

COLEÇÃO: TEORIA E HISTÓRIA DO DIREITO  
Coordenação: Ronaldo Porto Macedo Junior  
José Renato de Lima Lopes

**Ensaio de Teoria do Direito**  
Ronaldo Porto Macedo Junior

2013

 Editora  
**Saraiva**

PERES, Daniel Tourinho. *Kant: metafísica e política*. Salvador: EDUFBA: UNESP, 2004.

*Revista discurso* 34, Editora do Departamento de Filosofia/USP, 2004, São Paulo – Volume especial sobre Kant.

TERRA, Ricardo. *Kant e o direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

{ CAPÍTULO 2 }

## O CONCEITO DE DIREITO SOCIAL E RACIONALIDADES EM CONFLITO: Ewald contra Hayek

Conta-se que na Faculdade de Direito do Largo São Francisco o emérito professor Vicente Rão fazia troça do título que o não menos emérito professor de Direito do Trabalho Cesarino Júnior dera ao seu último livro: *Direito Social*. Rão dizia em tom irônico: “Ora, como se Direito houvesse, que social não fosse!”.

O conceito de Direito Social parece ter penetrado de tal modo no vocabulário de todas as pessoas, e em particular na dos juristas, que hoje é difícil perceber a enorme novidade que tal conceito representou na história do pensamento jurídico<sup>1</sup>. O conceito transformou-se num lugar comum e hoje é necessário pensar em que solo epistemológico é possível redefini-lo com rigor. Esta obra tem por objetivo analisar alguns dos problemas teóricos que estão implícitos no uso deste conceito. Para tanto tomarei como pontos de referência dois autores que trataram deste assunto de maneira particularmente aguda e a partir de pontos de vista bastante diferentes, a saber, o lúcido representante da ortodoxia liberal Frede-

---

1 O mesmo se pôde dizer do conceito de direito subjetivo tal como se definiu no século XIX.

rick Hayek<sup>2</sup> e o livro do ex-assistente de Michel Foucault, François Ewald, *L'État Providence*<sup>3</sup>. A questão básica que anima o diálogo que pretendo estabelecer entre esses dois autores poderia ser sintetizada na seguinte indagação: faz sentido falar em Justiça Social? Sob que condições? Tal conceito representa um "nonsense" (Hayek), ou antes, a única formulação possível da experiência jurídica da modernidade (Ewald)? Ou, ainda, em outros termos, significaria uma evolução em relação a uma tradição já estabelecida ou uma profunda ruptura?

Apesar de Ewald citar Hayek em seu livro, suas referências não proporcionam a real dimensão da afinidade da problemática teórica deste em relação ao pensador austríaco. *L'État Providence* percorre uma tópica de temas e conceitos absolutamente idêntica àquela desenvolvida e explorada por Hayek. Neste sentido importa menos saber se *de fato* há ou não uma "dívida teórica" de Ewald para com Hayek. Importa sim, observar as soluções teóricas dadas pelos autores à mesma sequência de problemas levantados. Obviamente a maneira pela qual cada um analisa tal tópica é bastante diversa. Por tal motivo optei por expor sinteticamente numa primeira parte deste trabalho as ideias de Hayek para, em seguida, desenvolver a tese de Ewald e os pontos de discordância entre os autores.

O interesse em analisar as teses de Ewald contrapostas às de Hayek relaciona-se à possibilidade de, assim procedendo, poder-se compreender com maior clareza um dos pontos que julgo ser mais importante do trabalho de Ewald, isto é, a redefinição do conceito de racionalidade analisando-o no campo da experiência jurídica. Este é um dos sentidos em que se pode dizer que Ewald é um herdeiro da "escola epistemológica francesa" (que tem em Bachelard, Canguilhem e Koyré, alguns de seus principais representantes) e,

- 2 Especialmente os seus livros *Direito, legislação e liberdade*: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985, v. I, II e III e *Os Fundamentos da liberdade*. São Paulo: Visão, 1983.
- 3 *L'État Providence*. Paris: Grasset, 1986 e o artigo A Concept of Social Law, In *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin: European University Institute, 1985, p. 40-75.

( 58 )

mais diretamente, um discípulo de Foucault. Ewald é, deste modo, herdeiro de uma tradição do pensamento filosófico francês que pensa o conceito de racionalidade de modo muito diverso, senão oposto, à tradição de Hayek. Evidentemente há outros elementos, em sua maioria até muito mais relevantes para uma aproximação de Ewald com Foucault, como, por exemplo, a sua dívida no plano metodológico e conceitual. Todavia, visto não ser o meu objetivo comparar estes dois últimos autores, limitarei bastante tal perspectiva, tratando as obras de Foucault e Ewald quase sempre como pertencentes a uma mesma família e em bloco.

## 1. A TESE DE HAYEK: JUSTIÇA E RACIONALIDADE LIBERAL

Uma das grandes virtudes do livro *Direito, Legislação e Liberdade* e de sua exposição dos "princípios liberais de justiça e economia política" está no fato de ele apresentar o fundamento epistemológico sobre o qual o liberalismo pode ser estabelecido. Deve-se notar que o trabalho de Hayek combina uma análise descritiva dos princípios liberais com uma apologia da ordem liberal. Nesse sentido, sua obra tem a um só tempo um caráter descritivo e programático ou prescritivo. Tal característica está também presente na obra de Ewald que pretende elaborar uma *analítica do pensamento* a qual implica uma análise da experiência jurídica, da forma de constituição do saber jurídico (regras de julgamento) e um positivismo crítico como programa para uma filosofia do direito<sup>4</sup>. Todavia, as diferenças são tantas que me parece mais conveniente analisá-las separadamente.

Apoiado na reflexão epistemológica de Popper<sup>5</sup>, Hayek tenta analisar os pressupostos filosóficos que determinaram o desenvolvimento de duas linhas de pensamento básicas de nossa época, a saber, a dos socialistas e dos não socialistas. Conforme diz o autor,

- 4 EWALD, F., 1986, p. 29.
- 5 Especialmente suas obras *A sociedade aberta e seus inimigos*, Belo Horizonte: Itatiaia, 1945 e *A Lógica da Descoberta Científica*, São Paulo: Cultrix, 1934.

( 59 )

"de fato, fui levado à convicção de que não só algumas das divergências científicas, mas também as mais importantes divergências políticas (ou 'ideológicas') de nossa época repousam, em última instância, em determinadas divergências filosóficas básicas entre duas escolas de pensamento, *uma das quais está equivocada, como é possível demonstrar*. Ambas são em geral denominadas racionalismo; impõe-se, porém, fazer uma distinção entre, de um lado, o racionalismo evolucionista (ou, como Sir Karl Popper prefere, 'crítico') e, de outro, *o errôneo racionalismo construtivista* (ou, 'ingênuo', segundo Popper). Se for possível demonstrar que o racionalismo construtivista tem base em premissas factualmente falsas, toda uma linha-gem de escolas de pensamento científico e político também se revelará falsa"<sup>6</sup>. Fica claro, pois, que para Hayek as escolas de pensamento político e, por extensão de pensamento jurídico, divergem por partirem de diferentes concepções acerca do que é a racionalidade. Para ele, "a demonstração de que as diferenças entre socialistas e não socialistas residem, em última análise, em questões puramente intelectuais, *passíveis de uma solução científica*, e não em juízos de valor divergentes, é, a meu ver, um dos mais importantes resultados da linha de pensamento seguida neste livro"<sup>7</sup>.

Para Hayek, o *racionalismo construtivista* é uma "concepção que presuppõe que todas as instituições sociais são, e devem ser, produto de um plano deliberado"<sup>8</sup>. Sua origem remontaria aos primeiros filósofos de nossa era, todavia, sua formulação mais precisa e radical data do racionalismo clássico herdeiro de tradição cartesiana. A dúvida radical, o critério de "clareza e distinção" e a consequente rejeição da opinião e probabilidade levaram (Descartes) a considerar que a razão se definia como dedução lógica a partir de premissas explícitas, e a ação racional passou a designar apenas aquela inteliramente determinada pela verdade conhecida e demonstrável. Por tal motivo, apenas aquilo que era racional e verdadeiro poderia ser eficaz e útil. Tal postura redundou no desprezo do construtivismo

6 HAYEK, F., 1985, v. I, p. XLIV.

7 HAYEK, F., 1985, v. I, p. XLV.

8 HAYEK, F., 1985, v. I, p. XLIV.

cartesiano pela tradição, pelo costume e pela história em geral. A razão do homem, por si só, torná-lo-ia capaz de construir a sociedade em novos moldes<sup>9</sup>. Um corolário desta forma de pensamento foi a tendência de atribuir a origem de todas as instituições da cultura à criação intencional. Este pensamento antropomorfizante fez com que a moral, o direito, a moeda e o mercado viessem a ser compreendidos como produtos do desígnio humano intencional. Tal concepção levou os filósofos a pensarem que a própria sociedade teria sido fruto de ação intencional de homens movidos por suas *vontades* a constituir um contrato social originário. Thomas Hobbes e J.-J. Rousseau foram os principais representantes desta tradição no domínio do pensamento político.

A crítica de Hayek ao construtivismo é por ele resumida nos seguintes termos: "A completa racionalidade da ação, no sentido cartesiano, exige um completo conhecimento de todos os fatos relevantes. Um projetista ou engenheiro de todos os dados e de plenos poderes para controlá-los ou manipulá-los a fim de organizar os elementos materiais e produzir o resultado pretendido. Mas o êxito da ação na sociedade depende de maior número de fatos particulares do que seria dado a qualquer pessoa conhecer. Em consequência, toda a nossa civilização se funda, e deve fundar-se, na nossa *confiança* em muito do que não podemos *saber* ser verdadeiro no sentido cartesiano"<sup>10</sup>. Não obstante, nosso conhecimento é limitado por nossa racionalidade limitada. Segundo Hayek, "nossa irremediável ignorância da maioria dos fatos particulares que determinam os processos da sociedade é, no entanto, a razão pela qual a maioria das instituições sociais assumiu a forma que realmente têm"<sup>11</sup>. É neste sentido que a ignorância será vista por Hayek como uma condição de possibilidade da Justiça. A justiça seria uma abs-

9 HAYEK, F., 1985, v. I, p. 4. A respeito desta concepção de racionalidade baseada na ideia de uma "mathesis universalis", ver também, de Michel Foucault, *As palavras e as coisas*. São Paulo: Martins Fontes, 1985, especialmente p. 87 e s.

10 HAYEK, F., 1985, v. I, p. 6-7.

11 HAYEK, F., 1985, v. I, p. 7.

tração adaptada à nossa ignorância quanto aos fatos particulares. A ciência jamais nos permitiria ter um conhecimento destes fatos. Ademais, falta aos homens o conhecimento da transcendência que guiaria os fins específicos dos diferentes indivíduos<sup>12</sup>.

A perspectiva contraposta ao construtivismo é chamada por Hayek de *evolucionista*. Para esta, a ordenação da sociedade não se deveu apenas às instituições e práticas inventadas ou criadas para tal fim, mas também de um "crescimento" ou "evolução", "processo no qual práticas a princípio adotadas por outras razões, ou mesmo por mero acaso, foram preservadas por terem permitido ao grupo em que surgiram preponderar sobre as demais"<sup>13</sup>. O *racionalismo evolucionista* ganhou a sua formulação mais acabada com Mandeville e Hume. Tais autores recuperaram uma distinção medieval e aristotélica importante relativa aos fenômenos "resultantes de ação humana", mas não de "intenção humana" que constituíram uma terceira categoria, ao lado dos fenômenos naturais e dos fenômenos artificiais.

Uma nova dicotomia que acompanha a lógica desta primeira distinção operada por Hayek é aquela relativa ao conceito de *ordem*<sup>14</sup>. Este pode ser entendido em pelo menos dois sentidos diferentes, i.e., como ordem espontânea (*kosmos*) ou como organização (*taxis*). A segunda designa uma ordem feita a partir de um arranjo intencional, hierarquizado, não raro autoritário e comandado por uma vontade individual investida de poder externo ao sistema. A primeira caracteriza uma ordem resultante da evolução, segundo um equilíbrio espontâneo que se constitui em seu interior (endogenamente).

12 HAYEK, F., 1985, v. II, 49; v. II, 10; v. II, 22.

13 HAYEK, F., 1985, v. I, 3.

14 "Por ordem designaremos sempre uma condição em que múltiplos elementos de vários tipos se encontram de tal maneira relacionados entre si que, a partir de nosso contato com uma parte espacial ou temporal do todo, podemos aprender a formar expectativas corretas com relação ao restante ou, pelo menos, expectativas que tenham probabilidade de se revelar corretas" (HAYEK, F., 1985, v. I, p. 36).

Importa notar que pode haver uma coexistência dos dois tipos de ordem no interior de uma mesma sociedade independentemente de seu grau de complexidade. Todavia a combinação de tais ordens não pode ser feita exclusivamente conforme a vontade humana. Hayek reserva o termo ordem espontânea para caracterizar uma ordem global não intencional constituída por diversas instituições como a família, associações (*taxis*) organizadas espontaneamente numa relação de coordenação. Tal ordem global é por ele também chamada de *Grande Sociedade* (ou *Sociedade Aberta*, como preferiu denominá-la Popper). No interior desta, a organização do governo ocupa um papel muito particular, qual seja, fazer com que o mecanismo regulador da produção dos bens e serviços se conserve em boas condições de funcionamento e não ele mesmo produzir um serviço ou produto particular a ser consumido pelos cidadãos. Cabe ainda ao governo desempenhar as funções coercitivas pelas quais o governo faz cumprir as normas de conduta. Com esta definição, Hayek livra-se da "ambígua e confusa noção de estado" que, para ele guarda "forte conotação metafísica"<sup>15</sup>.

Contrapõe-se à *Grande Sociedade* a *Sociedade Totalitária*, onde a ordem espontânea do mercado é suprimida e substituída pela ampliação das atividades intervencionistas da organização governo. Os dois tipos de ordem antes mencionados reportam-se a dois tipos de normas. As normas que governam as ações no âmbito de uma organização (*thesis*) são regras formuladas para a execução de tarefas específicas, dirigidas a indivíduos específicos hierárquicos ou funcionalmente determinados. Já as normas que regulam uma ordem espontânea (*nomos*) "devem ser independentes dos propósitos e devem ser as mesmas, senão para todos os membros, pelo menos para a totalidade das classes de membros não identificados individualmente". Deste modo, no interior da Grande Sociedade as normas gerais de direito (nas quais tal ordem espontânea se funda)

15 "Quem atua ou adota uma política é sempre a organização a que chamamos governo; e em nada contribui para a clareza introduzir fora de propósito o termo "estado" quando "governo" é suficiente", HAYEK, F., 1985, v. I, p. 50.

visam a uma *ordem necessariamente abstrata*, cujo conteúdo particular não é conhecido por ninguém. As determinações específicas e as normas organizacionais visam à obtenção de resultados particulares planejados pelos dirigentes. Estes dois tipos de normas serviram de modelo para a formulação de duas concepções de direito absolutamente distintas, as quais estão na origem da confusão que foi apontada no início deste trabalho. De um lado, teremos uma tradição de pensamento jurídico que remonta aos gregos antigos passando por Cícero, os medievais, os liberais clássicos Locke, Hume e Kant até os estadistas americanos dos séculos XIX e XX (Daniel Webster, Charles Evans Hughes). Por outro lado, há a tradição que remonta diretamente a Hobbes, Bentham, vários teóricos franceses até chegar aos positivistas modernos (como Kelsen e Radbruch) e os teóricos da Justiça Social.

Para Hayek a *legislação* é uma norma de tipo organizacional, vale dizer, é resultado de criação intencional de uma regra de conduta. Hayek chama a *norma* estabelecida por uma legislação de *thesis*. A palavra "*lei*", por outro lado, designa as normas invariáveis que governam a natureza e aquelas que governam o comportamento dos homens. As leis são geradas a partir de um processo evolutivo espontâneo. Neste sentido, a ideia de que a lei é produto da livre invenção de um legislador é "um produto errôneo do racionalismo construtivista". A confusão moderna entre o significado de *lei* e *legislação*, identificados no ambíguo conceito de direito, tem sua origem em tal falácia construtivista<sup>16</sup>.

No direito antigo, a legislação era concebida como o registro de um legado de leis imutáveis que eram produzidas, não pela orien-

16 A distinção entre o *nomos* e a *thesis* está estreitamente relacionada com a clássica distinção entre Direito Público e Direito Privado. Para HAYEK, F., "o direito proveniente da legislação consiste predominantemente em direito público". O direito privado, em contrapartida, constitui a maior parte daquilo que constitui o *nomos*, ou normas de conduta justa. O *nomos* constitui-se basicamente pelo direito privado e direito penal, este último tradicionalmente classificado no interior do Direito Público. Tal ideia é tomada de Adam Smith (HAYEK, F., 1985, v. II, p. 38-43).

tação dos governantes, mas sim pelo desenvolvimento de costumes sobre os quais se podia basear a expectativa dos indivíduos. Também no interior da tradição clássica tal ideia era dominante, sendo vedada a alteração da legislação a partir de decretos da assembleia. O direito era concebido como algo dado na sociedade, cabendo ao legislador descobri-lo e torná-lo expresso. "Segundo as ideias medievais, portanto, a promulgação de uma lei nova não é de modo algum possível; e toda legislação e reforma da lei são concebidas como uma restauração da boa lei antiga, que fora violada"<sup>17</sup>. É somente no século XVII que o direito natural passou a ser entendido como um desígnio da razão natural. A tradição do direito medieval no que tange à importância conferida ao direito consuetudinário e às liberdades individuais foi mantida apenas na Inglaterra. Não se deve ainda esquecer que o direito consuetudinário, conforme o descreve o grande juiz do século XVII, Lord Mansfield, "não consiste em casos particulares, mas em princípios gerais, que são ilustrados e elucidados por casos particulares"<sup>18</sup>.

Hayek confronta assim a ideia que modernamente ainda é hegemônica na cultura jurídica de que a legislação (intencional) é a única fonte do direito, o que, por sua vez, implica a aceitação de duas outras ideias. A primeira delas refere-se à necessidade de haver um legislador supremo, "cujo poder não pudesse ser limitado porque isso exigiria um legislador que detivesse um poder ainda maior, e assim por diante, numa regressão infinita. A outra é a de que qualquer coisa estabelecida por esse legislador supremo é lei, e só é lei aquilo que expressa a sua vontade"<sup>19</sup>. Nesta caracterização, é fácil ver como o pensamento de Hans Kelsen se apresenta como um *tipo ideal* da concepção que ele aqui critica.

Outro importante aspecto da teoria liberal de Hayek refere-se às expectativas que os indivíduos devem ter frente ao direito. Assumindo uma expectativa essencialmente humeana afirma: "*Nunca*

17 Fritz Kern, citado por HAYEK, F., 1985, v. I, p. 97.

18 Citado por HAYEK, F., 1985, v. I, p. 100.

19 HAYEK, F., 1985, v. I, p. 106.

sociedade em permanente mudança, o direito só pode impedir a frustração de algumas expectativas, não de todas. E algum dano conscientemente causado a outrem é essencial à preservação de uma sociedade espontânea: o direito não proíbe a criação de uma nova empresa, mesmo que saiba de antemão que isso acarretará o fracasso de outra<sup>20</sup>. A função das normas de conduta justa (*nomos*) só pode ser, pois, a de informar as pessoas sobre que expectativas podem ou não ter". (...) O direito só visa a impedir a frustração das expectativas que ele declara legítimas, e não, portanto, qualquer prejuízo causado a outrem. Só dessa maneira o 'não prejudicar outrem' pode ser transformado numa norma com conteúdo significativo para um grupo de pessoas que têm o direito de buscar seus objetivos com base em seu próprio conhecimento"<sup>21</sup>. Em outras palavras, para ele o Direito não visa garantir a felicidade ou bem-estar dos cidadãos.

Por este mesmo motivo, Hayek cita Max Gluckman para lembrar que "a obrigação geral de socorrerem uns aos outros"<sup>22</sup> – frequen-

20 HAYEK, F., 1985, v. II, p. 17, grifo meu. Tal ideia é tomada de David Hume, para quem, "Um ato isolado de justiça é frequentemente contrário ao interesse público; e, se permanecer isolado, sem ser acompanhado por outros atos, poderá, em si mesmo, ser muito prejudicial à sociedade (...) Tampouco qualquer ato de justiça, considerado à parte, é mais propício ao interesse privado público; (...) Mas, embora atos isolados de justiça possam ser contrários aos interesses público ou privado, é certo que o plano ou esquema é em seu todo altamente propício, ou de fato absolutamente essencial, tanto para a manutenção da sociedade quanto para o bem-estar de cada indivíduo" (*Treatise Of Human Nature*, in *Works* (Londres, 1890), v. 11, p. 269), citado por HAYEK, F., 1985, v. II, p. 17, grifo meu. A propósito da crítica da racionalidade do mercado tal como idealizada pelo pensamento liberal, ver A. Hirschmann, *Saída, Voz e Lealdade*, São Paulo: Perspectiva, 1973.

Sobre a origem humana de tal concepção, ver *Treatise Of Human Nature*, p. 269 e *Enquiry*, 48, citados por Hayek em HAYEK, F., 1985, v. II, p. 17 e HAYEK, F., 1985, v. II, p. 46, respectivamente. Ver também, HAYEK, F., 1985, v. II, p. 48. Sobre a presença da mesma ideia em Kant, ver HAYEK, F., 1985, v. II, p. 46.

21 HAYEK, F., 1985, v. I, p. 119.

22 *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*, Londres e Chicago, 1965, p. 54, apud, HAYEK, F., op. cit. II, p. 46.

temente denominada princípio de solidariedade – que ele aponta como característica da sociedade tribal e especialmente do grupo de parentesco, por cuja ausência geralmente se censura a Grande Sociedade, é incompatível com esta, sendo o seu abandono parte do prego que pagamos pela conquista de uma ordem de paz mais abrangente.

Outra importante característica da concepção liberal do direito refere-se à relação existente entre as *leis* (*nomos*) e a ordem factual de ações, uma vez que para tal pensamento uma ciência jurídica não se pode reduzir a uma ciência de normas tal como o faz o positivismo jurídico. "A adequação de uma nova norma a um sistema de normas já existente não será apenas uma questão lógica; será geralmente uma questão de saber se, nas circunstâncias factuais existentes, a nova norma levará uma ordem de ações compatíveis"<sup>23</sup>. Aparentemente poder-se-ia pensar que a tese de Hayek estaria próxima da sociologia jurídica. Para ele, assim o seria se esta não tivesse tomado os rumos que tomou, ao se comprometer com uma concepção não integrada do funcionamento da sociedade<sup>24</sup>.

Dentro ainda desta concepção liberal importa entender que o preceito de *suum cuique tribuere* não significa que o direito por si mesmo deve ou pode atribuir o que é de cada um. Sua função consiste apenas em fornecer normas pelas quais torna-se possível de-

23 HAYEK, F., 1985, v. I, p. 122. Neste sentido, um princípio geral de direito deverá estar sempre sujeito à prova de sua falsidade. Em outras palavras, o *nomos* deverá sujeitar-se ao princípio da falseabilidade tal como definido por Popper em sua *Lógica da descoberta científica*. A propósito ver, de Bryan Magee, *As ideias de Popper*, São Paulo: Cultrix, 1978.

24 "A aliança (entre a sociologia e o direito) fez com que a atenção desse profissional (sociólogo do direito) se voltasse para os efeitos específicos de determinadas medidas, ao invés de se concentrar na relação entre as normas jurídicas e a ordem global. A compreensão das relações entre o direito e a ordem social só pode ser encontrada na teoria das ordens global da sociedade, não nos ramos descritivos da sociologia" (HAYEK, F., 1985, v. I, p. 133). Vê-se, desde já que a própria concepção do que é a tarefa da sociologia do direito não é ponto de consenso entre Hayek e Ewald. Para este último, "A sociologia do direito poderia se propor a estudar as condições históricas e sociais da experiência jurídica" (EWALD, F., 1986, p. 33).

terminar, a partir dos fatos particulares, a propriedade de determinadas coisas. O direito *por si mesmo* não pode determinar o resultado que diferentes indivíduos obterão tendo em vista algum critério de mérito, tal como os teóricos da justiça social pretendem. Diante destas expectativas, torna-se inevitável concluir que neste tipo de sociedade (Grande Sociedade) a função do juiz deve se limitar a julgar conforme os princípios em que se funda a ordem existente, obrigando-se a extrair apenas dela os seus padrões de julgamento, jamais levando em conta as necessidades de pessoas ou grupos específicos, ou razões de estado ou vontade de governo ou quaisquer objetivos específicos a que uma ordem de ações possa servir. É neste sentido também que no socialismo ou numa sociedade em que predomine o “padrão” da justiça social pode-se reconhecer uma verdadeira “revolta contra a justiça imparcial”, visto que a tentativa é justamente a de alcançar resultados específicos para pessoas ou grupos mediante o direito, através do conceito de justiça social<sup>25</sup>.

### 1.1 A transformação do Direito Privado: o nascimento da legislação social

Para Hayek há uma enorme transformação que se opera no interior do direito nas sociedades capitalistas ocidentais nos últimos cem anos, a qual é gerada pelo fato de a coerção autorizada pelo governo deixar de se reduzir à preservação das normas universais de conduta justa (*nomos*) e passar a atender cada vez mais os assim chamados “objetivos sociais”. Importa distinguir três sentidos diversos que tal conceito assumiu: 1) “Originalmente, ‘social’ significava sobretudo a eliminação de discriminações introduzidas no direito em resultados da maior influência exercida por certos grupos, como arrendadores de terras, empregadores, credores etc., na sua

25 A este respeito ver de José Eduardo Faria (org.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo: Malheiros, 1994 e de Tercio Sampaio Ferraz Jr., *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* Disponível em: <<http://academico.direito-rio.fgv.br/cemw/images/3/31/IT-texto3-Tercio.pdf>>. Acesso 15 out. 2012.

formação<sup>26</sup>. Neste caso a igualdade de tratamento não implicava que os “*nomos*” deveriam propiciar resultados específicos, estando resguardados os princípios básicos da filosofia liberal. Afinal, a justiça não leva em conta os resultados das diversas transações, mas apenas o fato de serem as transações em si mesmas justas ou não. Num segundo sentido, 2) “a legislação social pode referir-se à preservação, pelo governo, de certos serviços que são de especial importância para algumas minorias desafortunadas, os fracos ou os incapazes de proverem a própria subsistência”<sup>27</sup>. Neste caso tratava-se da elaboração de seguros contra contingências e *infortúnios* que poderiam afetar qualquer pessoa. A contribuição para o custeio destes objetivos poderia ser considerada compatível com o *nomos* por ser feita segundo princípios uniformes e visando a consecução de um objetivo comum. Segundo Hayek, tal sentido na legislação social não transformaria o cidadão privado num objetivo da administração, tal como ocorrerá no terceiro tipo (para Ewald os *seguros sociais* marcam uma mudança radical na racionalidade jurídica que tornar-se-á hegemônica na experiência jurídica). Neste último, 3) *tem-se como objetivo a orientação da atividade privada para fins específicos e em benefício de grupos específicos*. A história deste terceiro tipo de legislação teve início na Alemanha no final do século passado, difundindo-se posteriormente na Inglaterra, França e demais países capitalistas. Os seus principais resultados foram a criação de uma legislação especial para determinadas classes profissionais, como por exemplo, a legislação sindical.

Esta terceira acepção do Direito Social consiste, para Hayek, num “nonsense”, na medida em que procurará princípios gerais de conduta justa para orientarem práticas específicas. Por entender que tal conceito não tem como suporte uma racionalidade possível, o pensador austríaco denunciará o conceito como sendo o verdadeiro “cavalos de Troia” do totalitarismo no interior da Grande Sociedade.

26 HAYEK, F., 1985, v. I, p. 165.

27 HAYEK, F., 1985, v. I, p. 165.



Uma importante característica da Grande Sociedade consiste no fato de que no interior desta, devido à sua complexidade e pluralismo, não pode haver consenso quanto a fins específicos. O *consenso* numa tal sociedade somente pode se constituir quanto aos meios, i.e., quanto às normas gerais que orientam os tipos de fins que podem ser atingidos. Assim, o consenso apenas se estabelece quanto aos procedimentos. "O que possibilita o consenso e a paz em tal sociedade é que não se exige dos indivíduos consenso quanto a fins, mas somente quanto aos meios capazes de servir a uma grande variedade de propósitos, meios que cada um espera o auxílio na busca de seus objetivos"<sup>28</sup>. Note-se também, que o *nomos* deve prescrever um tipo de ação em função de seu efeito provável e não necessariamente previsível. Isto conduz à ideia de que o direito somente pode ser pensado quanto aos seus fins do ponto de vista da totalidade da sociedade. É ainda neste sentido que as normas podem ser comparadas a ferramentas que em sua maioria não constituem um plano de ação, mas sim um conjunto de recursos destinados a certas contingências desconhecidas. A impossibilidade de se chegar a um acordo quanto aos fins no interior da *Grande Sociedade* faz com que dificilmente um bem de interesse particular, mesmo que coletivo (como no caso dos bens de interesse de um grupo determinado), venha a se converter num interesse geral.

Neste ponto chega-se a outra importante distinção no pensamento de Hayek. Ele distingue com muita clareza os conceitos de *vontade* e de *opinião*: "Chamaremos de *vontade* somente a intenção com vistas a um resultado concreto específico que, juntamente com as circunstâncias particulares conhecidas do momento, será suficiente para determinar uma ação específica. Em contraposição, chamaremos de *opinião* o julgamento quanto à conveniência ou não de diferentes formas de ação, de certos tipos de ação, que leva à aprovação ou desaprovação da conduta de pessoas específicas, segundo estas sejam ou não em conformidade com esse julgamento. (...) Um ato de vontade determina o que será feito num dado mo-

mento, ao passo que uma opinião simplesmente nos informa que normas observar quando a ocasião se apresenta"<sup>29</sup>. É ainda neste sentido que o juiz ou o legislador liberal deve se preocupar com a opinião e não com a vontade a qual interessa mais da perspectiva do administrador, i.e., da perspectiva das normas organizacionais (*thesis*)<sup>30</sup>.

As distinções anteriormente expostas por Hayek têm uma importância fundamental para a determinação do âmbito dentro do qual o conceito de justiça tem significado. Para o pensamento liberal deste autor, somente a conduta humana pode merecer o atributo justo ou injusto. A natureza ou uma ordem social não podem ser considerados justos ou injustos. Assim, por exemplo, seria um contrassenso afirmar que um terremoto causador de grande catástrofe pudesse ser chamado de "injusto". Cumpre notar, todavia, que as ações humanas tanto podem ser apenas individuais como também de grupos ou organizações, como por exemplo as ações do governo, e, neste sentido, serem justas ou não. Por outro lado, uma sociedade como um todo jamais poderá merecer tal qualificativo, a não ser num sentido metafórico e não rigoroso.

A norma entendida como *nomos* implica em abstração, i.e., ela deve aplicar-se a um número desconhecido de situações futuras, e generalização, em outras palavras, deve valer para todos os indivíduos independentemente dos atributos que determinam a sua individualidade dentro de uma ordem social. Tais características fazem com que as normas sejam quase todas negativas ao invés de prescreverem determinados tipos de ação. Elas proibem com o fim de proteger domínios definíveis em cujo âmbito cada indivíduo é livre para agir como melhor lhe convier. Tal caráter da norma é verificável mediante a avaliação de sua possibilidade de ser generalizada e universalizada como em Kant. Para Hayek, uma exceção a este

29 HAYEK, F., 1985, v. II, p. 14, grifo meu.

30 Também neste ponto Hayek reconhece a sua dívida para com David Hume. HAYEK, F., 1985, v. I, p. 107, cita Hume, "Embora os homens sejam muito mais governados pelo interesse, o próprio interesse, e todas as questões humanas, são inteiramente governados pela opinião".

princípio poderia ser encontrada em algumas normas do direito de família que estabelecem algumas obrigações dos pais frente aos filhos. A noção jurídica de omissão aqui envolvida está no cerne da noção jurídica de responsabilidade cuja transformação constitui um dos pilares da argumentação de François Ewald, conforme analisarei a seguir. Interessa frisar desde já que esta transformação não é relevante para a teoria liberal de Hayek, a ponto de ele afirmar que “não incorreremos em grave erro se, com vistas aos nossos propósitos, tratarmos todas as normas de conduta justa como de caráter negativo”<sup>31</sup>. Assim, as normas não conferem direitos a pessoas específicas, mas formulam as condições sob as quais esses direitos podem ser adquiridos, donde a conclusão de que não podemos avaliar a justiça da aplicação de uma norma pelo resultado que produzirá num caso específico.

Ainda como corolário desse ponto de vista teórico, Hayek chega à tese (que, como se verá, é oposta à tese de Ewald) de que “a justiça não é em absoluto uma equilibrção de interesses particulares em jogo num caso concreto, ou mesmo dos interesses de classes determináveis de pessoas; tampouco visa a produzir um estado específico de coisas que seja considerado justo”<sup>32</sup>. Neste sentido, a concepção liberal do direito opõe-se também à concepção de justiça presente em algumas sociedades primitivas, como por exemplo os Nuer<sup>33</sup>. Ainda por tal motivo, “o princípio norteador será sempre o de que a justiça, i.e., a norma de aplicação geral, deve prevalecer sobre o desejo particular (ainda que talvez também por todos)”<sup>34</sup>. Em outras palavras, “na ordem abstrata em que vivemos, e a que devemos a maior parte das vantagens da civilização, o que nos deve orientar é, pois, em última instância, o nosso intelecto, não a percepção intuitiva do que

é bom”<sup>35</sup>. Tal colocação coloca-nos no cerne da concepção hayekiana da racionalidade e de seu vínculo com a noção de justiça.

Para Hayek o fato de algo ser ou não justo não depende de vontade, mas sim da razão, vale dizer, o que determina o critério de justiça é a sua *coerência* dentro de um determinado sistema. Obviamente Hayek acredita haver apenas uma racionalidade possível, i.e., a racionalidade liberal a qual ele se preocupa em expor.

Há, portanto, uma enorme proximidade entre o conceito de verdade subjacente à filosofia da ciência de Popper e a sua concepção de justiça. Para ele, “as posições nos dois campos são análogas no fato de podermos sempre buscar uma maior aproximação da verdade, ou da justiça, por meio de uma contínua eliminação do falso ou do injusto, embora nunca possamos estar seguros de ter alcançado a verdade ou a justiça finais”<sup>36</sup>. O grande equívoco do liberalismo clássico, foi o de ter acreditado na possibilidade de se estabelecer critérios objetivos (e, portanto racionais) e positivos de justiça. A crítica quanto à ausência de tal justiça positiva foi um dos poucos acertos do positivismo jurídico de Hans Kelsen e pelo decisionismo de Carl Schmitt. A impossibilidade de se encontrar tais critérios levou os construtivistas a acreditarem que a vontade seria a única alternativa teórica para a fundamentação do direito. Conforme dirá Radbruch, “se ninguém é capaz de definir o que é justo, alguém tem de determinar o que deve ser legal”<sup>37</sup>. Tal tese tem a sua origem no ceticismo moral que alimentou a filosofia política do jusnaturalismo moderno de Hobbes, Rousseau, Pascal e outros<sup>38</sup>.

Feitas tais considerações, restaria perguntar: qual é a diferença entre as normas jurídicas justas e as normas morais? Para Hayek

31 HAYEK, F., 1985, v. II, p. 45

32 HAYEK, F., 1985, v. II, p. 49, grifo meu.

33 A propósito ver o texto clássico de Evans Pritchard, *Os Nuer*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1978 e também de J. A. Giannotti, *Identidade e Soberania Popular*, mimeo, 1986. Ainda sobre o direito antigo ver o clássico livro de Louis Gernet, *Droit et Institutions en Grèce Antique*. Paris: Ed. Flammarion, 1982.

34 HAYEK, F., 1985, v. II, p. 51-52, grifo meu.

35 HAYEK, F., 1985, v. II, p. 52.

36 HAYEK, F., 1985, v. II, p. 54.

37 Citado por HAYEK, F., 1985, v. II, p. 59.

38 A propósito, ver de David Fate Norton, *David Hume: Common-Sense Moralist. Sceptical Metaphysician*. Princeton: Princeton University Press, 1982; de Norberto Bobbio, *Locke e il giusnaturalismo*. Torino: Giappichelli, 1963 e Thomas Hobbes, Rio de Janeiro: Campus, 1991; de M. Villety, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. Paris: Monchrestien, 1975.

a resposta é bastante simples: “a diferença entre normas morais e normas jurídicas não é uma diferença entre normas que se desenvolveram espontaneamente e normas deliberadamente feitas, pois a maioria das normas jurídicas não foi tampouco feita deliberadamente no início. *Trata-se, isto sim, de uma distinção entre normas a que o processo reconhecido de imposição pela autoridade estabelecida deveria ser aplicado e aquelas a que não deveria sê-lo*; em suma, trata-se de uma distinção que perdura todo sentido se todas as normas de conduta reconhecidas, entre as quais aquelas que a comunidade considera normas morais, tivessem de ser impostas”<sup>39</sup>. A característica da norma jurídica por excelência não reside no fato de que ela é posta pelo legislador, mas sim na sua importância para a preservação da “ordem geral de ação vigente”. Cabe analisar agora o que poderia significar a ideia de uma justiça distributiva.

## 1.2 Justiça social enquanto justiça distributiva

A ideia de justiça distributiva (como também do direito social) está diretamente relacionada à ideia de *mérito*. O interesse social anteriormente discutido significa um critério de repartição de riquezas ou bens mediado pelo governo em favor de algum grupo social em razão de sua situação particular de necessidade e, portanto, mérito. Para Hayek a noção de mérito vinculada à noção de justiça remete à vertente utilitarista da tradição construtivista. J. Stuart Mill é talvez quem melhor representa tal tradição. Para ele, “a sociedade deveria tratar igualmente bem os que dela igualmente o mereceram, isto é, que mereceram de modo absolutamente igual. Este é o mais elevado padrão abstrato de justiça social e distributiva para o qual todas as instituições e os esforços de todos os cidadãos virtuosos deveriam ser levados a convergir o máximo possível”<sup>40</sup>. Em outras palavras, a igual consideração dos interesses constitui-se no ponto central da matriz igualitária do pensamento de Mill.

39 HAYEK, F., 1985, v. II, p. 74, grifo meu.

40 *Utilitarianism*, apud HAYEK, F., 1985, v. II, p. 81. Tese absolutamente oposta é defendida por Hume na *Second Enquiry* ao afirmar a impossibilidade do mérito vir a constituir o critério fundamental da justiça.

A ideia da justiça enquanto distribuição conforme o mérito (e que permitiria uma nova interpretação do já referido princípio do *suum cuique tribuere*) e que animou todos os movimentos de reivindicação junto ao governo vem ganhando cada vez mais adeptos e conquistando a imaginação popular. Tal ideia tem sua origem no ideal socialista de uma sociedade igualitária e em alguns aspectos da moral cristã. Para Hayek, não é por outro motivo que o clero de todas as doutrinas cristãs na medida em que “perderam a fé na revelação sobrenatural, parecem ter buscado refúgio numa religião social”<sup>41</sup>. A Igreja Católica em particular fez da justiça social uma meta de sua doutrina oficial. A ideia de justiça social é absolutamente incomparável com uma sociedade espontânea tal como anteriormente definida na medida em que para que pudesse haver distribuição conforme o mérito numa sociedade seria necessário que todas as ações dos indivíduos fossem comandadas pelo governo. As pessoas seriam orientadas por *normas de conduta específica* e não por *Normas*.

Numa grande sociedade as diferenças de recompensa obtidas mediante o respeito às “regras do jogo” não podem ser consideradas justas ou injustas, nem pode ser concluída a existência de algum culpado, i.e., um sujeito (humano) que tivesse agido injustamente. É neste sentido que os resultados do mercado, aqui pensado como um jogo que escolhe os vencedores conforme a sorte e a habilidade analogamente a um jogo de buraco, não podem ser considerados injustos. Este será também um ponto de discordância entre Hayek e Ewald, na medida em que este último observa que o risco na sociedade moderna é cada vez mais possível de ser calculado, ao menos em diversos setores da atividade humana, como, por exemplo, o risco de acidente de trabalho. Uma ordem como esta é ocasionada pelo mútuo ajustamento de muitas economias individuais num mercado.

O tratamento liberal dispensado ao conceito de *mérito* leva tal doutrina a dissociá-lo do conceito de prego determinado no merca-

41 HAYEK, F., 1985, v. II, p. 84.

do. Daí por que haverá uma identificação entre *valor* e *preço* no âmbito da teoria econômica e jurídica liberal. Segundo Hayek, "os homens só podem ser livres para decidir que trabalho fazer se a remuneração que esperam auferida por ele corresponde ao valor que têm os seus serviços para aqueles a que são prestados; e esses valores atribuídos a seus serviços por seus semelhantes muitas vezes não terão relação com os méritos ou necessidades de quem os prestou"<sup>42</sup>. Compreendidos tais aspectos, fica fácil perceber a incompatibilidade essencial existente entre o conceito medieval de matriz cristã de *justo preço* e a ideia de mercado. Para o pensamento liberal somente as regras do jogo de mercado é que podem ser justas, nunca os seus resultados<sup>43</sup>.

A ideia de justiça social implica a organização de grupos ou comunidades que atuam no sentido de alocar os recursos reunidos pelo governo segundo um critério de mérito. A reivindicação social requer não apenas que o governo observe algum princípio de conduta uniforme relativo às ações que necessariamente tem que desempenhar (ex.: serviço de segurança pública), como exige que ele empreenda atividades adicionais e, deste modo, assuma novas responsabilidades.

A intervenção do governo com vistas a estabelecer uma norma de conduta específica cria necessariamente um privilégio na medida em que alguns benefícios são assegurados a alguns em detrimento de outros, o que de maneira alguma poderia ser justificado por normas gerais de conduta. Neste sentido, além de não poder ser justa, a intervenção vem a gerar certo desequilíbrio numa ordem de mercado (*catalaxia*). Um tipo comum desta forma de desequilíbrio pode ser observado na atuação dos grupos organizados em favor de determinados interesses coletivos que sempre serão contrários aos

42 HAYEK, F., 1985, v. II, p. 91.

43 Conforme sintetizará com precisão Collingwood, "*Um justo preço, um justo salário, uma justa taxa de juros são contradições nos próprios termos*. A questão de saber o que deve uma pessoa receber em troca de seus bens e trabalho é absolutamente desprovida de significado", citado em HAYEK, F., 1985, v. II, p. 101, grifo meu.

interesses gerais da sociedade, e procurarão impedir que produtores marginais contribuam com cotas adicionais para a oferta global. A negociação política entre grupos de produtores e consumidores de determinados produtos, longe de promover o equilíbrio, viria a gerar uma situação de contínua desigualdade. "A concepção da justiça social redundou assim, na garantia, pelo governo, de uma renda apropriada a determinados grupos, o que tornou inevitável a progressiva organização de todos esses grupos de pressão... Atualmente só os grupos mais numerosos ou que podem organizar-se rapidamente para sustar serviços essenciais, é que vencem no processo de negociação política que rege a elaboração das normas na democracia contemporânea"<sup>44</sup>. Podemos dizer que Hayek aceita a definição de política de seu respeitado antagonista Carl Schmitt, para recusar a politização da justiça, e desse modo posicionar-se contrariamente à solução decisionista<sup>45</sup>.

Na sociedade em que predomina a negociação política para a busca de benefícios particulares, a própria atividade política ganha um sentido particular, definindo-se pela luta entre grupos com interesses diversos. O conflito entre grupos leva a que a política venha

44 HAYEK, F., 1985, v. II, p. 165, 168 e HAYEK, F., 1985, v. III, p. 13.

45 Conforme aponta com agudeza Jean-François Kervegan em seu ensaio *Existirá uma filosofia política liberal?* Observações sobre as obras de J. Rawls e F. Hayek. In: BARBOSA FILHO, Balthazar (et al.) *Filosofia Política*, n. 6, Porto Alegre: LEPM, 1991, p. 53: "Através de um paradoxo instrutivo, a desconfiança do liberal Hayek em relação a consequências de determinadas formas de democracia, segundo ele pervertidas, apoia-se em certos argumentos elaborados por Schmitt contra o liberalismo e o parlamentarismo e a favor de uma evolução autoritária que, segundo ele, estaria conforme à tendência da democracia. Tudo se passa como se F. HAYEK, leitor atento de Schmitt, houvesse desejado mostrar, a partir das mesmas premissas dele, que existe uma outra alternativa que não a orientação totalitária para os impasses e contradições do social-liberalismo que domina o mundo ocidental contemporâneo, de que J. Rawls seja, com toda razão, considerado o teórico; esta alternativa é justamente a radicalização do projeto liberal". A propósito ver também meu artigo "O decisionismo Jurídico de Carl Schmitt", publicado na Revista LVA NOVA, n. 32, 1994 e, mais recentemente, meu livro. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

a ter a sua essência determinada pela polaridade amigo-inimigo, como observou com precisão Carl Schmitt<sup>46</sup>.

Diante de tal quadro seria lícito perguntar por que o "mercado político" espontâneo não poderia regular adequadamente a ordem social. A resposta de Hayek, seguindo à risca a tradição liberal que deu início à economia política, somente poderia ser a de destacar tal disciplina frente às demais, uma vez que é ela que determinará as regras básicas da sociabilidade. "A verdade é que catalática é uma ciência que explica a única ordem global que abrange quase toda a humanidade, e que o economista tem, portanto, o direito de insistir em que a possibilidade de favorecer o bom funcionamento dessa ordem seja aceita como padrão para o julgamento de todas as instituições específicas"<sup>47</sup>. A ordem espontânea do mercado, assim, deve guiar a formação das instituições da sociedade e neutralizar as distorções que a política pode produzir na realização da justiça.

Para Hayek a negociação política que é realizada em nome da justiça social não consegue criar critérios reguladores da distribuição de riquezas, passando a atender os interesses dos grupos que melhor conseguem se organizar para formular suas demandas e servir de base de sustentação política do grupo dirigente. *Por tal motivo, a justiça social passa a servir de ideologia de legitimação do oportunismo político*. Os interesses de grupos são escondidos atrás da eufemística expressão "parceiros sociais" (*Sozialpartner*). A legislação cada vez mais abundante passa a regular cada vez mais a esfera das ações humanas e sociais e é feita segundo critérios eminentemente políticos que fogem a qualquer conceito possível de justiça. O "direito" (legislação intencional) passa cada vez mais a ser determinado pela política. "*Tout c'est politique*", como escrevera Ewald em um dos capítulos de seu livro. Deste modo, assuntos do maior interesse para a preservação da ordem social espontânea passam a ser resolvidos segundo critérios extraídos a partir da avaliação política de qual é a

46 Ver *La Notion de Politique*, Ed. Strey, Hayek cita Schmitt em HAYEK, F., 1985, v. II, p. 171 e 176.

47 HAYEK, F., 1985, v. II, p. 137.

( 78 )

*opinião* da maioria, da maior ou menor popularidade de uma medida. Para agravar esta situação que impossibilita a existência de "um mercado político" equilibrado que tenha um parlamento com soberania ilimitada, há o enorme poder desempenhado pela mídia. Numa Grande Sociedade a soberania deve necessariamente ser limitada (em que pese a suspeita de contrassenso pressuposta nesta expressão), sob pena da maioria parlamentar vir a decidir de maneira arbitrária sem ter em vista nem a justiça (*nomos*) nem o mérito, e sim a mera "necessidade política". Dessa forma, Hayek conclui que, "numa democracia ilimitada, os detentores de poderes discionários são forçados a usá-los, quer queiram quer não, para favorecer grupos particulares de cujos votos decisivos dependem seus poderes"<sup>48</sup>.

Outro pressuposto importante no pensamento de Hayek refere-se ao vínculo que este estabelece entre os processos concorrenciais e a racionalidade. Para ele a racionalidade não é uma premissa para o funcionamento do mercado, antes o contrário, o mercado impõe às pessoas a necessidade de agir racionalmente de modo a assegurar o seu ganho. No mercado concorrencial a atitude dos mais racionais imporá aos demais a sua conduta como exemplar.

A impossibilidade de haver um mercado político equilibrado vincula-se não apenas à supremacia da economia enquanto processo global que determina o surgimento das instituições como também à desigualdade de poder que nasce no interior deste. Hayek retoma uma série de argumentos que hoje são utilizados pelos teóricos da *rational choice*, especialmente por Mancur Olson, que mostram o desequilíbrio de poder do conflito de interesses entre os grupos. Para Olson, "Primeiro, em geral só grupos relativamente pequenos formam uma organização espontânea; segundo, as organizações dos grandes grupos econômicos que hoje controlam o governo em grande parte só puderam constituir-se com a ajuda do poder desse governo; terceiro, é impossível, em tese, organizar todos os grupos e, por conseguinte, a organização de determinados grandes grupos,

48 HAYEK, F., 1985, v. III, p. 145.

( 79 )

com a ajuda do governo, dá lugar a uma persistente exploração de grupos não organizados ou não organizáveis, assume aqui relevância fundamental" (por exemplo, os consumidores, contribuintes, idosos etc.)<sup>49</sup>. Em outras palavras, a racionalidade limitada e instrumental dos indivíduos produz uma situação na qual a lógica da ação coletiva não é capaz de produzir efeitos justos.

Para evitar que a política invada o domínio da justiça e, deste modo, aniquile a liberdade individual Hayek prescreverá como terapia a limitação do poder e o destronamento da política, mediante a limitação da soberania da Assembleia e da soberania do Estado de Direito constituído pelas normas de conduta justa (*nomos*). Ainda para que tal objetivo seja alcançado importa abandonar a ilusão de que as medidas do estado são determinadas por necessidades objetivas, sobre as quais as pessoas sensatas poderiam chegar a um acordo<sup>50</sup>. Resta saber, é o que procurarei analisar a seguir, se a ilusão de que tais acordos são possíveis não são ilusões necessárias no interior da sociedade moderna, onde não há mais uma medida fixa para as ações do estado, e um critério fixo que defina a racionalidade pela qual se define a *justiça*.

## 2. A TESE DE FRANÇOIS EWALD: O CONCEITO DE DIREITO SOCIAL E O ESTADO PROVIDÊNCIA

O debate filosófico acerca da fundamentação do direito tem sido analisado a partir do contraste de duas doutrinas básicas, a saber, o positivismo jurídico e o jusnaturalismo. Tais doutrinas têm sido impropriamente chamadas por alguns teóricos de paradigmas, no sentido que T. Kuhn emprestou ao termo, popularizando-o. A percepção da impropriedade de tal designação é o que permite entender a originalidade da análise de Ewald.

Para Ewald as duas grandes doutrinas que alimentaram o debate jusfilosófico do século XX situam-se no mesmo solo epistemo-

lógico ainda clássico e essencialista. Jusnaturalismo moderno e o positivismo jurídico pertencem ainda a uma mesma *epistémé*, sendo as diferenças que as opõem apenas de superfície. Assim, também a posição de Hayek, que recusa o enquadramento do evolucionismo sob o rótulo de jusnaturalismo, representaria uma diferença de superfície em relação às duas doutrinas, situando-se na mesma *epistémé* destas.

Vale notar, contudo, que Ewald não pensa em conferir um estatuto totalizante à *epistémé*, tal como Foucault o fizera em *As Palavras e as Coisas*<sup>51</sup>. Esta característica da *epistémé* foi objeto de tantas críticas que o próprio Foucault veio a abandonar a pretensão de universalidade que conferira à *epistémé* na *Arqueologia do Saber*<sup>52</sup>.

Evidentemente não cabe aos meus propósitos investigar a maneira pela qual tal "escola epistemológica" elaborou o conceito de racionalidade utilizado em suas análises históricas. Ademais, as diferenças entre os autores exigiria um trabalho imenso e autônomo. Importa, contudo, delinear alguns traços gerais desta escola.

### 2.1 A racionalidade regional (Canguilhem)

Um dos pontos característicos mais gerais desta tradição de pensamento refere-se ao abandono da ideia de existência de critérios universais de racionalidade e cientificidade, o qual é substituído pela ideia de uma epistemologia regional, ou de uma racionalidade regional. Deste modo, não haveria critérios universais que pudessem autorizar o juízo acerca da verdade de uma ciência. Como dirá Georges Canguilhem, "a veracidade ou o dizer-o-verdadeiro da ciência não consiste em uma reprodução fiel de alguma verdade inscrita desde sempre nas coisas ou no intelecto. O verdadeiro é o dito do dizer científico"<sup>53</sup>. A história da ciência para ele constitui-se

49 *The Logic of the Collective Action*, Harvard University Press, 1965/1971, apud

HAYEK, F., 1985, v. III, p. 101.

50 HAYEK, F., 1985, v. III, p. 156.

51 FOUCAULT, M. *As palavras e as coisas*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

52 FOUCAULT, M. *Arqueologia do saber*. Petrópolis/Rio de Janeiro: Vozes/Forense Universitária, 1986.

53 Citado por Roberto Machado em *Ciência e Saber: a trajetória da arqueologia*

na história dos conceitos, na medida em que estes definem o campo da normatividade que define o discurso científico<sup>54</sup>. Importa notar que para ele um conceito não é uma palavra, mas apenas se define a partir do momento em que o historiador reconstruir a síntese em que o conceito se encontra inserido, isto é, tanto o contexto conceitual quanto a intenção diretiva das experiências ou observações.

Um corolário deste ponto de partida é a crítica da historiografia que procura encontrar precursores sem considerar ou se certificar da identidade da questão e da intenção da pesquisa, identidade dos sistemas de conceitos onde os precedentes adquirem sentido. Neste sentido, a história das ciências definida por Canguilhem e também Alexandre Koyré<sup>55</sup> observa o progresso das ciências como sendo descontínuo. Tal perspectiva é retomada e popularizada por Thomas Kuhn, herdeiro direto de Koyré, a partir do conceito de *paradigma*<sup>56</sup>.

Conforme observa Roberto Machado, para Canguilhem, fazer epistemologia não é definir *a priori* as condições de possibilidade de todo conhecimento possível, mas sim "delimitar o que caracteriza a operação científica através da qual a investigação da produção de conhecimentos de uma determinada ciência, privilegiando a

de Michel Foucault. Rio de Janeiro: Graal, 1982, p. 21.

54 A propósito, é esclarecedora a seguinte observação de Canguilhem a respeito de Bachelard: "Não há para ele (Bachelard) distinção ou distância entre a ciência e a razão. A razão não é fundada na verdade divina ou na exigência de unidade das regras do entendimento. Este racionalista não pede à razão nenhum outro título genealógico, nenhuma outra justificação de exercício a não ser a ciência em sua história: 'A aritmética não é fundada na razão. É a doutrina da razão que é fundada na aritmética elementar...'... Bachelard ensina que só a ciência é constituinte, que só a ciência é normativa no uso das categorias", in *Dialectique et Philosophie du non chez Bachelard*, citado por MACHADO, R., 1982, p. 22.

55 Ver *Estudos de História do Pensamento Científico*. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: UnB, 1982, p. 377.

56 *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 3. ed., São Paulo: Perspectiva, 1994. Ver também a coletânea organizada por Imre Lakatos e Alan Musgrave, *A crítica e o desenvolvimento do conhecimento*. São Paulo: Cultrix-Edusp, 1979, especialmente os ensaios de T. Kuhn, K. Popper, P. Feyerabend e I. Lakatos.

questão da formação de seus conceitos<sup>57</sup>. Deste modo, cada ciência possuiria as suas próprias regras de julgamento, as quais caberia à epistemologia explicitar e utilizar para julgar a produção histórica de conhecimentos em determinada ciência. A epistemologia enquanto reflexão filosófica não teria por fim dar *a norma* das ciências. "O critério fundamental no juízo da história de uma ciência seria a sua atualidade"<sup>58</sup>. Em outras palavras, o critério de verdade científica varia conforme variam as regras de julgamento (o qual, todavia, segue um percurso normatizado e ordenado).

Por fim, importa notar que para Canguilhem os mesmos conceitos podem se situar em diferentes ciências. É exatamente isto que ocorre a propósito do conceito de normalidade (tão central nas obras de Foucault e Ewald) que pode ser analisado nos campos da biologia, clínica, sociologia e direito<sup>59</sup>.

## 2.2 A racionalidade jurídica para François Ewald

O pensamento de Ewald é tributário da crítica da noção de racionalidade tal como pensada pela epistemologia de matriz popperiana. A centralidade do conceito de normalidade no interior da obra de Ewald é dada pelo fato de que para ele o conceito de racionalidade jurídica que fundamenta o conceito de justiça social é pensado como um conceito reflexionante tal como o conceito de normalidade em Canguilhem. Conforme diz Ewald, "a normalização é um tipo de racionalização"<sup>60</sup>. A norma social é o tipo de racionalidade que articula sua lógica e modo de regulação de sociedades que funcionam segundo a norma, como por exemplo as "Sociétés Assurentielles".

O projeto de *L'État Providence*, adverte-nos o seu autor, é consubstanciado a partir de uma dupla "démarche". Por um lado trata-se de

57 MACHADO, R., 1982, p. 47.

58 MACHADO, R., 1982, p. 48.

59 Ver CANGUILHEM, G. *O Normal e o Patológico*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982.

60 EWALD, F., 1986, p. 592.

um *projeto arqueológico* (no sentido foucaultiano do termo) sobre as mudanças que a problemática da institucionalização jurídica dos acidentes de trabalho implicou para o significado do conceito de *responsabilidade*.

As transformações de tal conceito somente podem ser compreendidas, segundo Ewald, a partir das mutações que ocorrem no interior da racionalidade jurídica que passa a predominar. Neste sentido, esta primeira "démarche" é também uma sociologia política da formação deste novo tipo de sociedade no interior do qual tais mudanças são verificadas; isto é, das "*Sociétés Assurentielles*". Por outro lado, trata-se de elaborar uma *análise do pensamento jurídico* a qual se organiza em torno dos seguintes temas: "*a experiência jurídica* (como quadro geral da análise), *a regra de julgamento* (como princípio de inteligibilidade das práticas jurídicas) e o *positivismo crítico* (como programa para uma filosofia do direito)"<sup>61</sup>. Neste primeiro tema a preocupação primordial seria relativa às mudanças ocorridas no interior do sistema jurídico (normas, organização, origens etc.) que estão implicadas na mudança do conceito de responsabilidade. Importa, pois, compreender as mudanças ocorridas no direito. Ora, mas para tanto seria necessário ter uma definição do que é o direito; isto é, qual é a sua *essência*. Ewald condena tal preocupação essencialista existente tanto no jusnaturalismo como no positivismo jurídico kelseniano.

François Ewald assume uma atitude nominalista frente ao direito. Para ele, "*o Direito não existe; aquilo que chamamos "direito" é uma categoria do pensamento que não designa nenhuma essência, mas serve para qualificar certas práticas: práticas normativas, práticas de coerção (contrainte) e da sanção social (sem dúvidas) prática política (certamente) e prática da racionalidade (também)*"<sup>62</sup>. Neste sentido, assim como o historiador da ciência para Cangulhem buscava a definição da ciência de uma época, sem uma preocupação evolutiva da ciência<sup>63</sup>,

61 EWALD, F., 1986, p. 29.

62 EWALD, F., 1986, p. 30, grifo meu.

63 Cabe notar que há uma diferença relevante entre o projeto de análise arqueológica de Foucault e o de constituição de uma história recorrente de

Ewald procura definir o direito a partir do quadro das experiências jurídicas dominantes numa época. Desde já, a diferença entre este e Hayek torna-se notável.

Como foi visto, este último procurava encontrar bases epistemológicas sólidas para demonstrar a falsidade das teses anteriores. Hayek propõe um conceito de Direito capaz de dar conta da racionalidade jurídica dos gregos, medievais, modernos e contemporâneos que não se iludiram com a falácia do racionalismo construído. Ele propõe um conceito, o único possível hoje, racional de direito a partir do qual procura mostrar a inconsistência lógica do conceito de justiça social, e a ausência de princípios jurídicos que norteiam a "experiência jurídica" moderna. Como se vê, o ponto de partida de Ewald é absolutamente diverso: "Não se pode determinar *a priori* o que é direito, quais são as práticas que devem ser assim qualificadas, posto que isto depende daquilo que é reflexionado como direito no quadro de uma certa experiência jurídica"<sup>64</sup>. A perspectiva assumida por Ewald configura uma genealogia (entendida enquanto análise histórica das condições políticas de possibilidade dos discursos) da experiência jurídica a qual não implica necessariamente num relativismo.

As *regras de julgamento*, conceito-chave na metodologia de Ewald, constituem-se na maneira pela qual uma determinada norma ou conceito jurídico são interpretados e criados numa determinada época. São as *regras de julgamento* que permitem verificar como vão ocorrendo mudanças nos conteúdos das normas; primeiramente no âmbito da jurisprudência, mas logo em seguida também no plano doutrinário, de acordo com certa regularidade. É importante lembrar que as regras de julgamento uma vez que implicam em critérios para decisões jurídicas, constituem-se em referência obrigatória na

Bachelard e Cangulhem. Foucault não julga o saber que procura analisar (ex.: conhecimento da loucura) a partir da racionalidade da ciência atual.

Neste sentido, Foucault não necessita da hipótese de que há na história da ciência uma formação progressiva da verdade. A propósito ver MACHADO, R., 1982, p. 50-54 e 92-93).

64 EWALD, F., 1986, p. 30.



orientação das práticas políticas e sociais. Deste modo, elas são importantes na determinação da racionalidade política dominante. Por outro lado, e inversamente, elas são reflexionadas em função das práticas às quais elas servem de referência. Em outras palavras, a racionalidade jurídica constitui-se no interior de um sistema social e político em função do qual ela mesma se reflexiona.

Por fim, Ewald anuncia a dimensão programática de seu projeto, isto é, define qual seria o papel de uma filosofia do direito tal como a que ele pretende formular. O seu papel não seria de ordem dogmática (no sentido de propor uma dogmática jurídica) e prescritivo. Seria antes o de mostrar que, no âmbito da experiência jurídica da modernidade onde torna-se cada vez mais difícil encontrar os critérios que constituem a racionalidade jurídicas<sup>65</sup>, a dimensão política do direito remete à questão da relação entre o direito e a legalidade, questão esta compreensível apenas do ponto de vista da experiência jurídica a partir da qual ela mesma se coloca. Tal seria o programa de um *positivismo crítico*.

As diferenças entre Ewald e Hayek não param em suas premissas metodológicas. A *démarche* arqueológica de Ewald procura mostrar como a problemática dos acidentes de trabalho no final do século XIX vai gerar uma série de mudanças no âmbito da jurisprudência (domínio privilegiado da análise da experiência jurídica) o que irá alterar substancialmente o sentido do conceito de responsabilidade civil. Tal alteração conduz a doutrina a dissociar o *conceito de culpa do conceito de responsabilidade*, dissociação esta que é acompanhada pela distinção entre *causalidade e imputação*. No âmbito do direito do trabalho que então começa a nascer passa-se a distinguir as atividades profissionais de cada um para efeito da determinação daquele que deveria arcar com os danos eventualmente ocorridos. Assim, passa a ser *responsável* (no sentido do que a doutrina jurídica brasileira denomina “responsabilidade objetiva”) pelos acidentes ocorridos no interior de sua fábrica inde-

65 Muitos duvidam até mesmo da sua existência, por exemplo, LYOTARD, J.F. *O Pós-Moderno*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1986, p. 84.

pendentemente de ter tido ele culpa na produção de determinado acidente. Isto é, independentemente de no plano da realidade o padrão ter dado causa ao acidente em questão, torna-se ele *imputável* caso não tenha zelado para que os riscos a que ficou submetido o trabalhador estivessem dentro do âmbito da normalidade.

A percepção da existência de uma regularidade na ocorrência do acidente levou à criação de fundos de assistência do qual participavam operários e patrões. Tais fundos funcionavam no início como seguros estritamente privados e atendiam àqueles que viessem a ser vitimados por algum acidente de trabalho. Posteriormente o direito torna-se seguro obrigatório e passa a administrar os seus recursos<sup>66</sup>. Desde já, os acidentes progressivamente deixam de ser vistos como obra do infortúnio, do puro acaso, e começam a ser entendidos tendo em vista certa regularidade de sua ocorrência. A regularidade, consubstanciada na probabilidade de ocorrência do acidente, confere ao risco uma objetividade que anteriormente ela não possuía. A “segurança é filha do capital”, diz Ewald<sup>67</sup>, na medida em que ela surge como uma forma de permitir o funcionamento do mercado onde há risco do capital (assim, não seria por acaso que os primeiros contratos de seguro tenham ocorrido no setor de transportes marítimos durante o mercantilismo). É apenas posteriormente que o pensamento solidarista (de matriz e origem moral cristã-socialista) transforma-se na doutrina social de segurança. Deste

66 Assim, a prática do seguro instaura um tipo de racionalidade que se con- figura a partir de quatro dimensões: Ela implica: (i) uma *técnica econômica e financeira*, na medida em que o Estado passa a regular os investimentos reunidos pelo fundo público formado pelas contribuições obrigatórias destinadas à segurança social; (ii) uma *tecnologia moral*, uma vez que calcular o risco torna-se uma maneira de dirigir o futuro, planejando-o e disciplinando a vida (sobre tal conceito ver EWALD, F., 1986, p. 75, 326-329 e FOUCAULT, M., 1999, p. 240-247); (iii) uma *técnica de reparação e indenização* dos danos, o que, por sua vez, implica a criação de critérios de valoração que orientem a distribuição dos recursos. Estas três dimensões permitem que se fale numa *tecnologia política* que organiza, mobiliza e utiliza as forças sociais a partir de um processo de *solidarização de interesses* articulado em torno de um conceito de justiça social.

67 EWALD, F., 1986, p. 182.

modo, a ideia de solidariedade pertence à economia da segurança, antes de qualquer preocupação social.

Os seguros criam sistemas de cálculo de riscos, danos e mérito para determinar o valor da indenização, em que circunstância e para quem concedê-la. A política de seguros sociais passa, deste modo, a constituir critérios de distribuição dos fundos a partir de critérios que futuramente irão generalizar-se para todo o âmbito do Direito Social. Neste sentido, a racionalidade instaurada no interior das instituições de seguro virá ser a racionalidade do Direito Social, as novas regras de julgamento e critérios de justiça que vão se constituindo formarão o padrão de racionalidade do conceito de Justiça Social que vai se formando. Esta seria a linha fundamental do argumento de Ewald na primeira etapa de seu trabalho. Importa agora avançar em alguns pontos específicos.

Para Ewald, seriam três as principais características do *Direito Social*: (a) trata-se de um direito que se dirige menos aos indivíduos tomados isoladamente e mais a estes na medida em que pertencem a um grupo, classe ou categoria profissional. Neste sentido, “os sujeitos de direito social são sujeitos qualificados em função da situação particular que ocupam: o direito social é um direito realista”<sup>68</sup>; (b) ele não é mais “um direito da *igualdade*, cuja regra de julgamento passe pela igualdade de direitos, mas, pelo contrário, é um direito das *desigualdades*, um direito discriminatório, um direito das preferências”<sup>69</sup>. É também nesta medida que se forma a novidade do instituto do contrato no Direito Social. O contrato pressupunha, para o pensamento liberal, a igualdade entre os contratantes e passa agora a definir uma relação de desigualdade<sup>70</sup>, não mais universalizável; (c) o Direito Social “é necessariamente um direito que tem por base a sociologia – e não a filosofia como o direito civil clássico –, na medida mesma em que a sociologia se constitui historicamente como crítica da filosofia, de suas abstrações e sua metafísica, em proveito de uma apreensão dos sujeitos e grupos sociais que as tomasse no interior de sua realidade concreta”<sup>71</sup>. É neste sentido que o Direito Social somente pode ser entendido no interior da *epistémé* moderna, no interior da qual nascem as ciências humanas. As Ciências Humanas não se constituem no domínio do empírico, nem do transcendental, mas no espaço da representação do homem.

Conforme procurei mostrar, estas três características do direito na modernidade são também reconhecidas por Hayek e são suficientes para que este afirme que o Direito Social é um antidireito visto contrariar o princípio de igualdade e não poder contar com uma fundamentação filosófica no sentido clássico do termo, i.e., não poder apoiar-se num conceito de racionalidade clássica.

### 2.3 Normalidade e racionalidade

Para Ewald a sociedade do final do século XIX é marcada por uma estrutura de organização do direito que se apoia numa nova postura epistemológica. A *epistémé* no interior da qual se desenvolve tal estrutura é a mesma que permite o nascimento das ciências humanas e o do positivismo. Ewald chama a matriz lógica que permite a constituição dos jogos de verdade acerca da justiça de *esquema da solidariedade*. Tal esquema, bem como o esquema da Segurança, caracteriza-se pela maneira pela qual é pensada a relação *todo-parte*.

Um dos primeiros teóricos a formular tal teoria deste esquema no âmbito da sociologia foi Quételet, que a organizou a partir de três princípios: (a) o princípio de que o todo existe independente das partes, formando uma realidade *sui generis* independente das partes. No âmbito social este todo consiste na própria sociedade; (b) não existe parte que não seja parte de um todo. O todo, como para Durkheim, constitui uma coisa<sup>72</sup>. Ademais, a identidade do

68 EWALD, F., 1986, p. 451.

69 EWALD, F., 1986, p. 451.

70 EWALD, F., 1986, p. 453, grifo meu.

71 EWALD, F., 1986, p. 451 e 352.

72 Ver o artigo de J.A. Giannotti, *A Sociedade como técnica da razão: um ensaio sobre Durkheim*. In: *Exercícios de Filosofia*. Petrópolis: Vozes, 1980, especialmente as p. 55 e 63.

indivíduo não é primeira, mas resulta de um processo de individualização: (c) os indivíduos têm uma dupla existência: como indivíduos, com a ilusão de sua consciência e sua liberdade e como partes do todo obedecendo às suas leis e contribuindo para a sua ordem. O esquema da solidariedade serviu de matriz para que se pensasse as novas práticas do Direito Social. "O esquema da solidariedade serviu de matriz para uma filosofia da responsabilidade como repartição de riscos, em relação à qual a ideia de erro (*faute*) (com a qual a ideia de responsabilidade esteve confundida por muito tempo) aparecia, ela mesma, apenas como uma maneira muito limitada de pensar a questão da imputação dos danos. O final do século XIX marca um momento decisivo na história da responsabilidade: toma-se consciência que ela é apenas uma pura relação que não deve procurar senão em si mesma os princípios de sua própria legislação"<sup>73</sup>. As práticas de responsabilidade por risco, as instituições de segurança, constituíram-se de uma nova regra de julgamento diversa do direito civil, instaurando uma nova positividade. "A sociedade não tem mais exterior; ocorre a ela dar a ela mesma sua própria legislação; ela não precisa procurar o seu direito fora de si mesma, numa referência de não importa qual natureza"<sup>74</sup>. Diferentemente das sociedades antigas e da idade clássica que buscavam uma referência para a Justiça na Natureza ou em Deus ou na razão absoluta (mesmo que assumindo a consciência (negativa) de nossa finitude), a sociedade da segurança (*Assurertiel*) é autorreferida. Ela se autogere encontrando em si mesma a medida de sua justiça a partir de um critério de normalidade"<sup>75</sup>.

A partir de então, o problema da definição do conceito de justiça social passa a ser o de saber se é possível existir uma regra sobre a qual se chega a um acordo e que permita a cada um medir-se em relação ao outro e medir o preço da solidariedade. Este tem a condição adicional de que o consentimento para o acordo não é definitivo e estável, mas deve ser renovado perpetuamente. Vimos que

73 EWALD, F., 1986, p. 350.

74 EWALD, F., 1986, p. 351.

75 EWALD, F., 1986, p. 481.

para Hayek ela não existe, e o discurso sobre ela não passa de uma *nonsense*. Para Ewald, como já foi anunciado, tal regra existe, e é a *norma* (agora redefinida de maneira muito distinta seja do conceito hayekiano, seja do sentido usual de regra válida). No âmbito do Estado Providência a norma tem um papel de medida comum que desempenha a mesma função da antiga noção de bem comum e o princípio de igualdade (tratar igualmente passa a designar o tratamento anormal). Portanto, a norma permite pensar a relação entre igualdade e desigualdade, "não em função de uma regra proporcional, ou de um princípio de igualdade formal, mas em relação às ideias de *média* e *de equilíbrio*, isto é, sem referência a uma medida fixa e transcendente, mas por uma constatação regular da relação da sociedade com ela mesma"<sup>76</sup>. Também aqui deixará de existir um dos pressupostos essenciais da concepção clássica de direitos subjetivos"<sup>77</sup>.

A norma funciona também como medida comum que permite que cada um pense o seu valor, sua identidade e lugar respectivo no interior da sociedade. Neste sentido ela "socializa o juízo (*jugement*) e as identidades". A norma constitui-se num "ponto fictício onde aquilo que vive disperso na sociedade pode se ver como um". Ela é o espelho das solidariedades, funcionando como um princípio de totalização, o qual assume um caráter muito específico. Não se trata de encontrar um interesse ou bem geral e comum universalizável, mas antes de constituir-se numa sociedade que concretamente se apresenta dividida por elementos por vezes antagonistas e somente por vezes solidários, um lugar onde se pode representar o fato da solidariedade. Nesta dimensão, a norma como medida comum opera como um indicador do estado e identidade de cada indivíduo ou grupo e como instrumento do jogo social.

76 EWALD, F., 1986, p. 583.

77 Sobre a questão da liberdade e da igualdade como pressupostos para a formação do conceito de direito subjetivo ver a obra clássica de Max Weber, especialmente o capítulo "Las formas de creación de los derechos subjetivos". In: *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 532 e s.

Por fim, a norma seria ainda a forma moderna do vínculo social, na medida em que ela define as condições do consenso (o qual substitui a função do contrato social na sociedade liberal). A norma serve de referência para uma negociação que ela torna permanente e constitui-se igualmente naquilo que a negociação deve corrigir. Instaura uma desigualdade para logo retificá-la.

É importante notar que a norma surge como um tipo de julgamento absolutamente inédito e impensável do ponto de vista de uma epistemologia fundadora do Direito Clássico (Moderno). Vale dizer, a norma constitui um tipo de julgamento impensável pela *epistemé* clássica. Ela permite articular o fato e o valor, o ser e o dever-ser. A norma coloca o problema de uma racionalidade jurídica cujas categorias não seriam definíveis *a priori*, mas somente *a posteriori*. Para o Direito Social importa considerar uma situação (quanto a legalidade e justiça) não apenas em função de categorias jurídicas abstratas (de justiça ou de legalidade), mas em função das características concretas. Neste sentido importa “tirar o direito do fato”.

O próprio conceito de sujeito de direito cede lugar ao assalariado, ao consumidor, ao profissional, ao patrão etc. Perde funcionalidade a abstração feita pela teoria jurídica liberal no sentido da existência de um único sujeito abstrato de direitos. É por tal motivo que foi afirmado anteriormente que a sociologia, mais do que uma filosofia que tenha como referência uma razão evolutiva ou saber absoluto, passa a servir de suporte para a elaboração da regra de julgamento do direito social.

A nova articulação existente entre o *fato* e o *direito* implica ainda outras consequências. A ideia da norma permite compreender a reivindicação que o direito social faz da noção de *preço justo*. Tal noção, que está intrinsecamente relacionada à noção de mérito, foi objeto dos mais severos ataques dos liberais, como procurei mostrar na primeira parte deste trabalho. Tal conceito articula-se com a ideia da existência de uma objetividade do valor. Estaríamos retrocedendo a um conceito medieval de “justo preço” tal como denunciava Hayek? A esse respeito importa observar que a noção medieval de

justo preço referia-se a um valor intrínseco da própria coisa, inscrito na natureza do objeto trocado e, neste sentido, referido a uma medida absoluta (sobre a qual o fálvel intelecto humano poderia, contudo, se confundir). O moderno conceito de preço justo, ao contrário, é expressão da norma, constituída a partir de julgamentos coletivos. Não se trata mais do preço natural, mas sim do *preço normal*<sup>78</sup>.

A norma permite que venha a se constituir uma espécie de *justiça distributiva* (também neste ponto Hayek tinha razão em sua análise fenomenológica, todavia não compreendia a novidade epistemológica que estava implicada na noção de norma). A norma serve, pois, para retificar as desigualdades, compensá-las, vale dizer, para reinserir os privilégios no contexto da normalidade (i.e., da *Justiça Social*).

Outro aspecto bastante importante para uma análise da “dívida” hipotética de Ewald para com Hayek relaciona-se à definição de lei. Assim como para Hayek era importante distinguir entre *Normas* (normas gerais e abstratas de direito justas), da *Thesis* (normas de direito positivo elaboradas pela legislação e relativas às condutas humanas concretas), Ewald distingue *Lei enquanto norma* (matriz de formação de enunciados jurídicos) das *normas positivas que poderão tornar-se formalmente leis*. “A norma é um modo de produção para os enunciados de conteúdo prescritivo. As normas podem tomar a forma de leis; inversamente, toda lei (no sentido formal do termo) não é necessariamente uma norma”<sup>79</sup>.

Uma *ordem normativa* do Direito Social não segue mais a hierarquia tradicional das fontes de direito. Não se pode mais deduzir uma norma jurídica mediante um silogismo jurídico que teria uma Norma Fundamental como última premissa maior. Num tal sistema jurídico as normas gerais de direito desempenham um importante papel na articulação e encadeamento dos diferentes sistemas nor-

78 Tratai deste assunto em *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, especialmente capítulos I e II.

79 EWALD, F., 1986, p. 586, grifo meu.

mativos<sup>80</sup>. Ademais, uma ordem jurídica de tipo normativo tende a se dividir, a se “descentralizar” de modo a respeitar as particularidades das diferentes atividades sociais (pluralismo jurídico). Importa lembrar que para os teóricos do direito natural e mesmo para os positivistas jurídicos a unidade do direito surgia como um problema fundamental. Poder-se-ia dizer que a exigência da unidade surge mesmo como um corolário do ponto de vista essencialista frente ao direito.

Ewald encontra ainda outra especificidade da ordem normativa frente à ordem liberal, a qual consiste na articulação do direito da moral e da política. A oposição direito-moral constitutiva do direito natural moderno é sucedida pelo grande *continuum* da normalização. Para o direito clássico havia uma distinção entre a esfera do direito organizada segundo um princípio de generalidade e que deveria permanecer limitada e um infradireito às disciplinas e outros regulamentos interiores necessários ao bom funcionamento da ordem econômica. Para Ewald, numa ordem da norma tal distinção desaparece, “o que implica que o poder se exercerá segundo um mesmo regime discursivo em qualquer que seja o domínio, nos níveis micro e macroscópicos”<sup>81</sup>. Mas a ressalva que faz Ewald a seguir é importante: “Evidentemente podemos duvidar que esta extensão do direito é uma juridicização das disciplinas e, portanto, a transformação de espaços de não direito em espaços jurídicos”<sup>82</sup>. Ora, ao assumir o conceito de *biopoder* foucaultiano como fundamento do exercício do Estado Providência<sup>83</sup>, Ewald, a exemplo de Foucault, tende a subestimar o papel do conceito de soberania e que a sua garantia

80 Tercio Sampaio Ferraz Jr. chama tal função das normas gerais e programáticas de “função calibradora do sistema jurídico” – ver *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 131. Sobre o conceito de sistema jurídico e também a sua importância na formação do conceito de direito subjetivo ver do mesmo autor *O conceito de sistema no Direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976 e *Introdução ao Estudo do Direito*: Técnica, Decisão, Dominação, São Paulo: Atlas, 1988, especialmente p. 93 e s.

81 EWALD, F., 1986, p. 588.

82 EWALD, F., 1986, p. 588.

83 EWALD, F., 1986, p. 374.

em última instância é dada pelo uso da força (coerção). Mas será que neste ponto não valeria a pena retomar as críticas que foram dirigidas a Foucault acerca da dificuldade que encontramos para utilizar o conceito de *biopoder* para pensar as relações do Estado diante da sociedade, em particular as relações de poder exercidas mediante o direito? Não será o conceito weberiano de denominação ainda importante para analisar o papel do Estado e o sentido da obediência a uma norma do direito? Afinal Ewald chega a afirmar que “a coerção (*contrainte*) não aparece mais como necessariamente ligada ao direito.

Numa ordem do tipo normativo toda prescrição não tem a forma de uma coerção estática. O direito social não se obriga a sancionar rigorosamente aquilo que infringe suas próprias leis. Por um lado, porque os seus enunciados não obedecem à partilha binária do permitido e do proibido; e em seguida porque ele se caracteriza por uma gestão flexível da coerção, a qual ele se adapta, por assim dizer, a quantidade aos fins perseguidos e às situações de sua aplicação”<sup>84</sup>.

Para Cangulhem e também Ewald, a norma não pode ser pensada fora de um processo de normalização. Ela remete a um processo de valorização que reflete a maneira pela qual um ser vivo (ou organismo vivo) se relaciona com o seu meio. Cangulhem denomina o princípio de valorização pelo qual um sujeito (indivíduo ou grupo) dá sua preferência ou repúdio a algo, discriminando o bem do mal, *princípio de normatividade*. O próprio conceito de normatividade na medicina, segundo Cangulhem, define-se a partir da capacidade de normatividade do indivíduo: “O doente não é anormal por ausência de norma, mas por incapacidade de ser normativo”<sup>85</sup>. É neste sentido que a anormalidade não pode ser dita a partir de um critério que seja totalmente exterior ao indivíduo doente. Para ele, “não existe fato que seja normal ou patológico em si. A anomalia e a mutação não são em si mesmas patológicas. Elas

84 EWALD, F., 1986, p. 587, grifo meu. Sobre o conceito de poder em Foucault e Ewald, ver meu artigo “Foucault: o poder e o direito”, publicado na Revista Tempo Social, v. 2, n.1, 1990, e republicado nesta coletânea.

85 CANGULHEM, G., 1982, p. 120.

exprimem outras formas de vida possíveis. Se essas normas forem inferiores – quanto à estabilidade, a fecundidade e à variabilidade de vida – às normas específicas anteriores, serão chamadas patológicas. Se, eventualmente, se revelarem equivalentes – no mesmo meio – ou superiores – serão chamadas normais. *Sua normalidade advirá de sua normalidade*<sup>86</sup>.

A norma é uma forma de instituir uma objetividade que possa orientar a sua aceitação e crítica e, deste modo, organizar o jogo normativo que é estabelecido entre os polos rivais (no plano da política, entre os amigos e os inimigos). Por tal motivo, conforme foi dito anteriormente, a *norma* não é exterior às relações sociais que ela mesma mede e objetiva.

Importa ainda notar que uma norma remete a outras normas. As normas são relativas umas às outras dentro de um sistema, pelo menos em potência. A norma encontra o seu “fundamento” (jamais no sentido forte que Hayek atribui a tal termo) na medida em que se articula com outras normas<sup>87</sup>. Ewald observa que a norma mesmo sendo subjetiva não se define a partir de um puro subjetivismo, visto que as médias e regularidades estatísticas lhe conferem uma certa objetividade num determinado tempo e espaço, i.e., num

86 CANGUILHEM, G. *Le Normal et le Pathologique*. Paris, 1966, p. 113, grifo meu, citado por EWALD, F., 1986, p. 590.

87 É interessante observar que diferentemente da tese de um “descontinuísmo radical” de J.F. Lyotard, Ewald afirma que a objetividade da norma é dada por sua referência a outras normas. Dentro da terminologia wittgensteiniana empregada por Lyotard, haveria uma absoluta descontinuidade entre os jogos de linguagem (racionalidades regionais). Para Lyotard os jogos de linguagem são incommensuráveis (LYOTARD, J.F., 1986, p. 73 e 83). Apenas o poder seria o critério que ofereceria a medida no interior de um jogo de linguagem. Somente o poder determinaria o que é a verdade e a justiça. “Os jogos de linguagem denifica vão tornar-se jogos de ricos, onde os mais ricos têm mais chances de ter razão” (LYOTARD, J.F., 1986, p. 81). Ewald refere-se a uma estrutura de poder-saber pela qual a justiça se determina, não se tratando, portanto, da substituição de uma epistemologia por uma “kratologia”, conforme nos quer fazer crer o livro de J. Merquior sobre Foucault (*Michel Foucault ou o Nihilismo de Cátedra*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, em especial p. 165 e s).

determinado contexto. Por outro lado, a norma não tem como para Kant uma referência absoluta interna no sujeito que permite a este estabelecer uma referência universal.

O conceito de *norma* permite também que se proceda à crítica de alguns dos fundamentos que orientam os sociólogos da *Rational Choice* presentes em obras como a de M. Olson<sup>88</sup>, no qual Hayek muito se apoia. Para tais sociólogos, que apoiam suas análises em avaliações das ações coletivas guiadas segundo uma razão instrumental, um processo de normalização seria um processo de racionalização visando uniformização de papéis, objetos e técnicas o qual seria ordenado por uma busca da objetividade do melhor, mais simples, econômico, eficaz etc. do ponto de vista da organização. Ora, a partir da análise do conceito reflexionante de norma poder-se-ia, dizer, parafrazeando Ewald, que há uma espécie de “fetichismo da norma” na medida em que a normalização se caracteriza precisamente pelo fato de que ela não está referida à objetividade de um objeto (tal como quer a “Rational Choice”), à sua forma pura ou ideal, mas somente à interação de uma multiplicidade de exigências convergentes e concorrentes.

Desse modo, o conceito de racionalidade (a partir do qual se definirá o conceito de ação racional) assumido pelos sociólogos da *Rational Choice*, por M. Olson e Hayek, seria essencialmente o mesmo, cabendo a estes autores, portanto, a crítica formulada por Ewald. É neste sentido que a normalização, como foi anteriormente afirmado, é um tipo específico de racionalização. Para ele, “normalizar consiste em determinar uma referência ou um modelo para um objeto ou uma atividade. A operação tem duas características notáveis. A escolha da norma, *primeiramente procede uma decisão necessariamente arbitrária em relação àquilo que o objeto de normalização faz*. Se há necessidade de uma norma, é porque não há uma referência natural para este objeto. A decisão normativa se dirige, a seguir, a uma coletividade de atividades solidárias e concorrentes. A *norma*

88 OLSON, M. *The Logic of the Collective Action*. Cambridge: Harvard University Press, 1965.

fixará a sua objetividade a qual lhes permitirá articularem-se umas às outras”<sup>89</sup>.

François Ewald resume os pontos fundamentais que o levam a pensar a norma como o tipo de racionalidade que ordena as sociedades de segurança. São eles:

(1) *A norma constitui um princípio de totalização sem universal*. Do ponto de vista da norma há apenas particularidades em conflito. A norma constitui uma medida cambiante que varia de acordo com a mudança de uma situação de hegemonia que uns estabelecem frente aos outros. Por tal razão a norma exprime um consenso que permitiu uma estabilização precária que mantêm momentaneamente o equilíbrio social.

(2) *O princípio do equilíbrio*. As normas por serem plurais e não únicas, e nem sequer redutíveis a um princípio fundador único, produzem-se no interior de um processo normativo *polêmico* (no sentido etimológico da palavra). “Uma ordem normativa institui uma espécie de competição entre o bom ou o melhor, competição dentro da normatividade. (...) O Bem está sempre por ser descoberto. Ele é menos um objeto do que um processo: processo de melhoramento que não se pode definir senão como procedimento – capacidade de exprimir o equilíbrio sempre em movimento dos interesses que estão presentes – e não como um fim assinalável”<sup>90</sup>. O equilíbrio designa a forma pela qual os direitos e deveres serão balanceados no interior de uma dada sociedade. A norma “é filha de uma sociedade conflitual” e o seu papel é o de manter aberto o jogo político estabelecido entre os grupos e interesses. Por tal fundamento, a justiça passa a definir-se em termos de uma política do direito que reflète o conflito social<sup>91</sup>. Assim sendo, o direito assume um caráter

prudencial, constituindo-se a partir de uma lógica que não deixa de levar em consideração os efeitos que a aplicação da norma produzirá na realidade.

(3) *A norma assume um papel análogo ao papel de que o conceito de contrato social tinha para o pensamento clássico*. Ela consiste numa forma de produzir a objetividade (como o contrato social o era), que não mais dispõe, todavia, de uma referência objetiva (como o era a estrutura a priori da Razão Pura ou a referência da harmonia de um *evolucionismo* (Natural). Ela não tem o seu lugar no sujeito, visto que a própria noção de sujeito individual de direito entra em crise, mas sim no fato das solidariedades. Neste sentido compreende-se a afirmação de Ewald de que “a norma suposta como exprimindo o estado de equilíbrio da sociedade, toma o lugar da vontade geral num espaço político onde não há mais generalidade possível”<sup>92</sup>. Daí ser a norma, assim como a vontade geral de Rousseau, necessariamente sempre certa e justa (Note-se, entretanto, que os conceitos de certeza e justiça não permanecem os mesmos nesta nova *epistémé*).

(4) *O social torna-se a medida de todas as coisas*. Assim, “a norma testemunha a formação de um novo tipo de relação saber-poder. O poder deverá agora exercer-se sem referência a uma natureza das coisas, o poder remete-se apenas à imagem de seu próprio exercício. Nada existe senão como correlato de uma relação de poder”<sup>93</sup>. O saber da norma é de tipo solístico: “uma coisa somente começa a existir a partir do momento em que ela é querida, investida por um interesse, designio de uma vontade de poder”. Neste momento vê-se com clareza que o solo epistemológico de Ewald é radicalmente distinto daquele de Hayek. A própria noção de verdade, que autores consideram como sendo da mesma natureza que o conceito de justiça, não se define, para Ewald, a partir de um conceito racional universal de razão ou de opinião enquanto “senso comum”, bom senso, mas sim a partir de um contexto de seu uso, o qual jamais será imune às relações de poder existentes (pelas quais ela inclui-

89 EWALD, F., 1986, p. 592, grifo meu.

90 EWALD, F., 1986, p. 593, grifo meu.

91 Ewald assume a concepção schmittiana de política e também analisada por F. Hayek, pela qual a política define-se a partir da organização de um conflito que distingue logicamente as categorias de amigo e inimigo. Sobre o assunto, veja-se, de minha autoria, *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2011, em especial, capítulos II e III.

92 EWALD, F., 1986, p. 595.

93 EWALD, F., 1986, p. 595.

ve se define). Para Ewald, “a questão do ser ou da verdade não é mais pertinente em política: pouco importa, com efeito, o ser daquilo que é, que ele seja apenas aparência frente àquilo que é desejado. Pode-se dizer tudo, pensar tudo, afirmar tudo, a verdade dos enunciados tenderá ao seu modo de recepção pelo auditório”<sup>94</sup>. Ewald retoma, assim, o projeto foucaultiano de elaboração de uma *genealogia da verdade*, i.e., análise de como a produção do saber articula-se com a natureza do dispositivo político no interior do qual se gera. As “pretensões de validade” (Habermas), i.e., os critérios de verdade e justiça, definem-se no plano da pragmática, o qual é sensível às relações de poder existentes.

O poder torna-se o problema básico da filosofia política e o motivo pelo qual os homens naturalmente livres se submetem a um poder soberano passa a ser a sua pergunta básica. Agora, visto que nada pode ser verdadeiro, visto que tudo é marcado por uma arbitrariedade irreduzível, o que é tornar o poder aceitável? Chega-se ao problema da legitimação da verdade (justiça), o qual deve ser tomado num sentido crítico, i.e., jamais se esquecendo que o seu “fundamento” consiste numa relação de poder, que é sempre em algum sentido parcial e opressiva<sup>95</sup>.

Importa notar que Hayek e Ewald reconhecem no conceito de opinião um dos pontos basilares para uma definição de justiça. Todavia muito diversos são os sentidos em que cada um deles empressa a este termo. Hayek pensa o conceito de opinião, partindo de uma postulação humeana, como sendo certo bom senso universalizável, i.e., como sendo o “senso comum”. Neste sentido, a opinião refletiria o senso comum corrigido pela razão (pouco importa que ela não seja pensada como uma razão pura), o qual não se confundiria com a “opinião da maioria”. Pois bem, é exatamente neste segundo sentido que Ewald compreende a opinião. Ela configura o pensamento hegemônico num determinado contexto, o qual orien-

94 EWALD, F., 1986, p.595.

95 A propósito, ver o artigo Soberania e Disciplina, de M. Foucault, in *Microfísica do Poder*, Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 179-191.

ta a constituição de um poder-saber cujo papel fundamental na estruturação da ordem normativa já foi discutido.

(5) *Uma retórica jurfática*. Visto que o processo de produção da verdade implica um trabalho que visa a produção de uma opinião, o discurso da norma ganha um caráter retórico. Para Ewald, “a opinião, a condensação da intersubjetividade sobre uma ideia é o grande regulador de uma *ordem normativa*, o único critério de verdade. A *norma* secreta a opinião como o único juiz possível de seu valor”<sup>96</sup>. Assim, a opinião assume o papel do antigo direito natural no interior de uma ordem normativa. Fácil perceber o enorme papel que terão os meios de comunicação enquanto meios na formação de opinião e, neste sentido, de controle do saber-poder de tipo normativo.

(6) *Tudo é político*. Uma vez que a norma tem um princípio de comensurabilidade de natureza política, a política transforma-se na moeda universal que torna comensuráveis o econômico e o político, que permite ponderar, por exemplo, a existência de prioridade governamental na construção de um hospital ou de uma estrada. A política como medida comum que é autorreferente tem como princípio a *dissuasão*.

A dissuasão consiste neste regime de constituição da verdade no qual as palavras não mais dependem de uma referência objetiva, mas de um mero reportar-se ao outro. A política nuclear internacional é um bom exemplo de política dissuasiva, na qual as armas servem para não serem usadas, mas apenas para influenciar no cálculo das intenções dos poderes envolvidos. Assim, a legitimação política passa a pautar-se pelo dissenso tolerável pelo sistema social<sup>97</sup>.

Pode-se dizer que para Ewald o Direito Internacional cada vez mais serve de modelo para pensar o direito interno. A lógica que articula o direito social manifestava-se de maneira mais clara no

96 EWALD, F., 1986, p. 596.

97 Análise muito próxima é elaborada por Niklas Luhmann, especialmente em seus trabalhos *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora UNB, 1980 e *Sociologia do Direito*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, v. I e II.



direito internacional desde há muito. Não é por outra razão que a própria discussão acerca da existência mesmo do direito internacional tenha tido um certo destaque nas discussões jurídicas. Importa notar as dificuldades encontradas para a sua formulação tanto por parte dos positivistas (que muitas vezes não hesitaram em afirmar peremptoriamente a sua inexistência) quanto da parte dos jusnaturalistas que sempre colocavam-se numa situação incômoda ao pretender discutir a realidade das relações diplomáticas à luz dos princípios gerais do Direito Natural das Gentes.

### 3. O NOVO SOLO EPISTEMOLÓGICO DO DIREITO SOCIAL

Não deixa de ser curioso que Ewald e Hayek estabeleçam (no plano imaginário deste trabalho) um debate análogo ao de Popper e Kuhn acerca da existência de critérios racionais não históricos (e neste sentido, *a priori*, para a demarcação da ciência (Popper) ou saber se os critérios de cientificidade se definem no interior de um paradigma (conceito que não esconde sua proximidade com a noção foucaultiana de *epistémé*). Mas afinal, Kuhn apoia o seu método de análise da história das ideias em Koyré, para quem reconhece sua dívida, que pertence à mesma tradição filosófica francesa a que me referi anteriormente. Quanto a Hayek e Popper, a relação é direta, como foi anteriormente apontado.

Hayek tem consciência de que escreve, de certo modo, “a história dos vencidos”<sup>98</sup>, uma vez que sabe que a sociedade contemporânea distancia-se cada vez mais do seu ideal liberal (muito embora Hayek argumente, não raro de maneira panfletária, em favor da viabilidade e racionalidade de uma política liberal). Este coerente liberal libertário assume então a perspectiva de um senhor que lucidamente observa o desmoronamento da ordem liberal e com ela vê a morte do direito e da liberdade atestando-se o óbio

98 Na feliz imagem utilizada por G. Lebrun em seu artigo sobre o livro de Hayek, *A vingança do “Bom Selvagem?”*, publicado no *Jornal da Tarde* em 5-5-1984.

também da democracia e da justiça. A lógica dicotômica de seus argumentos leva-o a uma visão maniqueísta das alternativas de evolução da sociedade pós-liberal: Ou Liberalismo ou Socialismo, ou Democracia ou Totalitarismo. O Estado Providência não se lhe apresenta como uma terceira configuração histórica possível. Mas como compreender uma miopia tão grande da parte de um liberal tão arguto? Penso que a “miopia” por não enxergar a alternativa do Welfare State é fruto da coerência do pensamento de Hayek. As exigências de Hayek para com um conceito de justiça, verdade e razão ainda são demasiadamente grandes para que ele possa enxergar tais conceitos na sociedade pós-liberal. A racionalidade regional instaurada pela norma padece de uma debilidade e instabilidade tamanha que apresenta-se aos olhos de Hayek como pura barbárie, que será realizada sob o signo e suporte ideológico do Socialismo, este pensamento que sucumbiu às tentações do racionalismo construtivista.

Os argumentos apresentados por Ewald são certamente engenhosos e nos levam a reavaliar a ideia da existência de uma pura barbárie na sociedade pós-liberal. Todavia, diante de diversos fenômenos observados pelos sociólogos do direito valeria a pena pensar com mais cuidado a hipótese de estarmos vivendo uma verdadeira barbárie, no sentido de um mundo sem regras e regulado de forma *ad hoc*. Sem dúvida as exigências de Hayek não podem ser atendidas numa sociedade como a nossa. Todavia, será que as exigências de uma racionalidade que tem como princípio a norma é de fato o que encontramos em contextos políticos em que o Estado Providência ainda não se constitui tal como nas sociedades capitalistas avançadas? Será que no contexto dos países que não contam com instituições que organizem o debate público (esfera pública, como preferem alguns autores) o modelo de explicação mais poderoso ainda não é o de que o direito é apenas o produto de um ato de vontade do poder soberano? Em outras palavras, será que nestes contextos o modelo jurídico de inspiração hobbesiana retomado pela tradição positivista (incluindo nesta também o pensamento de Carl Schmitt) ainda não nos oferece uma alternativa explicativa mais satisfatória? Neste sentido, estaria a análise de Ewald viciada pelo ponto de vista de um europeu que não tem olhos

para perceber a natureza do fenômeno jurídico na maioria dos países do terceiro mundo?<sup>99</sup>

A analítica do direito descrita por Ewald não se enfraquece diante de tal tipo de objeção. Ele não desconhece os riscos a que uma ordem normativa está sujeita de cair, como por exemplo, succumbir a um regime político autoritário ou totalitário e, deste modo, vir a vontade do poder soberano a ser (ao menos momentaneamente) a única fonte da legalidade. Todavia, mesmo num tal regime, necessita-se de uma estrutura de denominação que garanta um mínimo de estabilidade. É então, neste momento, que o modelo da ordem social normativa recupera o seu poder explicativo. Toda sociedade pós-liberal necessita de uma estrutura de legitimação. Se é certo que a tese de Schmitt de que “soberano é quem decide do estado de exceção” é convincente, não menos certo é, o próprio Schmitt o admite, toda ordem jurídica pressupõe uma normalidade<sup>100</sup>. A justiça social enquanto uma racionalidade regional regulada pela norma constitui-se num dos conceitos-chave para a compreensão deste processo de legitimação.

Com isto, concluo, após um longo percurso feito a partir de dois autores “paradigmáticos”, que o conceito de direito social somente ganha sentido, e portanto deixa de parecer um *nonsense*, na medida em que se reconhece o novo solo epistemológico sobre o qual se constitui. Em outros termos, poderíamos dizer que o conceito de direito social somente ganha suas condições de sentido no interior do *jogo de linguagem* do Estado Providência. No *jogo de linguagem* liberal direito social não poderia soar como algo mais significativo do que “o círculo quadrado”. O engenhoso trabalho de Hayek dá conta de demonstrar tal fato.

99 Neste sentido ver o belo opúsculo de Gérard Lebrun, *O que é poder?* São Paulo: Brasiliense, 1984.

100 Ver de Carl Schmitt, *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens* (Sobre as três formas do pensamento jurídico). Hamburg: Hansersche Verlaganstalt, 1934. Tradução brasileira in: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto, Carl Schmitt e a fundamentação do direito. 2. ed. São Paulo: Sarai-va: 2011, p. 131-176.

Sabemos agora que o conceito de direito social reporta-se a uma *nova epistemé* nascida com o Estado Providência. Não se trata, pois, de um ramo do direito, mas sim um novo jogo de linguagem. Nesse jogo de linguagem, ou jogo jurídico, todo conteúdo pode tornar-se jurídico, inclusive o direito subjetivo. Deve-se notar, contudo, que o conceito clássico de direito subjetivo, essencial à teoria clássica do direito, não mais poderá conter a sua aspiração de universalidade, e tampouco poderá ancorar-se na suposição da possibilidade de existência de um único sujeito universal de direito. Este esquema somente se tornava plenamente coerente no interior de um solo epistemológico liberal de tipo hayekiano<sup>101</sup>.

#### ( REFERÊNCIAS )

BOBBIO, N. *Locke e il giustnaturalismo*. Torino: Giappichelli, 1963.

\_\_\_\_\_. *Thomas Hobbes. Rio de Janeiro: Campus, 1991.*

CANGUILHEM, G. *O Normal e o Patológico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982.

EVANS PRITCHARD, E. E. *Os Nuer*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1978.

EWALD, F. *L'État Providence*. Paris: Grasset, 1986.

\_\_\_\_\_. *A Concept of Social Law*. In: *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin: European University Institute, 1985, p. 40-75.

FARIA, J. E. (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAZ JR., T. S. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* Disponível em <http://academico.direito-rio.fgv.br/cdmw/imagens/3/31/II-texto3-Tercio.pdf>. Acesso em 15 out. 2012.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Forense, 1978.

101 Sobre tal questão ver os já citados trabalhos de Tercio Sampaio Ferraz Jr. *Introdução ao Estudo do Direito*. Técnica, Decisão, Dominação, São Paulo: Atlas, 1988, especialmente p. 93 e s. e de Weber e ainda de Niklas Luhmann o ensaio *Sulla Funzione dei "diritti soggettivi"*, in *La Differenziazione del Diritto*. Bologna: Il Mulino, 1990, p. 299-314.

- \_\_\_\_\_. *O conceito de sistema no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão. Dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.
- FOUCAULT, M. *As palavras e as coisas*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Soberania e Disciplina*. In: *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 179-191.
- \_\_\_\_\_. *Arqueologia do saber*. Petrópolis/Rio de Janeiro, Vozes/Forense Universitária, 1986.
- GERNET, L. *Droit et Institutions en Grèce Antique*. Paris: Ed. Flammarion, 1982.
- GIANNOTTI, J. A. *Identidade e Soberania Popular*, mimeo, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Exercícios de Filosofia*. Petrópolis: Vozes, 1980.
- HAYEK, F. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985, v. I, II e III.
- \_\_\_\_\_. *Os fundamentos da liberdade*. São Paulo: Visão, 1983.
- HIRSCHMANN, A. *Saída, Voz e Lealdade*. São Paulo: Perspectiva, 1973.
- KERVEGAN, J.-F. Existirá uma filosofia política liberal? Observações sobre as obras de J. Rawls e F. Hayek. In: BARBOSA FILHO, Balthazar (et al.) *Filosofia Política*, n. 6, Porto Alegre: L&PM, 1991.
- KOYRÉ, Alexandre. *Estudos de História do Pensamento Científico*. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: UnB, 1982.
- KUHN, THOMAS. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1994.
- LAKATOS, Imre; MUSGRAVE, Alan (Orgs.). *A crítica e o desenvolvimento do conhecimento*. São Paulo: Cultrix-Edusp, 1979.
- LEBRUN, G. A vingança do "Bom Selvagem?", *Jornal da Tarde*, 5-5-1984.
- \_\_\_\_\_. *O que é poder?* São Paulo: Brasiliense, 1984.
- LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora UnB, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, v. I e II.
- \_\_\_\_\_. *Sulla Funzione dei "diritti soggettivi"*. In: *La Differenziazione del Diritto*. Bologna: Il Mulino, 1990.

{ 106 }

- LYOTARD, J.F. *O Pós-Moderno*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1986.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MACHADO, Roberto. *Ciência e Saber*. A trajetória da arqueologia de Michel Foucault. Rio de Janeiro: Graal, 1982.
- MAGGEE, B. *As ideias de Popper*. São Paulo: Cultrix, 1978.
- MERQUIOR, J. *Michel Foucault ou o Nihilismo de Cátedra*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.
- NORTON, D. F. *David Hume: Common-Sense Moralist*. Sceptical Metaphysician. Princeton: Princeton University Press, 1982.
- OLSON, M. *The Logic of the Collective Action*. Cambridge: Harvard University Press, 1965.
- POPPER, K. *A Sociedade Aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1945.
- \_\_\_\_\_. *A Lógica da Descoberta Científica*. São Paulo: Cultrix, 1934.
- SCHMITT, C. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Hamburg: Hanseatische Verlaganstalt, 1934.
- VILLEY, M. *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. Paris: Monchrestien, 1975.
- WEBER, M. *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

{ 107 }