociologie de l'impôt**. Paris: Presse Universitaires de France, 2002, p. 25.

deixando-se de lado aqueles já fornecidos pelo governo central. Propicia-se uma antecipação orçamentária adequada e primordial a qualquer gestão pública eficiente.

Pode-se ressaltar que o primado da eficiência seria *conditio sine qua non* para um governo responsável que evita desperdício e que busca uma máquina enxuta. Esta deve atender, ou fornecer bens e serviços, ao cidadão com a maior qualidade possível a um menor custo, condição que libera o orçamento para investimentos em novos projetos, como obras estruturantes.

Numa divisão de competência tributária os governos locais serão capazes de executar os projetos que lhes parecerem melhores, atraindo ou repelindo certos setores da economia privada. Não haverá, nesse caso, uma briga entre os governos locais, mas sim uma escolha por parte do cliente/cidadão/empresa daquele lugar em que fixará sua residência/sede, tendo como base a melhor prestação de serviços e uma menor tributação. Nessa esteira,

(...) se, por exemplo, um indivíduo está insatisfeito com o padrão de gastos e da estrutura da tributária em sua comunidade, ele pode, em um sistema federal, sempre se deslocar para outra comunidade que oferece um "pacote fiscal" mais adequado ao seu gosto. Desse modo, em uma economia federal, a eficiência da alocação de recursos no que se refere aos bens públicos locais tende a ser reforçada com o chamado "voto-em-pé". Da mesma forma que os consumidores compram bens privados, eles podem, até certo ponto, selecionar uma comunidade que oferece um padrão de bens públicos e tributos que estão de acordo com seus gostos²⁴⁹.

Essa também é uma consideração importante, pois tendo competência tributária e visando a uma tributação ótima, os governos locais, como já mencionado, poderão prever com antecedência o que arrecadará e de que maneira fará as despesas.

Exclui-se, nesse momento, a questão dos incentivos fiscais e a "guerra" instaurada contra os governos locais, uma vez que isso pode levar a níveis de tributação que não suportarão a demanda por bens e serviços, o que deteriorará seus níveis, tornando-os abaixo da eficiência. Sobre o assunto Flávio Rubinstein define que

(...) para que a competição entre governos subnacionais não degenera uma concorrência predatória, pode-se afirmar que os seguintes pressupostos devem ser observados: (i) o governo central deve ser encarregado de impedir que os governos locais estabeleçam reservas de mercado e dificultem o livre trânsito de bens e fatores de produção

²⁴⁹ OATES, Wallace E. *Op.cit.*, pp.37-54.

dentro do território nacional; (ii) os governos subnacionais devem ter instrumentos transparentes para competir entre si; e (iii) cada governo deve poder decidir a quantidade e a espécie de investimento que deseja atrair²⁵⁰.

Amílcar de Araújo Falcão aponta para o federalismo fiscal como uma forma de combate ao federalismo centralizador de competências tributárias, relegando aos governos locais apenas a “interpretação dinâmica das competências federais, feitas pelo legislativo federal e pelo judiciário com fundamento, inclusive, em apreciações de oportunidades”²⁵¹.

Com isso, afirma-se que a descentralização fiscal é um tema corrente e tem como objetivo melhorar o desempenho econômico dos setores públicos. Como dito anteriormente, uma das maneiras é transferir os poderes atribuídos ao ente federal (governo central) para os governos locais.

Mesmo porque, quando se transferem as responsabilidades, os programas que antes eram nacionais, e por vezes considerados insuficientes, ganham, em âmbito local, eficiência e especificidade quanto à satisfação das necessidades, tendo em vista a proximidade dos governos e da população.

De acordo com este raciocínio, ao tratar de descentralização, Wallace E. Oates²⁵² interpreta que tal caminho está “produzindo uma reestruturação do setor público pelo mundo”, mesmo porque um governo centralizado, de acordo com sua visão, já falhou em promover o crescimento sustentável almejado em larga escala.

Adiante, o federalismo fiscal diz respeito a um sistema político no qual a Constituição garante autonomia e atribui poder aos governos central e local. Indigitado sistema refere-se a uma forma de governar cuja moldura legal geral assinala várias funções em distintos níveis de governo bem como instrumentos fiscais apropriados para a implementação dessas funções²⁵³.

Em que pese a apreciação supracitada, não se pode olvidar que o federalismo fiscal e sua descentralização tratam de um conceito multidimensional e multifacetado:

(...) não pode ser reduzida a uma relação simplista, como a relação entre os gastos dos governos subnacionais e os gastos totais do

²⁵⁰ Cf. RUBENSTEIN, Flávio. *Op. cit.*, p. 204.

²⁵¹ FALCÃO, Amílcar. **Fato Gerador de Obrigação Tributária**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1971, p. 66.

²⁵² (Journal of Economic Literature) Vol XXXVII (September 1999) p. 1120, “are producing an ongoing restructuring of public sectors throughout the world”.

²⁵³ OATES, Wallace. E. **An Essay on Fiscal Federalism**. In. Journal of Economic Literature. Vol XXXVII. American Economic Association, Sep., 1999, p. 1120.

governo (o assim chamado coeficiente de descentralização dos gastos), ou à razão entre impostos subnacionais e impostos totais (o assim chamado coeficiente de descentralização fiscal). Não podemos negar que se tratam de dimensões importantes da descentralização, mas ela é muito mais do que isso, pois envolve um grande número de regras, instituições, constrangimentos, mecanismos e práticas inter-relacionadas, as quais, além disso, estão em constante mudança ao longo do tempo²⁵⁴.

Destarte, ao longo do tempo, essas atribuições de poderes e funções permitem corrigir falhas e estabilizar a economia de mercado possibilitando, inclusive, uma distribuição de renda mais equitativa proporcionando, ainda, um alto nível de empregabilidade e preços estáveis.

Essa direção tem como base, num sistema democrático, a maximização do bem-estar social dos cidadãos, levando-se em consideração os governos locais e o destaque ao interesse público²⁵⁵.

Neste sentido, Frederich August von Hayek defende que os serviços públicos não devem ser monopolizados pelo Estado e que a iniciativa privada também deve assumir a responsabilidade na sua prestação. Ilustra o autor:

Ainda que em certas circunstâncias só o governo tenha de fato condições de fornecer determinados serviços, isso não é razão para se proibir que organismos privados procurem encontrar métodos de fazê-lo sem o uso de poderes coercitivos. É ainda mais importante que o governo não preste esses serviços de uma maneira que impossibilite a outros fazê-lo. É possível encontrar novas fórmulas para tornar vendável um serviço que anteriormente não podia ser restringido aos que se dispunham a pagar por eles, estendendo-se assim o método do mercado a áreas a que era antes inaplicável²⁵⁶.

Isto possibilita, portanto, que os governos locais promovam os interesses daqueles indivíduos localizados em sua própria extensão, porque estão muito mais perto do povo e da geografia de suas respectivas jurisdições. Eles possuem o conhecimento das preferências locais e as condições de custo, inviáveis a um governo central.

²⁵⁴ PRUD'HOMME, Rémy; SHAH, Anwar. "Centralização versus descentralização: o diabo está nos detalhes". In: REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício Augusto de (Org.). **Federalismo e integração econômica regional: desafios para o Mercosul**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2004. Pp. 63-95.

²⁵⁵ Ainda que baseado na pressão política do cidadão e não na própria benevolência.

²⁵⁶ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op.cit.*, vol. III, p. 51.

A realidade é que os governos locais, aproximando-se mais das pessoas, serão mais sensíveis às prioridades dos seus eleitores e, talvez, mais capazes de encontrar novas e melhores maneiras para fornecer seus serviços.

Novamente, o federalismo fiscal não se preocupa somente com a descentralização supra mencionada – que envolve a satisfação as necessidades dos cidadãos submetidos ao seu território – mas, também, com as distintas competências tributárias. Em outras palavras, preocupa-se com a distribuição, entre os governos locais, do “poder de tributar”.

Frederich August von Hayek confirma a tese de que a descentralização é a melhor forma para o controle dos gastos públicos que, em consequência, possibilita a tão almejada “justa tributação”, pois é o nível de tributação ideal e está diretamente ligada à dimensão total das despesas.

Repita-se que atribuindo competências tributárias aos governos locais haverá um melhor controle dos gastos públicos. É o que afirma Wallace E. Oates:

Na literatura sobre o problema da tributação, há um reconhecimento explícito do papel que a tributação local deve desempenhar no estabelecimento de um ambiente adequado para a tomada de decisão orçamentária. Por exemplo, em seu tratamento inicial e seminal de impostos de exportação, McLure (1967) salientou que nas jurisdições onde há a capacidade de exportar parte dos seus encargos fiscais locais para os residentes de outras jurisdições, existirão incentivos para ampliar o orçamento local para além dos níveis de eficiência e, assim, o ‘preço do imposto’ local será eficientemente baixo²⁵⁷.

É preciso ressaltar, ainda, que a descentralização – no federalismo fiscal – serve como mecanismo para conter a tendência governamental expansionista. Com isso, governos descentralizados competem entre si semelhantemente à iniciativa privada, limitando a capacidade monopolizadora e o controle sobre os recursos da economia.

As autoridades locais têm a responsabilidade pela prestação de serviços públicos e pelo exercício das principais competências de regulamentação de um mercado comum, sem barreiras ao comércio e ao seu estabelecimento, de modo a estimular o funcionamento dos mercados privados. Em troca, os mercados fortes

²⁵⁷ OATES, Wallace E. *Op. cit.* “In the literature on the tax-assignment problem, there is an explicit recognition of the role that local taxation must play in establishing a proper environment for budgetary decision-making. For example, in his early and seminal treatment of tax-exporting, McLure (1967) pointed out that where jurisdictions have the capacity to export part of their local tax burdens onto residents of other jurisdictions, there will exist incentives to expand the local budget beyond efficient levels, as the local “tax-price” will effectively be too low”, p. 354.

contribuem para a viabilidade da estrutura federal do setor público (sistema de "mercado preservando o federalismo").

Portanto, a descentralização serve como aparelho de controle das tendências expansionistas do setor público e limita a intervenção do governo na economia de mercado, além de permitir a tributação de uma maneira ideal e justa.

8.5. Arrecadação e Investimento Estatal: a Tributação Racional

O pensamento neoliberal austríaco enfatizou a necessidade de distinguir dois tipos de planejamento do Estado: o socialista e o neoliberal. O primeiro define-se por uma organização e direção centrais das atividades e dos recursos, enquanto o último baseia-se na convicção de que a concorrência efetiva é a melhor forma de controlar os esforços humanos.

Por outro lado, enfatiza-se o fato de que “em nenhum sistema racionalmente defensável seria possível o Estado ficar sem qualquer função²⁵⁸”.

Lembra-se que, para Frederich August von Hayek, a ação governamental não deve intervir nos métodos de produção, nem controlar preços ou quantidades. Seu objetivo deve ser o de organizar adequadamente certas instituições, bem como criar mecanismos para uma tributação capaz de manter o que denominamos, aqui, de tributação racional.

É preciso, portanto, criar metas que façam a perfeita adequação entre a arrecadação e o investimento financeiro que se pretende empregar nas políticas públicas.

O filósofo alemão Josef Isensee, que estudou as relações entre Estado e sociedade, citado na obra de Paulo Caliendo²⁵⁹, tratou do Estado Fiscal como sendo um tipo de Estado caracterizado pelos seguintes elementos:

- i) seu financiamento se realiza por prestações dos cidadãos;
- ii) os tributos são expressão da soberania do Estado, que devem possuir justificação nos Estados Democráticos;
- iii) os Estados modernos exigem tarefas crescentes e, portanto, um financiamento crescente de suas atividades;

²⁵⁸ Cf. HAYEK, Frederich August von. **O Caminho da servidão**. Rio de Janeiro: Instituto Neoliberal, 1990, 5ª edição, p. 60. Tradução e revisão Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro.

²⁵⁹ Cf. CALIENDO, Paulo. *Op. cit.*, p.146.

- iv) os tributos de natureza geral se sobrepõem aos tributos de natureza contraprestacional ou causais;
- v) o Estado fiscal pressupõe uma dualidade entre Estado e sociedade, deixando-se às forças sociais a tarefa de realizar a atividade econômica;
- vi) há uma metamorfose do tributo como instrumento neutro e mínimo para um modelo de redistribuição de renda e direção econômico-social;
- vii) os tributos se acham submetidos a limites materiais que são fundamentais para a sua própria identidade, tais como a *igualdade de encargos* e a *conservação das fontes impositivas*.

Frederich August von Hayek não enumera os elementos necessários para a tributação ideal, mas é explícito ao afirmar:

É portanto a decisão sobre o nível de tributação que deveria determinar a dimensão total do setor público. Mas se só um acordo acerca do volume total dos serviços governamentais, isto é, um acordo acerca do total de recursos a serem confiados ao governo, permite chegar a uma decisão racional com relação aos serviços que este deve prestar, isso pressupõe que cada cidadão que vota a favor de determinado gasto deveria saber que terá que arcar com uma parcela predeterminada do mesmo²⁶⁰.

Em síntese, todo o pensamento hayekiano sobre a tributação envolve a necessidade de fixação prévia do ônus que deve ser distribuído aos indivíduos e, para isso, deve haver um controle total dos gastos públicos.

É preciso enfatizar que, muito embora o autor afirme que o nível de tributação é que irá determinar a dimensão total do setor público – que na sua concepção é o setor que deve proporcionar aos indivíduos as “necessidades coletivas” – ele não estabelece uma comunicação entre a atividade estatal tributária e a justiça distributiva.

Dentre as inquestionáveis funções do denominado “setor público”, que visam assegurar as mínimas condições aos indivíduos dentro de uma sociedade, em nenhum momento se trata da necessidade de repartição de bens.

Desde Aristóteles, que relacionava a Justiça Distributiva diretamente às repartições de bens e encargos pelos governantes aos cidadãos²⁶¹, a noção de Justiça Distributiva e o seu alcance tem sido alvo de inúmeros debates filosóficos ao longo dos séculos.

Séculos depois de Aristóteles, Santo Tomás de Aquino tratou da justiça distributiva como

²⁶⁰ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. Cit.*, vol. III, p.56.

²⁶¹ CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e Distributiva – desafios para concretizar direitos sociais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p.30.

(...) o parâmetro de avaliação de todas as partilhas efetuadas no seio da sociedade, sejam elas realizadas pelos governantes, sejam elas levadas a efeito entre concidadãos, dentro de quaisquer microcosmos sociais – a família, a comunidade Eclesiástica, a comunidade escolástica e outras formas parciais de associação²⁶².

Na obra **O caminho da Servidão**, Frederich August von Hayek destaca a dificuldade de visualizar a justiça distributiva quando se trata de uma organização, como o Estado e afirma:

Não há dúvida nenhuma de que, se quisermos assegurar uma distribuição da riqueza segundo um padrão predeterminado, se quisermos estabelecer conscientemente o que caberá a cada um, teremos de planificar todo o sistema econômico. Resta saber se o preço que teríamos que pagar pela realização desse ideal de justiça não seria um descontentamento e uma opressão maiores do que jamais causado pelo livre jogo das forças econômicas, alvo de tão severas críticas²⁶³.

Admitir a existência de um poder que objetivasse a distribuição dos recursos disponíveis para a sociedade, de modo a satisfazer as necessidades de todos os indivíduos é uma idéia totalmente descabida.

Finalmente, não se pode olvidar que o autor, tratando sobre a tributação e a dimensão do setor público,²⁶⁴ – momento em dá ênfase à necessidade de fixação prévia do ônus que deve ser distribuído aos indivíduos – esclarece que não se deve almejar a concordância de cada indivíduo em custear todos os serviços governamentais, mas sim, o consentimento em pagar pelos serviços que recebe, mesmo porque os interesses dos indivíduos, com relação aos serviços fornecidos pelo governo, nunca serão iguais.

8.6 O Mínimo Existencial

O austro-húngaro dedica parte de sua obra para tratar da tributação e da dimensão do setor público. Há, portanto, uma evidente preocupação do autor com a adequação dos gastos públicos e a escolha dos serviços mínimos que devem ser financiados pelo Estado.

²⁶² Cf. AQUINO, São Tomá. de. *Op. cit.*, p. 30.

²⁶³ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. III, p.120.

²⁶⁴ Idem, *ibidem*, p. 55.

Trata, portanto, das necessidades básicas que devem ser assumidas pelo governo e, neste aspecto, não há como deixar de discorrer sobre a teoria do mínimo existencial.

Além disso, quando se fala em tributação, discorrer sobre o mínimo existencial é aspecto obrigatório. Nesse sentido:

O dado fundamental é que a proteção existencial não é apenas mais uma limitação constitucional ao poder de tributar, mas o marco determinante da própria competência tributária do Estado, ou seja, onde observarmos patrimônio vital não encontraremos capacidade contributiva e vice-versa, exatamente porque ela é o seu reverso. É precisamente a negação da capacidade de contribuir que conforma o exercício da aptidão tributante do Estado e forja a baliza que define um dos limites de sua existência, pois revela, sob a sua proteção, a inaptidão para ajudar no financiamento dos gastos estatais²⁶⁵.

A obra de Ricardo Lobo Torres, **O Direito ao Mínimo Existencial**, tratou da matéria em todas as suas peculiaridades, de que se extrai uma abordagem sucinta acerca do fundamento do mínimo existencial:

A proteção do mínimo existencial, sendo pré-constitucional, está ancorada na ética e se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na idéia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana. Não é totalmente infensa à idéia de justiça e ao princípio da capacidade contributiva. Mas se estrema dos direitos econômicos e sociais²⁶⁶.

Em breve síntese, a teoria do mínimo existencial envolve as condições mínimas de existência digna e está intimamente ligada à efetivação dos direitos fundamentais dos homens²⁶⁷. Além disso, a questão tem como preocupação a erradicação da pobreza.

Não há uma normatização única para definir o conjunto de direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana, à solidariedade e à liberdade²⁶⁸. Os Tratados Internacionais e as Cartas Constitucionais dos Estados transcrevem, de

²⁶⁵ VALADÃO, Alexandre Roberto Alves. **O Mínimo Existencial e as Espécies Tributárias**. Tese de doutorado. Curitiba: 2008, pp. 44-45.

²⁶⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p.13.

²⁶⁷ “O mínimo existencial não é um valor nem um princípio jurídico, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais”. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, p. 83.

²⁶⁸ “O mínimo fundamental dos direitos à educação, à saúde, à moradia e à assistência social se constitui em um dos grandes passivos sociais que possui a sociedade brasileira com sua ampla maioria de nacionais”. Cf. CALIENDO, Paulo. *Op. cit.*, p. 203.

várias formas, o mínimo necessário para a existência do indivíduo, que deve ser amparado pelo governo.

Seguindo os ensinamentos de Ricardo Lobo Torres:

O mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das conseqüências do estado de necessidade; é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social, é indefinível, aparecendo sob a forma de cláusulas gerais e de tipos indeterminados e universal, no sentido de que toca a todos os homens, independente de suas nacionalidades ou das classes sociais e econômicas a que pertençam; é negativo, pois exhibe o *status negativus* que protege o cidadão contra a constrição do Estado ou de terceiros; cria também o *status positivus libertatis*, que gera a obrigação de entrega de prestações estatais individuais para garantia da liberdade e das suas condições essenciais; postula garantias institucionais e processuais que provocam custos gerais para Estado; é plenamente justificável; independe de complementação legislativa, tendo eficácia imediata²⁶⁹.

Ao longo da história os diversos conceitos acerca do mínimo existencial começaram a se exteriorizar nas Declarações Internacionais dos Direitos Humanos.

Efetivamente, consta da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948:

Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (art. XXV)²⁷⁰.

Frederich August von Hayek, por sua vez, discorre sobre a preocupação com aqueles indivíduos que não podem ganhar a vida no mercado, preocupação esta que, segundo ele, deve ser solucionada pela ação governamental:

(...) em decorrência da dissolução dos laços da comunidade local e do desenvolvimento de uma sociedade aberta de grande mobilidade, um número crescente de pessoas já não vêem intimamente ligadas a grupos particulares com cujo auxílio e amparo possam contar em caso de infortúnio. O problema aí é sobretudo com relação ao destino

²⁶⁹ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, p. 14.

²⁷⁰ **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Apud. TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, p. 10.

daqueles que, por várias razões, não podem ganhar a vida no mercado, como os doentes, os velhos, os deficientes físicos ou mentais, as viúvas e os órfãos – isto é, todas as vítimas de condições adversas que podem atingir qualquer pessoa e contra as quais em geral o indivíduo não pode, por si só, se precaver adequadamente, mas nas quais uma sociedade que alcançou certo nível de riqueza tem condições de amparar a todos.

Uma possível solução para o amparo dos indivíduos que, por algum motivo, não conseguem ingressar no mercado é garantir a eles uma renda mínima.

O autor conceitua renda mínima como:

(...) uma espécie de piso abaixo do qual ninguém precisa descer, mesmo quando incapaz de se sustentar por si mesmo, parece constituir não só uma proteção perfeitamente legítima contra um risco comum a todos, como também um elemento indispensável da Grande Sociedade, em que o indivíduo já não tem direitos sobre os membros do pequeno grupo onde nasceu.

(...)

Quando os meios necessários para esse fim são levantados por tributação geral, produz-se até mesmo o efeito inesperado de aumentar a desigualdade além do limite em que constitui a condição necessária de uma ordem de mercado atuante; porque, em contraposição ao caso em que essas pensões aos idosos, inválidos ou dependentes são pagas ou pelo empregador, como parte do contrato de trabalho (i.e., como uma espécie de pagamento postergado), ou por seguro voluntário ou compulsório, não haverá uma redução correspondente da remuneração recebida quando se prestam os serviços mais valorizados, com o resultado de que o pagamento contínuo desse rendimento mais alto pelos fundos públicos, após a cessação dos serviços, constituirá um acréscimo líquido ao maior rendimento ganho pelo indivíduo no mercado²⁷¹.

Todavia, admite que a criação de uma “propriedade coletiva dos recursos do país” é incompatível com a idéia de uma sociedade aberta e que por muito tempo será totalmente impossível garantir um padrão mínimo adequado e uniforme a todos os seres humanos.

Além de discorrer sobre “renda mínima”, discorre também sobre educação e informação, que devem ser fornecidas àqueles que não têm condições de adquiri-las no setor privado. Afirma a necessidade da “informação-educação” inclusive para que os indivíduos possam obedecer às leis ou participar dos processos democráticos do governo.

²⁷¹ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. III, p.59.

Quanto à educação, afiança que:

o argumento principal em defesa de sua subvenção pelo governo é que as crianças ainda não são cidadãos responsáveis, não podendo presumir que saibam do que precisam, nem controlam recursos que possam empregar na aquisição de conhecimento; e que os pais nem sempre têm condições ou estão dispostos a investir na educação dos filhos o suficiente para que o retorno desse capital intangível corresponda ao do capital material²⁷².

Verifica-se que esta preocupação com a educação relaciona-se a outro aspecto do mínimo existencial: aquele que visa ao desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos, a fim de que, mais tarde, eles ingressem no mercado, colocando-as em prática²⁷³.

Quando se fala em mínimo existencial, não se pode olvidar, ainda, a expressão originária do Tribunal Constitucional Alemão, denominada “reserva do possível”²⁷⁴, que representa a limitação do poder do Estado na prestação do mínimo aos indivíduos, tendo em vista a ausência de recursos.

Tal expressão tem sido utilizada nos Tribunais brasileiros, inclusive no Egrégio Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador.

Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo

²⁷² Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. III, p.65.

²⁷³ Nesse mesmo sentido, foi elaborado o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Art. 2º: “Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por espaço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular a adoção de medidas legislativas” (ONU – 1996).

²⁷⁴ Expressão criada no julgado do Tribunal Constitucional Alemão que discutiu a possibilidade de o judiciário criar vagas Faculdade de Medicina para estudantes habilitados no vestibular, mas não classificados.

de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)²⁷⁵.

De se enfatizar que a educação compõe o mínimo existencial, de atendimento estritamente obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer das entidades que exercem as funções estatais. O mínimo existencial afirma o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada. E não se há de admitir ser esse princípio mito jurídico ou ilusão da civilização, mas dado constitucional de cumprimento incontornável, que encarece o valor de humanidade que todo ser humano ostenta desde o nascimento e que se impõe ao respeito de todos²⁷⁶.

Administrativo e Processual Civil – Recurso Especial – Fornecimento de medicamentos – Bloqueio de contas do estado – possibilidade. 1. Tem prevalecido nesta Corte o entendimento de que é possível, com amparo no art. 461, § 5º, do CPC, o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos pelo Estado. 2. Embora venha o STF adotando a "Teoria da Reserva do Possível" em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada. 3. Agravo regimental improvido²⁷⁷.

Verifica-se que, mesmo nos Tribunais Superiores brasileiros, a teoria da reserva do possível não é isenta de críticas.

Ricardo Lobo Torres ressalta:

A reserva do possível não é aplicável ao mínimo existencial, que se vincula a reserva orçamentária e às garantias institucionais da liberdade, plenamente sindicáveis pelo Judiciário nos casos de omissão administrativa ou legislativa.

As prestações positivas para a proteção dos direitos sociais e econômicos implicam sempre despesa para o ente público, insuscetível de ser imputada arrecadação dos impostos ou, sem lei específica, aos ingressos não-contraprestacionais. Subordinada a chamada da reserva do possível, a implementação dos direitos sociais depende da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração. A pretensão do cidadão é a política pública, e não a adjudicação individual de bens públicos²⁷⁸.

²⁷⁵ ADPF 45 mc/df - Distrito Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Min. Celso de Mello. Publicação DJ 04/05/2004, pp-00012.

²⁷⁶ AI 564035/SP. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Publicação DJ 15/05/2007 pp-00041.

²⁷⁷ AgRg no Resp 878441/RS. Relatora Ministra Eliana Calmon. Órgão julgador: Segunda Turma. DJ 20/04/2007 p. 340)

²⁷⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, pp.105-106.

Fato incontroverso é que a ausência de recursos necessários para a prestação dos serviços essenciais à sociedade deve ser provada e não apenas alegada.

Ademais, a carência de verbas para a proteção dos direitos mínimos aos indivíduos significa que o orçamento foi manejado de forma inadequada ou para outros objetivos. Por isso, é necessário que se analise não só a questão fática (falta de recursos), mas a questão jurídica, ou seja, a política orçamentária e financeira utilizada pelo órgão público, aplicando, se o caso, pena de responsabilidade ao Administrador.

Sobre a carência de recursos públicos para exercer plenamente as funções que envolvem à prestação de serviços essenciais e mínimos, Frederich August von Hayek lembra que:

Nos últimos tempos, chegou-se até a afirmar que as instituições políticas existentes geram a insuficiência dos recursos destinados ao setor público. Talvez seja verdade que alguns dos serviços que cabe ao governo prestar não dispõem de recursos suficientes. Mas isso não significa que o total dos gastos governamentais seja demasiado pequeno. Pode ser que, tendo assumido um número excessivo de encargos, o governo esteja negligenciando alguns dos mais importantes. Não obstante, dado o caráter atual do procedimento adotado para a determinação da parcela dos recursos a ser confiada ao governo, é mais provável que o total já exceda em muito o que a maioria dos indivíduos aprova ao tem conhecimento.

Repita-se aqui a importância dada à necessidade de uma determinação racional e democrática do volume da despesa por meio do voto, ou seja, os votantes devem saber que deverão contribuir para o gasto anteriormente fixado. Efetivamente, o autor afirma:

Só se pode esperar uma estipulação racional do volume dos gastos públicos se os princípios pelos quais a contribuição de cada uma é fixada assegurarem que o contribuinte levará em conta os custos ao aprovar qualquer despesa, de tal modo que cada eleitor fique ciente de que terá de contribuir para todo gasto que aprove segundo uma norma predeterminada, não podendo decidir que algo seja feito a custa de outrem²⁷⁹.

De tudo o que já foi exposto sobre o mínimo existencial, se por um lado o Estado tem o poder de tributar e de apropriar-se de parte da riqueza do particular, por outro lado, tem o dever de oferecer condições para o desenvolvimento do indivíduo e de suas potencialidades, a fim de que este possa continuar a viver dignamente e se auto-sustentar.

²⁷⁹ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Op. cit.*, vol. III, p.65.

Sendo assim, tem-se o tributo como uma arma, talvez a mais valiosa, indispensável para que o Estado prover-se de recursos suficientes para satisfazer os gastos públicos e criar mecanismos para que os indivíduos reúnam as condições necessárias para que possam sobreviver por si mesmos.

Certamente, o Estado que não tem o mínimo existencial como categoria jurídica necessária para que se afirme a existência de uma justiça fiscal, é possuidor de consciência tributária ainda incipiente ou, nas palavras de Frederich August von Hayek, possuidor de um sistema que propicia um estímulo automático ao “gasto irresponsável e perdulário”.

Conclusão

Da leitura da obra e de toda a análise exposta no presente trabalho conclui-se, em primeiro lugar, que o crescimento natural, a evolução, as práticas e os princípios adotados espontaneamente pelos membros da sociedade permitiram a vida em grupo, ou socialmente organizada, culminando, assim, para a formação de uma ordem social. Com isso, as instituições sociais não constituem o produto de um planejamento racional consciente.

No que tange à ordem espontânea, ela permite o convívio pacífico de pessoas distintas, observando-se, principalmente, a concordância dos meios e não dos fins; mesmo que os indivíduos tenham objetivos distintos, são capazes de satisfazer as diferentes necessidades; ainda que algumas vezes as expectativas se frustrem, isto não impede a convivência harmônica.

Desta forma, a ordem espontânea tem papel fundamental, vez que é responsável pela regulamentação da vida em sociedade por intermédio das instituições jurídicas criadas para determinar regras de conduta. Nela, ordem espontânea, não há regras pré-fixadas, mas sim, uma conseqüência ou resultado de ações espontâneas que então resultam na construção do plexo normativo.

Observa-se que como seqüência da *Nomos*, uma ordem que é fruto da convenção numa sociedade, surge a *Thesis*, uma ordem resultante de uma decisão deliberada. Ela é um reflexo do construtivismo legal, ou seja, da intenção deliberada na elaboração da legislação.

É válido lembrar que a expressão “justiça social” tem o único fim de causar emoção na sociedade, no que tange à moral. Isto porque, numa sociedade de homens livres o sentimento de injustiça advindo do resultado da economia de mercado (distribuição de bens materiais) não significa que alguém tenha sido injustiçado.

Neste sentido, é a própria sociedade que tolera um sistema em que todos são livres na escolha de suas ocupações.

Destarte, os ganhos advindos de uma ordem de mercado não têm a função de recompensa, mas sim, a função de orientar as pessoas para o que deve ser feito com o objetivo de manter a ordem social a qual todos pertencem.

Outros aspectos conclusivos também merecem destaque. Dentre eles está o fato de que o indivíduo livre pode estar limitado por regras de conduta, mas estas

devem ser apenas normas gerais, que determinem, somente, o caráter formal das atividades numa ordem.

Efetivamente, deve haver liberdade para que os membros participantes de uma catálaxia atuem considerando-se exclusivamente as limitações racionais dentro da ordem de mercado quanto a sua preservação e evolução. Em outras palavras, o indivíduo é livre para buscar e alcançar ou não seus objetivos e aumentar sua renda desde que não viole o direito de outrem de fazer o mesmo.

Pode-se dizer que a Grande Sociedade se mantém preservada, harmônica, graças às relações econômicas e a intervenção mínima do Estado no mercado. Além disso, pode-se concluir que a ordem de mercado espontânea é necessária para a manutenção da livre economia.

Compete ao Estado apenas, manter a estabilidade do mercado por intermédio da regulamentação, ou seja, da edição de normas que estabeleçam condutas adequadas visando evitar, por exemplo, um cartel ou monopólio abusivo.

Verifica-se, também, a necessidade de uma legislação que não delimite o mercado como um todo ou preveja todos os resultados das múltiplas ações, mas sim, estabeleça normas gerais que, aplicadas a todos indiscriminadamente, regulem as transações comerciais, gerando limites de atuação, sem, contudo, impedir o desenvolvimento espontâneo da ordem de mercado.

Esta dissertação reflete um trabalho de investigação do Estado Tributário ideal, ou seja, aquele que além de normatizar as especificidades dos tributos, do poder de tributar e das regras limitadoras deste poder, estabelece previamente o montante de recursos arrecadados e a destinação do produto da arrecadação.

Compete ao Estado arrecadar recursos de maneira compulsória para custeio da máquina estatal, cumprindo com seu dever de prover o mínimo de condições para que a vida em sociedade seja possível, organizada e adequada. Além disso, é dever do Estado fornecer bens e serviços aos cidadãos com a maior qualidade possível a um menor custo.

Todavia, os métodos de tributação deverão ser ajustados e limitados ao montante necessário que se busca arrecadar, ou melhor, os recursos arrecadados devem ser confrontados com as despesas, tudo isso, antecipadamente instituído.

Além disso, é preciso ressaltar que o poder de tributar e de arrecadar deve ser distribuído pela autoridade central aos governos locais, descentralizando a capacidade tributária, com o objetivo de permitir que a tributação seja feita de maneira ideal e justa.

O setor público, por sua vez, deve ser concebido não como um conjunto de finalidades cuja consecução é o monopólio dos serviços públicos em geral pelo governo, mas como um conjunto de necessidades que o governo é solicitado a satisfazer, enquanto e na medida em que não podem ser atendidas por outros meios, ou pelo setor privado.

Este “conjunto de necessidades” envolve as condições mínimas de existência digna e está intimamente à efetivação dos direitos fundamentais.

Um fato certo: o Estado deve ter o mínimo existencial como categoria jurídica necessária para que se verifique a presença da justiça fiscal.

Referências Bibliográfica

- AEON J. Skoble **Cambridge Companion to Frederich August von Hayek**. Cambridge University Press: Cambridge Collections Online, 2007.
- ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas: estudos da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94**.
- AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teologica**. Texto latino de la edición crítica Leonina. Tradução de Francisco Barbado Viejo. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1947. Tomo VIII.
- AMARAL, Gisele. **Sentido Espiritual de Lei em Filo de Alexandria**. Em torno da Metafísica. Organização: Marta Luzie de Oliveira Frecheiras e Márcio Petrocelli Paixão. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2001.
- AZEVEDO, Sergio de; MELO, Marcus André. "Mudanças Institucionais e Reforma Tributária", In **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 12 Nº 35, Outubro 1997.
- BASTOS, Wallace de Oliveira. **Direito econômico-constitucional: a intervenção do Estado: eficácia e efetividade das normas de controle**. Brasília: Projecto Editorial, 2002.
- BEAULIER, Scott A. **Knowledge, economics, and coordination: understanding Frederich August von Hayek's legal theory**. **Journal of Law & Liberty**, New York University. Vol , 2004.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 4ª edição.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Vol. I, 11ª edição, Brasília: Editora UnB. Tradução:.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1984, 6ª edição.
- _____. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

- _____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista. São Paulo: EDIPRO, 3ª edição revista, 2005.
- BOETTKE, Peter J.; Coyne, Christopher J.; LEESON, Peter T. **Frederich August von Hayek vs. the Neoclassicists: Lessons from the Socialist Calculation Debate**. In: **Journal of Markets and Morality**. Department of Economics, George Mason University, 2001.
- BORON, Atilio A.; VITA, Álvaro de. (dir.). **Teoría y Filosofía Política - La Recuperación de los clásicos en el debate latinoamericano**. Buenos Aires: Clacso, 2002
- BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito – uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Ed. Campus Jurídico, 2008.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Editora Lejus, 2000, 2ª impressão.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário Linguagem e Método**. São Paulo: Ed. Editora Noeses, 2008.
- CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e Distributiva – desafios para concretizar direitos sociais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- CASTRO, Celso A. Pinheiro. **Sociologia Aplicada ao Direito**. São Paulo: Editora Atlas, 2003, 2ª edição.
- COELHO, Fábio Ulhôa. **Direito Antitruste Brasileiro. Comentários à Lei 8.884/94**. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.
- _____. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- COURCHENE, Thomas J. **Federalismo e a nova ordem econômica: uma perspectiva dos cidadãos e dos processos**. In: REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício Augusto de (org.). **Federalismo e integração econômica regional: desafios para o Mercosul**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2004.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, São Paulo: Editora Saraiva. 1998, 2ª edição, atualizada.
- DINIZ, Maria Helena. **Compendio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FALCÃO, Amílcar. **Fato Gerador de Obrigação Tributária**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1971.
- FEIJÓ, Ricardo. **Economia e Filosofia na Escola Austríaca: Menger, Mises e Frederich August von Hayek**. São Paulo: Nobel, 2000.
- FERNANDES, Edison Carlos. **Aproximação das políticas macroeconômicas**. In: Ives Gandra da Silva Martins (Org.). **O Direito Tributário no MERCOSUL**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1, p. 229.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2001, 6ª edição.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**. Barueri: Manole, 2007.
- FERRAZ, Luiz Motta. “Justiça distributiva para formigas e cigarras”. In: **Novos estudos CEBRAP**. São Paulo, nº77, Mar. 2007.
- _____. **Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**. Barueri: Manole, 2007.
- FEUERBACH, Pauk J. von. “Die hohe Wurde des Richteramts”. In: **Festschrift fur Karl Larenz**, Geburtstag, 1983.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1992.
- FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FRANCESCHINI, José I. Gonzaga. **Introdução ao direito da concorrência**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Tradução de Luís Claudio de Castro. São Paulo: Editora Forense, 5ª edição, 2003.
- FRITSCH, W.; SMITH, A. **A riqueza das nações – investigação sobre a sua natureza e suas causas**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1996, Vol.I
- GANEM, Angela. **Regras e Ordem do Mercado nas visões de Adam Smith e F. A. Hayek**. Niterói: Universidade Federal Fluminense, ANPEC - Associação Nacional

- dos Centros de Pós-graduação em Economia [Brazilian Association of Graduate Programs in Economics], Anais do XXXIII Encontro Nacional de Economia [Proceedings of the 33th Brazilian Economics Meeting], 2005.
- GOLDBERG, Daniel. **Poder de Compra e Política Antitruste**, São Paulo: Singular, 2006.
- GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2001, 6ª edição.
- GRAY, John N. "F. A. von Hayek and the Rebirth of Classical Liberalism", In: **Literature of Liberty**. Arlington, VA: Institute for Humane Studies, vol. V, nº4. 1982.
- GUIDENS, Anthony. **El capitalismo y la moderna teoría social**. Madri, Espanha: Vision Libros, 1988.
- HAYEK, Frederich August von. **Direito, Legislação e Liberdade**. Tradução de Anna Maria Capovilla. São Paulo: Editora Visão, 1985.
- HAYEK, F. A. **Studies in Philosophy, Politics and Economics**. Chicago: University of Chicago Press, 1978
- HAYEK, F.A. **Monetary Theory and the Trade Cycle: Augustus M Kelley Pubs**, 1933
- ILBERT, Sir Courtenay. **Legislative Methods and Forms**. Oxford, 1901.
- KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001 5ª edição. Trad. de A. Philomenko
- _____. **Réflexions sur l' éducation..** Paris: J. Vrin, 1980.
- KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Paris: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, 2ª edição. Trad. Antonio Ulisses Cortês.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 7ª ed. 2006.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, 4ª edição.
- LEROY, Marc. **La sociologie de l'impôt**. Paris: Presse Universitaires de France, 2002.
- LOCKE, John. **Second Treatise on Government**. Cambridge: P. Laslett ,1960.
- MACERA, Andrea Pereira. **A Interação entre antitruste e antidumping: problema ou solução?** Documento de Trabalho nº. 36, de dezembro de 2006, disponível em www.fazenda.gov.br/seae. Último acesso em: 10.10.09.
- MAUSS, Marcel. **Sociologia e Antropologia**, I. São Paulo: EPU/EDUSP, 3ª edição, 1974. Trad. Lamberto Pucinelli.
- MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Editora Revista

- dos Tribunais, 2000.
- MOSTERÍN, Jesús. **Racionalidad y acción humana**, Madrid: Alianza, 1978.
- NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 2ª edição.
- NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do Direito Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- OATES, Wallace E. **The Theory of Public Finance in a Federal System**. In: **The Canadian Journal of Economics / Revue canadienne d'Economique**, Vol. 1, No. 1. (Feb., 1968).
- _____. **On the Welfare Gains from Fiscal Decentralization**. Journal of Public Finance and Public Choice, 1997.
- _____. **An Essay on Fiscal Federalism**. In: Journal of Economic Literature. Vol XXXVII. American Economic Association, Sep., 1999, pp. 1120 - 1149.
- OLIVEIRA, Gesner de; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. São Paulo: Renovar, 2004.
- POPPER, Karl. **Em busca de um mundo melhor**. Tradução de Teresa Curvelo. Lisboa: Editorial Fragmentos, 3ª edição.
- PRUD'HOMME, Rémy; SHAH, Anwar. **Centralização versus descentralização: o diabo está nos detalhes**. In: REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício Augusto de (Org.). **Federalismo e integração econômica regional: desafios para o Mercosul**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2004.
- PUGLIESI, Márcio. "Filosofia Geral e do Direito – Uma abordagem contemporânea". Tese de Doutorado. São Paulo: PUC/SP, 2008.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. 27ª edição.
- RIBEIRO, Darcy. **As Américas e a Civilização – processo de formação e causa do desenvolvimento desigual para os povos americanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Edição: Ridendo Castigat Mores, Versão para eBook, eBooksBrasil.com. Fonte Digital, www.jahr.org.
- RUBENSTEIN, Flávio. In: VASCONCELOS, Roberto França. (coord.). **Política Fiscal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

- SALDANHA, Nelson. **Ethos Político, Direitos e Cidadania. Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SANTOS, Gisele Amaral dos. **Sentido Espiritual de Lei em Filo de Alexandria. Em torno da Metafísica**. Marta Luzie de Oliveira Frecheiras e Márcio Petrocelli Paixão (orgs.). Rio de Janeiro: 7 Letras, 2001.
- SAVGNY, Friedrich Carl. **Von Beruf unserer Zeit fur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft** (1814), In: **Thibaut und Savigny**. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften, 1959.
- SMITH, Adam. **The Theory of Moral Sentiments**. London, 1759, Part 6.
_____. **Wealth of Nations**. London: E. Cannan, 1930, vol. 2.
- TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro Tributário** vol. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- VALADÃO, Alexandre Roberto Alves. **O Mínimo Existencial e as Espécies Tributárias**. Tese de doutorado. Curitiba Universidade Federal do Paraná, 2008.
- VASCONCELLOS, R. F. (coord.). **Política Fiscal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009
- VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito: Primeiras Linhas**. São Paulo: Jurídico Atlas, 2004.
- VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. São Paulo: Editora Noeses, 2005.
- WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Brasília: UNB/Imprensa Oficial, 2004.
- ZACHER, Friedrich Hans, **O Direito Constitucional e a intervenção no Estado social**. Munique: Ludwig-Maximilians, 1962.