

Renata Rodrigues Ramos

**O DIREITO DE FUMAR NA PERSPECTIVA JUSFILOSÓFICA
DE FRIEDRICH VON HAYEK: UMA CRÍTICA ÀS
RESTRICÇÕES AOS LOCAIS DE CONSUMO NO BRASIL**

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Doutora em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

Florianópolis
2016

Ramos, Renata Rodrigues

O direito de fumar na perspectiva jusfilosófica de Friedrich von Hayek: uma crítica às restrições aos locais de consumo no Brasil / Renata Rodrigues Ramos; orientador, Horácio Wanderlei Rodrigues - Florianópolis, SC, 2016.

235 p.; 21cm

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito de Fumar. 2. Liberalismo. 3. Constitucionalismo. 4. Friedrich von Hayek. I. Rodrigues, Horácio Wanderlei. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Renata Rodrigues Ramos

**O DIREITO DE FUMAR NA PERSPECTIVA JUSFILOSÓFICA
DE FRIEDRICH VON HAYEK: UMA CRÍTICA ÀS
RESTRICÇÕES AOS LOCAIS DE CONSUMO NO BRASIL**

Esta Tese foi julgada adequada para obtenção do Título de “Doutora em Direito”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2016.

Prof. Dr. Arno Dal Ri Jr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

Profa. Dra. Andrea Luisa Buchile Faggion
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. Arnaldo Bastos Santos Neto
Universidade Federal de Goiás

Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra
Universidade Federal de Santa Catarina

Profa. Dra. Grazielly Alessandra Bagenstoss
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen
Faculdade Meridional

Para Marco
cuja diferença me faria desistir de
bom grado de toda a uniformidade deste mundo.

AGRADECIMENTOS

Minha maior conquista são os meus amigos. Tenho profunda admiração e carinho pelas pessoas de valor inestimável que compartilham seus valores comigo. Caso exista algum mérito em encerrar este processo, devo aos meus amigos o suporte intelectual e emocional que me concederam também no período do Doutorado.

Agradeço ao meu marido, Marco Aurélio, pelo presente que me oferece todos os dias ao dividir sua riqueza interior comigo. Somente almas livres como a sua, meu amor, podem dar às outras o valor mais soberano dentre os valores: a liberdade. Você é um liberal de nascença, um genuíno espírito livre, o ser humano mais inspirador que conheci. As suas intuições e a sua genialidade em liberalismo econômico me conduziram ao estudo da obra Friedrich von Hayek, autor que mais impactou minha atividade intelectual. As maiores lições de autonomia moral que recebi foram as suas, porque jamais se deixou seduzir pelos pequenos poderes que levam tantos a cair de joelhos na construção de castelos de cartas. Aprendo pelo seu exemplo a beleza que é a busca do conhecimento como um fim em si mesmo, e não como um trampolim para a conquista de um espaço de poder qualquer. O cuidado e a sensibilidade que possui em relação a todos os indivíduos, sem qualquer distinção, são de uma beleza poética. Obrigada pelo companheirismo e pelo apoio desmedidos nestes 15 anos, e por compreender minha ausência durante a elaboração do trabalho.

Ao Professor Horácio Wanderlei Rodrigues, minha sincera gratidão. Se não fossem sua gentileza e atenção ímpares, este estudo não teria chegado a termo. Agradeço por ter me deixado livre para perscrutar os caminhos intelectuais mais apropriados ao marco teórico que elegi, e por me orientar com extrema responsabilidade. Foi também pela participação no Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI) que encontrei a coragem e o estímulo para lidar com os desafios do Doutorado.

À minha família querida, em nome de Bento, Cleusa, Luana e Rafael. Obrigada pela alegria que me concedem em compartilhar os bons momentos da vida, e por me oferecerem apoio irrestrito nos momentos de dificuldade.

Ao Desembargador Cláudio Barreto Dutra e a sua equipe, nas pessoas de Daiana Souto, Elysabeth Pruchneski e Ricardo França, pelo auxílio que me ofereceram nestes quatro anos de estudos. Foi sobretudo em razão do apoio de vocês que consegui conciliar meu labor às

atividades acadêmicas. Sou profundamente grata à sensibilidade e ao cuidado que tiveram comigo.

Minha enorme gratidão aos professores da Filosofia: Alberto Oliva, Andrea Faggion e Delamar Dutra. A afirmação de Kant quanto à cabeça de madeira de uma doutrina do Direito meramente empírica, uma cabeça talvez bela, mas sem cérebro, faz com que eu permaneça ciente das limitações metodológicas do Direito na maioria dos temas, e também de minhas limitações intelectuais, e almeje aprender um pouco com as luzes da Filosofia. Agradeço pela virtude muito bela que todos vocês possuem, que é a sabedoria ao contrário do mero intelecto, e pelo espírito desprezioso, leve e elegante com que se movimentam no mundo.

Aos professores da Economia, das Relações Internacionais e da Sociologia: Adriano Gianturco, Antony Mueller, Carlos Pio, Carlos Sell, Fábio Barbieri, Felipe Rosa, Jean Castro, Lucas Azambuja, Mansueto Almeida, Roberto Ellery, Rodrigo Penalzoa, Ronald Hillbrecht e Ubiratan Iorio. Como neófito nos estudos em Economia, pude contar com os seus preciosos ensinamentos em relação a esta disciplina tão apaixonante.

Aos professores do Direito: Adrualdo Catão, Airton Seelaender, Alexandre Rosa, André Ichiro, André Ramos, Arnaldo Bastos, Bruno Salama, Cristiano de Carvalho, Daniel Marchiori, Diogo Costa, Fabiano Pires Castagna, Fábio Almeida, Guilherme Marquez, Hugo Segundo, Hugo Vieira, Jean Carlos, Jeanine Philippi, João dos Passos, Lucas Mendes, Márcio Vicari, Paulo de Macedo, Pedro Cabral, Rafael Saldanha, Ricardo da Silva e Rodrigo Marinho, agradeço por me estimularem a perceber o Direito como um fenômeno bem mais complexo do que minhas leituras ingênuas um dia me fizeram supor, e por me fazerem duvidar de minhas próprias intuições todos os dias.

Agradeço ao Instituto Mises Brasil, na pessoa de seu Presidente Hélio Beltrão. O papel do Instituto Mises foi fundamental para a confecção deste estudo, uma vez que as ideias da liberdade ainda possuem pouco espaço no Brasil. O trabalho de divulgação e de compilação de material de extrema qualidade faz do Instituto o *think thank* mais comprometido com as liberdades econômicas e políticas na atualidade brasileira. Em nome de Alex Catharino, André Ramos, Antony Muller, Bruno Garschagen, Fábio Barbieri, Fernando Ulrich, Geanluca Lorenzon, Leandro Roque, Rodrigo Marinho e Ubiratan Iorio, minha sincera gratidão.

Aos amados amigos Ângela Guida, Carla Maricato, Danilo Christiano, Luana Heinen, Luiza Christmann e Macell Leitão. O carinho

e a admiração que nutro por vocês não possuem medidas. Somente em um ambiente de profundo respeito e amor é possível que as divergências construtivas encontrem espaço. Obrigada por me fazerem perceber minhas limitações, por se movimentarem com tanta seriedade, por serem tão corretos e tão íntegros, por me incentivarem nos momentos mais difíceis, por se devotarem ao conhecimento como fim em si mesmo. Em um mundo em que a superficialidade parece sufocar todas as possibilidades de uma amizade verdadeira, vocês me mostram que é possível ter um amigo e ser um amigo.

Às amigas queridas Alessandra Corrêa, Anne Schmitz, Caroline Veloso, Daniella Zambonetti, Franciny Senra, Letícia Filomeno, Monike Póvoas, Natieli Barni e Suellen Franca. Emociona-me saber que, a exemplo de vocês: “Há gente que, em vez de destruir, constrói; em lugar de invejar, presenteia; em vez de envenenar, embeleza; em lugar de dilacerar, reúne e agrega” (Lya Luft).

Ao amigo Adriel Santana, pela parceria nos estudos e pelo enorme auxílio que me concedeu, sobretudo com a localização de bibliografia e elucidação de conceitos, também no grupo virtual Liberalismo Jurídico. Agradeço pelas conversas estimulantes sobre a *humanidade do homem*, em especial sobre os trabalhos de George Orwell. Lembro-me do dia em que me fez recordar desta frase de 1984: “– How does a man assert his power over another, Winston? Winston thought. ‘By making him suffer’”. Obrigada, amigo, pelo suporte e pela boa parceria.

Aos amigos Gabriel Oliva, Mateus Bernardino, Pedro Pupo e Rodrigo Couto minha gratidão pelo apoio em relação às dificuldades terminológicas de certos textos. Obrigada também pelos materiais, esclarecimentos e traduções.

Aos amigos do NECODI: Adriana Lacerda, Amanda Muniz, Andrea Alanis, Andrea Marroco, Gabriela Bechara, Ione Nunes, Leilane Grubba e Thalita da Silva. Obrigada pelos bons momentos, e pelo coleguismo nas tardes com café, bolos e estudos em nosso grupo.

Aos amigos que conheci na Pós-Graduação: Arthur Dalmarco, Bárbara Thomaselli, Denise Pinheiro, Ernesto Roessing, Fernanda Lima, Fernando Nagib, Fernando Perazzolli, Gabriela Navarro, Guilherme Ricken, Gustavo Schiefler, Ig Queiroz, Isadora Vier, Ivan Baraldi, Grazielly Bagenstoss, Leonardo D’Avila, Lucas Konzen, Marcel Laurindo, Márcia De Fazio, tenho saudade do convívio criativo com cada um de vocês.

Ao Grupo Henry Maksoud, vinculado à rede Estudantes pela Liberdade, em nome de Arthur Hickel, Bráulio Cavalcanti, Bruno

Souza, Bruno Vieira, Celso Ferreira, Daiane Masson, Dioner Segala, Diordan Canonica, Eduardo Alves, Fábio Prá, Gabriel de Andrade, Giulia Baretta, Gustavo Ghisland, Ivan Cunha, Larissa Ferreira, Leon Emiliano, Mariana Prá, Manoella da Silva, Thayrã Rufino e a todos os demais, obrigada pela dedicação e pela parceria em trazer o liberalismo para Florianópolis e também para a UFSC.

Uma menção especial aos amigos liberais e libertários que me auxiliam nos mais diversos grupos que participo na *web*. A rede, esta maravilhosa ferramenta oportunizada pela ordem espontânea, conseguiu unir tantos desunidos e aproximar ideias afins.

Nesse contexto, agradeço, de modo muito especial, ao amigo Giacomino de Pellegrini. Akira Kurosawa disse certa vez que “em um mundo louco, só os loucos são sãos”. De fato, apenas *loucos* como você se conduzem por princípios morais em um mundo de fantasias, em que retóricas vulgares assumiram protagonismo no lugar da busca pela verdade. Sou muito grata a você pelo suporte intelectual em nossos debates sobre aborto, drogas, direitos, impostos, guerra, desigualdade etc. A despeito de seus modos nada convencionais, você é um farol de sabedoria e moralidade nos círculos liberais brasileiros. Obrigada amigo.

Ao Grupo Liberalismo Jurídico em nome de: Antônio Mariz, Armando Martins, Arnaldo Coelho, Arthur Miranda, Bianca Araújo, Breno Panetto, Edson Amaral, Erick Vizolli, Gabriela Lamb, Guilherme Cavalcanti, Gustavo Torres, Luciana Nominato, Pedro Eidt, Ricardo Frizzera, Valdenor Júnior, Vicente de Quadros e a tantos outros. Agradeço pelos materiais e pela circulação de informações importantes no âmbito do Direito.

Quando pequena, lembro-me de meu desejo em dividir meus momentos, sobretudo, com pessoas criativas e não conformistas. Creio ter encontrado muitas destas pessoas no grupo Ilumi-lib, a quem agradeço em nome de Artemis Wyrd, Cristiano Zabolotny, Daniel Coutinho, Daniela Guaraná, Davi Leite, Eduardo Lopes, Enrico Costa, Erick Vanconcelos, Felipe Trentin, Felipe Hermes, Gustavo Ferreira, Ivanildo Santos, Joel da Fonseca, Johnny Jonathan, Juliano Camargo, João Lang, Jopa Velozo, Leonardo Brown, Leônidas Villeneuve, Luan de Menezes, Lucas Medina, Maick Siqueira, Mano Ferreira, Marcela Akemi, Marco Costa, Paola Delfino, Rafael Arroyo, Raphael Moras, Renato Paredes, Ricardo Spreederman, Rodrigo Lima, Rodrigo Silva, Thiago Irineu, Vinícius Hickel, Vinícius Cintra, Wellington de Oliveira e a todos os demais parceiros. Vocês fazem meus dias mais alegres.

Aos técnicos administrativos Fabiano Dauwe, Maria Aparecida e Telma Vieira, agradeço a ajuda com os papéis e burocracias da UFSC e também pela cordialidade nestes anos de curso.

O modo mais eficaz de fazer com que todos sirvam ao sistema único de objetivos visado pelo plano social é fazer com que todos acreditem nesses objetivos. Para que um sistema totalitário funcione com eficiência, não basta que todos sejam obrigados a trabalhar para os mesmos fins: é essencial que o povo passe a considerá-los seus fins pessoais. Embora seja necessário escolher as ideias e impô-las ao povo, elas devem converter-se nas ideias do povo, num credo aceito por todos que leve os indivíduos, tanto quanto possível, a agir espontaneamente do modo desejado pelo planejador. Se o sentimento de opressão nos países totalitários é, em geral, bem menos agudo do que muitos imaginam nos países liberais, é porque os governos totalitários conseguem em grande parte fazer o povo pensar como eles querem.

(Friedrich von Hayek, 2010, p. 153)

RESUMO

Nas últimas décadas, houve uma guinada no sentimento social quanto ao consumo de cigarro em todo o mundo. Ao contrário de um passado próximo, em que o produto se associava ao *glamour* e à liberdade, no momento atual o fumo vincula-se à morte e à servidão. As evidências apontam para três circunstâncias como decisivas para o recrudescimento das políticas proibicionistas no âmbito do tabaco neste período: o nexos de causalidade entre cigarro e doenças, a ascensão do Estado interventor (*Welfare State*) e a intuição majoritária quanto ao conceito de democracia como *vontade da maioria*. Em 2014, no Brasil, novas regras ampliaram ainda mais as proibições aos locais de fumo com a redefinição do conceito de *recintos coletivos*, porquanto, desde 2011, os fumódromos encontram-se proibidos no país. A despeito da frequente alegação dos proibicionistas de que as leis promulgadas pretendem apenas proteger os fumantes passivos, as intervenções mais atuais em grandes centros urbanos, a exemplo da vedação ao cigarro em ambientes abertos em Nova York, parecem apontar para o caráter meramente moralizante das legislações. Diante deste quadro fático, o presente estudo se propôs a uma tentativa de oferecer fundamentos jurídicos para a proteção da esfera privada de interesses dos fumantes e também dos proprietários de estabelecimentos comerciais, em relação às intervenções estatais aos locais de consumo de cigarro. Não se pretendeu questionar a legitimidade, ou a veracidade, dos argumentos apresentados nos trabalhos científicos que relacionam certas enfermidades ao consumo de cigarros, uma vez que o nexos de causalidade entre cigarros e doenças foi compreendido como pressuposto dado. O intento da pesquisa foi circunscrever a questão do tabaco ao âmbito médico e desdobrá-la apenas excepcionalmente ao campo das discussões políticas. A importância do marco teórico escolhido, Friedrich von Hayek, vai ao encontro desta pretensão, uma vez que o autor enfatiza a importância da liberdade individual como princípio para a ação política. O fundamento em referência, para Hayek, é absolutamente neutro em termos de fins, uma vez que os indivíduos devem ser livres para perseguirem os mais diversos propósitos, desde que suas atividades encontrem respaldo na aceção muito peculiar que suas obras conferem ao conceito de Direito. Exsurgiu daí, portanto, a necessidade de exame quanto a eventuais danos à liberdade dos não fumantes nos locais de consumo. Conquanto o modelo de Constituição liberal oferecido por Hayek tenha norteado as investigações, a discussão

do tema, na doutrina brasileira, sucede na disciplina de teoria constitucional pelo viés dos direitos fundamentais. Com efeito, esta não foi a perspectiva de análise do presente estudo, que partiu da compreensão hayekiana de *constitucionalismo* como *limitação de poderes governamentais*, ao contrário de um possível enfoque que concebe a Constituição como fundamento da ordem jurídica (soberania da Carta Política). A pesquisa se propôs a uma crítica externa do texto constitucional brasileiro, em uma tentativa de conciliação apenas remota com os pressupostos internos do sistema constitucional pátrio. Nesse prisma, a conclusão foi pela existência de um direito de fumar no Brasil e pela constatação quanto à incompatibilidade das legislações que vedaram o cigarro em ambientes coletivos privados fechados, em relação ao princípio da liberdade (artigo 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88). Além disso, as recentes proibições também violaram o direito de propriedade (artigo 5º, inciso XXII da CRFB/88) e a livre iniciativa (artigo 170 da CRFB/88), uma vez que pertence à esfera privada dos proprietários a liberdade de receber em seus estabelecimentos apenas fumantes ou apenas não fumantes. Somente os ambientes mistos demandariam os fumódromos, pela defesa que se fez neste estudo. Também houve flagrante violação ao princípio da igualdade (artigo 5º, *caput*, e § 2º da CRFB/88), porquanto a lei trata de modo desigual indivíduos iguais. No que diz respeito aos ambientes coletivos abertos, o remate foi pela impossibilidade de promulgação de legislações restritivas no Brasil. Isso porque, a abordagem hayekiana do princípio da liberdade individual estabelece que as atividades privadas praticadas por adultos responsáveis, sem qualquer potencial nocivo à liberdade de terceiros, não podem sofrer interferências coercitivas. Para o autor, uma das características mais significativas que distinguem as sociedades livres das não livres é a preservação das esferas privadas desimpedidas de constrangimento diante da observância voluntária de normas pela maioria dos indivíduos. A experiência recente nos regimes totalitários, consoante Hayek, serve como alerta no sentido de se evitar a identificação da causa dos valores morais com a causa do Estado, a exemplo de saúde e da saúde pública.

Palavras-chave: Direito de fumar no Brasil. Liberalismo. Friedrich von Hayek. Constitucionalismo.

ABSTRACT

Over the past few decades, there has been a worldwide change in societal attitude towards tobacco consumption. Whereas in the near past cigarettes were associated with glamour and freedom, in present times smoking is linked to death and slavery. Evidence points to three decisive contributing circumstances for the upsurge of tobacco-related prohibitionist policies in this time span: the causal link between tobacco and diseases, the rise of the welfare state and the widespread understanding of the concept of democracy as the *will of the majority*. In 2014, in Brazil, new rules further increased the prohibition of public tobacco use based on the redefinition of the concept of *collective facilities*, as since 2011 designated smoking areas are banned in the country. Despite the frequent claim by prohibitionists that the enacted laws are meant only to protect secondhand smokers, more recent interventions in large urban centers, such as the prohibition of cigarettes in open spaces in New York, seem to point to a merely moralizing aspect to legislation. Given the current picture, the present study proposes an attempt to provide a juridical basis for the protection of the private sphere of interest both of tobacco users and of owners of commercial establishments against state intervention regarding legitimate environments for tobacco consumption. No attempt has been made to question the truthfulness or legitimacy of the arguments presented in scientific studies linking tobacco use to certain maladies, since the causal link between tobacco and diseases has been taken for granted. Research performed in the field has usually limited the issue of tobacco consumption to the medical field, delving only exceptionally into its political aspects. The choice of Friedrich von Hayek as a theoretical frame of reference is crucial to oppose that pretension, since the author emphasizes the importance of individual liberty as a principle of political action. According to Hayek, said principle is completely neutral in terms of ends, since individuals must be free to pursue a wide diversity of interests, as long as their activities find support in the very peculiar conception of Law that can be found in his works. The need thus arises to analyze possible infringements on the liberty of non-smokers in places of public tobacco consumption. Although Hayek's model of a liberal Constitution served as a basis for the investigation, public debate of the subject in Brazilian tradition takes place within the framework of a constitutional theory based on natural rights. Indeed, that has not been the perspective taken by the current study, which is grounded in the hayekian understanding of *constitutionalism* as a

delimitation of government powers, instead of the alternate view of the Constitution as the cornerstone of juridical order (as a sovereign political charter). The current study aimed at an external critique of the Brazilian constitutional text, attempting only a weak conciliation with the internal premises of the national constitutional system. This paper concludes that there is indeed a right to tobacco consumption in Brazil and deems the legislation that prohibits tobacco use in private enclosed collective facilities as incompatible with the principle of liberty (article 5th, § 2nd of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 - CRFB/88). Furthermore, the recent prohibitions also violate the right to property (article 5th, XXII of CFRB/88) and to free enterprise (article 170 of CFRB/88), since property owners are entitled in their own private sphere to admit into their establishments exclusively smokers as well as exclusively non-smokers. Based on the argument here presented, only mixed facilities would demand designated smoking areas. There has also been a blatant violation of the principle of equality (article 5th, *caput* and § 2nd of CFRB/88), since the law is treating equal individuals differently. As for open collective facilities, the conclusion was for the impossibility of the enactment of restrictive legislation in Brazil. The reason for that is that the hayekian approach to the principle of individual liberty establishes that private activities undertaken by responsible adults, without any potential harm to the liberty of third parties, may not suffer coercive interference. From Hayek's point of view, one of the most significant features that distinguish free from non-free societies is the preservation of private spheres free from constraint based on the willing adherence to social norms by a majority of individuals. The recent experiences of totalitarian regimes, according to Hayek, serve as a warning against the identification of the cause of moral values with the cause of the State, as is the case with the ideal of health and public health.

Keywords: Right to smoke in Brazil. Liberalism. Constitutionalism. Friedrich von Hayek.

RESUMÉ

Au long des dernières décennies nous avons constaté un retournement significatif du sentiment social concernant la consommation du tabac dans le monde. Contrairement à ce que se passait préalablement, quand la cigarette était associée au glamour et à la liberté, actuellement le tabagisme est relié à la mort et à la servitude. Les évidences historiques soulignent trois motivations comme étant les plus décisives pour la ascension progressive des politiques prohibitionnistes dans le cadre du tabagisme et au long de cette période : le lien de causalité entre des maladies graves et la consommation du tabac, l'ascension de l'Etat Providence (*Welfare State*) et l'intuition populaire concernant l'idéal de démocratie en tant que volonté de la majorité. En 2014, au Brésil, en instrumentalisant le concept de *lieux publics*, des nouvelles réglementations viennent allonger le cadre des prohibitions concernant la consommation du tabac et, dès lors, les places destinées aux fumeurs dans les espaces publics sont absolument interdites. Malgré l'allégation récurrente des prohibitionnistes que les lois promulgués veulent seulement protéger les fumeurs passifs, les nouvelles interventions dans les grands centres urbains et à travers le monde signalent un caractère purement moraliste des législations, comme l'illustre parfaitement l'interdiction de la cigarette en espaces ouverts à New York. Devant ces faits, cette étude s'est proposée une tentative d'offrir les fondements juridiques assurant la protection de la sphère privée des fumeurs et des propriétaires d'établissements commerciaux vis-à-vis des interventions étatiques dans des lieux de consommation du tabac. L'analyse n'a pas prétendu questionner la légitimité ou la véracité des arguments scientifiques associant certaines maladies à la consommation du tabac, une fois que les liens de causalité entre la cigarette et des troubles de santé ont été pris comme une donnée pré-supposée. L'objectif de notre recherche a été de circonscrire la question santé dans la sphère médicale, et nous concentrer ainsi exclusivement sur le terrain des discussions politiques. Le choix d'assiéger les fondements théoriques de l'analyse sur l'œuvre de Friedrich Von Hayek se concilie particulièrement bien avec cet objectif, une fois que l'auteur souligne l'importance de la liberté individuelle comme principe de référence pour l'action politique. Pour Hayek, ce principe de référence est absolument neutre en termes des *fins* particuliers des individus. Les individus doivent être libres de poursuivre les *fins* les plus diverses dès que ses activités trouvent support dans l'acception assez particulière que l'auteur confère à la notion de Droit

dans ses œuvres. Alors, il émerge de cela le besoin d'un examen plus rigoureux des éventuelles atteintes à la liberté des non-fumeurs dans les espaces de consommation. Bien que le modèle libéral de Constitution qui a été proposé pour Hayek ait servi de référence pour nos investigations, la discussion du thème, dans la doctrine brésilienne, se suit dans la discipline de la théorie constitutionnelle par le biais des droits fondamentaux. En effet, la perspective d'analyse part de la compréhension hayekienne de constitutionnalisme comme limitation des pouvoirs gouvernementaux, au contraire d'un possible approche voulant concevoir la Constitution comme seul fondement de l'ordre juridique (souveraineté de la Charte Politique). La recherche propose cependant une *critique externe* au texte constitutionnel brésilien, dans une tentative de conciliation seulement lointaine avec les *postulats internes* de son système de normes constitutionnelles. En respectant ce cadre d'analyse, la conclusion de l'étude signale l'existence d'un droit de fumer au Brésil et l'incompatibilité des législations interdisant la cigarette dans les espaces communs privés et fermés, au nom du respect du principe de liberté (art. 5, § 2 de la Constitution de la République Fédérale du Brésil de 1988 – CRFB/88). En outre, les prohibitions récentes violent aussi le droit de propriété (art. 5, XXII de la CRFB/88) et la liberté d'initiative (art. 170 de la CFRB/88), une fois qu'appartient à la sphère privée des propriétaires la liberté de recevoir uniquement des fumeurs ou non-fumeurs dans ses établissements. Selon la défense présentée dans cette étude, seulement les *lieux mixtes* de fréquentation demanderaient des espaces destinés exclusivement aux fumeurs. Il y a eu aussi violation flagrante du principe d'égalité (art. 5 *caput* et § 2 de la CFRB/88), une fois que la législation traite de façon égalitaire des sujets différents. La raison fondamentale de ces conclusions est que dans l'approche hayekienne du principe de liberté individuelle les activités privées pratiqués pour adultes responsables, sans quelconque potentiel nuisible à la liberté de tiers, ne peuvent souffrir des interférences coercitives. Pour l'auteur, une des caractéristiques les plus significatives qui distinguent les sociétés libres de sociétés non-libres est la préservation des sphères privées de liberté en dehors de contrainte et dans le respect volontaire de la majorité des individus aux normes civiles. Selon Hayek, l'expérience récente des régimes totalitaires sert d'alerte pour qu'on évite l'assimilation de la cause des valeurs morales comme cause d'État, à l'exemple de l'idéal de santé e de santé publique.

Mots-Clés: Droit de fumer au Brésil. Libéralisme. Constitutionnalisme. Friedrich Von Hayek.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABIFUMO – Associação Brasileira da Indústria do Fumo
ACT – Aliança para Controle do Tabagismo
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
AFUBRA – Associação dos Fumicultores do Brasil
CQCT – Convenção-Quadro para Controle do Tabaco
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
INCA – Instituto Nacional do Câncer
IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados
OMS – Organização Mundial da Saúde
PTA – Poluição Tabagística Ambiental
SINDITABACO – Sindicato da Indústria do Tabaco
SUS – Sistema Único de Saúde
WHO – World Health Organization

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	23
1.1	TEMA, PROBLEMA E HIPÓTESE	24
1.2	OBJETIVOS	25
1.3	JUSTIFICATIVA	26
1.4	METODOLOGIA DA PESQUISA E ESTRUTURA DA TESE	31
2	LIBERDADE DE FUMAR: UMA LEITURA HAYEKIANA	37
2.1	A LIBERDADE E O LIBERALISMO: PANORAMA PRELIMINAR	39
2.1.1	Contexto histórico do liberalismo de Friedrich von Hayek	49
2.2	ANTECEDENTES E INFLUÊNCIAS DE FRIEDRICH VON HAYEK	59
2.2.1	O liberalismo britânico dos <i>Old Whigs</i>: Locke e Burke	65
2.2.2	O Iluminismo escocês: David Hume, Adam Smith e Adam Ferguson	70
2.2.3	Kant, Tocqueville e Lord Acton	82
2.2.4	A Escola Austríaca de Economia	88
2.3	OS CONCEITOS ESSENCIAIS DO LIBERALISMO DE FRIEDRICH VON HAYEK	89
2.3.1	<i>Kosmos e Taxis</i>: a catalaxia	92
2.3.2	Leis e comandos	98
2.3.3	As normas das ordens espontâneas (organismos) e as normas das organizações	103
2.4	O VALOR DA LIBERDADE	104
2.4.1	Liberdade como ausência de coerção	106
2.4.2	A supremacia moral da liberdade	113
2.4.3	A liberdade individual como princípio moral para a ação política	114
2.4.4	Responsabilidade e liberdade	115
2.4.5	Liberalismo e democracia	118
2.5	O IMPÉRIO DA LEI	123
2.5.1	O significado da coerção	129
2.5.2	O império da lei como garantia aos direitos fundamentais	133
2.6	A ASCENSÃO DO TOTALITARISMO E DO <i>WELFARE STATE</i> COMO RESULTADOS DO DECLÍNIO DO <i>IMPÉRIO DA LEI</i>	133
3	O IMPACTO DA MUDANÇA DE PARADIGMA, QUANTO AO CONSUMO DO CIGARRO, NAS	

	REGULAMENTAÇÕES AO DIREITO DE FUMAR NO BRASIL	139
3.1	BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PERCURSO HISTÓRICO DO CONSUMO DE CIGARRO NO BRASIL .	140
3.2	A MUDANÇA DE PARADIGMA EM RELAÇÃO AOS CONSUMIDORES: DA GLAMOURIZAÇÃO À DEMONIZAÇÃO.....	145
3.3	O NOVO PARADIGMA COMO FUNDAMENTO ÀS INTERVENÇÕES ESTATAIS NAS QUESTÕES DO TABACO	149
3.4	TENTATIVA DE ERRADICAÇÃO DA DEMANDA POR CIGARRO NO BRASIL: RESTRIÇÕES AOS LOCAIS DE CONSUMO	152
3.4.1	O discurso proibicionista da ausência de responsabilidade individual no âmbito do tabaco	156
3.4.2	Objecção ao discurso proibicionista pela ausência de responsabilidade individual no âmbito do tabaco: a teoria do vício racional	158
3.4.3	Objecção moral ao discurso proibicionista da proteção à saúde pública	160
3.4.4	Objecção moral ao discurso proibicionista da insensatez do ato de fumar	166
4	A INCOMPATIBILIDADE DE LEGISLAÇÕES RESTRITIVAS AO DIREITO DE FUMAR EM RECINTOS COLETIVOS PRIVADOS FECHADOS E, EM AMBIENTES ABERTOS, NO BRASIL	173
4.1	CONSTITUCIONALISMO: UM VOCÁBULO, MUITOS SENTIDOS	173
4.1.1	O constitucionalismo de Hayek	179
4.2	FRAGMENTOS DE LIBERDADE NA CARTA POLÍTICA INTERVENCIONISTA DO BRASIL.....	181
4.2.1	Breves apontamentos sobre o debate dos direitos fundamentais	185
4.3	ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS AO IMPÉRIO DA LEI NO BRASIL	188
4.3.1	Princípio da legalidade	189
4.3.2	Princípio da igualdade	190
4.4	O DIREITO DE FUMAR	191
4.4.1	Objecções à existência de um direito de fumar	192
4.4.1.1	<i>O direito à saúde compromete a conclusão quanto à existência de um direito de fumar</i>	<i>193</i>

4.4.1.2	<i>A não essencialidade do cigarro à vida</i>	197
4.4.1.3	<i>A possibilidade de proibição do consumo, e da produção, de cigarro pelo Estado</i>	198
4.4.1.4	<i>O paradoxo materializado pelo dever de proteção em relação ao direito à vida dos fumantes</i>	199
4.4.1.5	<i>O argumento SUS: os elevados custos do Sistema Único de Saúde com os fumantes</i>	199
4.5	VIOLAÇÃO AO DIREITO DOS FUMANTES, E DOS PROPRIETÁRIOS, EM RAZÃO DA PROIBIÇÃO AO CIGARRO EM RECINTOS COLETIVOS PRIVADOS FECHADOS	201
4.6	A INCOMPATIBILIDADE DE FUTURAS LEGISLAÇÕES RESTRITIVAS AO CIGARRO EM AMBIENTES COLETIVOS ABERTOS	204
5	CONCLUSÃO	209
	REFERÊNCIAS	217
	ANEXO I	233
	ANEXO II	235

1 INTRODUÇÃO

O seriado *Mad Men*, dirigido por Matthew Weiner e veiculado pela TV norte-americana, é um bom pretexto para a apresentação do problema que este trabalho tentou deslindar, porquanto sinaliza a mudança do sentimento coletivo em relação ao cigarro e o início das políticas públicas para erradicação do produto, na metade do século passado, nos Estados Unidos.

O primeiro episódio da trama televisiva exibiu publicitários da *Madison Square*, os *Mad Men*, empenhados na tentativa de criar estratégias para mascarar os contundentes vereditos médicos de que o cigarro matava. O plano inicial dos *fazedores de verdades* da *Madison Square* foi expor ao público as medidas adotadas pela indústria do tabaco para conferir maior segurança à saúde dos usuários, como filtros de proteção e outros instrumentos capazes de minimizar os malefícios. Contudo, o cerco das agências governamentais ao cigarro não permitia mais apenas disfarces ao fato incontestável, para a comunidade médica, de que a substância nociva causava a morte dos fumantes (Cf. MAD MEN, 2009).

A partir deste quadro fático, os empresários do cigarro viram-se diante do seguinte dilema: como vender um produto que mata? Em uma curiosa e instigante cena, a pesquisadora da agência de publicidade apresentou um *relatório devastador* sobre o consumo do cigarro nos Estados Unidos e associou o comportamento dos fumantes à obra mais conhecida de Freud, *Mal-Estar na Civilização*. Ela invocou a pulsão por autodestruição afirmada pelo médico psicanalista para justificar o fato de os seres humanos continuarem fumando, mesmo após as sentenças implacáveis das ciências médicas (Cf. MAD MEN, 2009).

Sentado em um restaurante, Donald Draper, o protagonista, pediu ao garçom negro fumante que se aproximasse para uma conversa. Naquela época, a discriminação racial nos Estados Unidos era massacrante, motivo por que o gerente intercedeu para cessar aquela *perturbação* pelo *garçom negro que falava demais*. Entretanto, Draper insistiu no diálogo por desejar saber quais as justificativas que impulsionavam o garçom a continuar fumando. A resposta não poderia ser mais reveladora: “– Eu amo fumar”.

Diante da constatação acima mencionada, o publicitário apresentou uma proposta para a nova propaganda da *Lucky Strike*, sem que antes os empresários do tabaco, enfurecidos com as intervenções do governo em seus negócios, já houvessem bradado com violência: “– Parece que estamos na Rússia” (Cf. MAD MEN, 2009).

Esta breve apresentação congrega alguns dos elementos enfocados nos tópicos metodológicos do trabalho (tema, problema, hipótese, justificativa e objetivos), consoante se detalhará a seguir.

1.1 TEMA, PROBLEMA E HIPÓTESE

O tema desta tese é o direito de fumar no Brasil, desde a jusfilosofia de Friedrich von Hayek, em uma crítica às restrições aos locais de consumo de cigarro.

O problema pode ser delimitado nas seguintes proposições: (i) as normas restritivas aos locais de consumo de cigarro, já promulgadas no Brasil, possuem compatibilidade com o princípio da liberdade individual na perspectiva do liberalismo de Hayek?; (ii) a eventual promulgação de legislações proibitivas ao fumo, em espaços coletivos abertos, encontra assento na abordagem hayekiana quanto ao princípio da liberdade individual?

As hipóteses suscitadas para tentar deslindar o problema foram as seguintes: (i) a abolição dos fumódromos, promovida pela Lei nº 12.546/2011, cerceou a liberdade da minoria fumante e infringiu o direito de fumar, que estaria compreendido nos direitos implícitos de liberdade (artigo 5º, § 2º, da CRFB/88), e também o direito de propriedade e livre iniciativa (artigo 5º, *caput* e inciso XXII, e artigo 170 da CRFB/88) na perspectiva do constitucionalismo hayekiano. Na hipótese, os fumódromos funcionavam como mediadores às liberdades dos fumantes e dos não fumantes, nos recintos coletivos fechados de acesso público e/ou privado. A exposição indevida dos não tabagistas à fumaça tóxica, em espaços com fumódromos, em nenhum momento foi demonstrada cientificamente por meio de trabalho técnico a embasar a legislação brasileira. O alegado prejuízo à saúde dos trabalhadores poderia ter sido equacionado com a proteção das atividades penosas, insalubres ou perigosas. Não caberia ao Estado se valer do argumento quanto ao prejuízo à saúde dos próprios fumantes para a extinção dos fumódromos, porquanto a liberdade individual deve prevalecer nos casos em que não ocorram choques de arbítrios suficientes a gerar danos à liberdade; (ii) a eventual promulgação de legislações proibitivas ao fumo, em espaços coletivos abertos, no Brasil, seria incompatível com o constitucionalismo hayekiano. Para Hayek, a liberdade individual é um princípio moral para a ação política, e a coerção somente encontra legitimidade nas hipóteses em que se apresentem flagrantes os danos às liberdades em razão da colisão de arbítrios. Nos espaços coletivos públicos abertos não se pode falar em choque de arbítrios, uma vez que

os danos provocados pelo fumo passivo são de difícil, ou até impossível, caracterização. A argumentação proibicionista pelo dever do Estado em proteger a saúde dos indivíduos, também em atenção às medicinas socializadas (*argumento SUS*), não se sustenta na perspectiva do liberalismo de Hayek. Tanto porque Hayek não compreende a saúde como um direito, quanto pelo fato de que, nos ambientes coletivos abertos, o comportamento dos fumantes não possui potencial de causar qualquer dano à liberdade dos não fumantes, que continuarão livres para buscarem suas finalidades próprias.

1.2 OBJETIVOS

O principal objetivo deste estudo foi apresentar fundamentos jurídicos para a proteção da esfera privada dos fumantes em relação às intervenções estatais, no tocante aos locais de consumo de cigarro no Brasil. O trabalho ambicionou circunscrever a questão do tabaco ao âmbito médico, uma vez que o nexo de causalidade entre cigarro e doenças será exibido como pressuposto dado. Importante consignar que esta tese não pretendeu questionar a legitimidade, ou a veracidade, dos argumentos e dos números apresentados em trabalhos científicos que relacionam certas enfermidades ao consumo de cigarros (a despeito de se ter notícias de inúmeros estudos em sentido contrário, produzidos também pela indústria do tabaco).

O desborde das discussões relativas ao produto para o âmbito político pressupôs, desde o marco teórico da pesquisa, a investigação quanto a eventuais danos às liberdades dos não fumantes, em consequência do fumo passivo. Nesse rumo, a análise da legislação brasileira quanto ao tema, a dogmática jurídica, foi empreendida pelo exame da filosofia moral e política de Hayek, autor que possui conceitos muito específicos para a formulação da dogmática e uma crítica bastante contundente a modelos político-jurídicos intervencionistas, a exemplo do brasileiro. Importante salientar que a teoria de base do trabalho foi o constitucionalismo hayekiano, e não a teoria constitucional brasileira.

Com efeito, a concepção contemporânea de constitucionalismo como *limitação do Poder* se encaminha rumo a três direções. Na primeira, existe o reconhecimento de um Direito ou de direitos superiores ao Estado. Já a segunda dimensão compreende a Constituição como fundamento da ordem jurídica (supremacia da Constituição) e, por sua vez, no terceiro rumo há o entendimento de que o Poder deve se sujeitar ao direito positivado em conformidade à Constituição e aos direitos dela derivados.

Hayek situa as normas de conduta justa como Direito superior ao Estado na perspectiva de *kosmos* e de *taxis*. Consoante se afirmou no texto, o direito positivo não deve ser compreendido como *vontade do legislador*, mas sim como *norma de conduta justa*. A partir disso, as normas de direito constitucional devem ser concebidas somente como uma superestrutura erigida para garantir que o Direito seja mantido, um aparato meramente formal, e não a origem de todos os outros direitos.

Desse modo, abdicou-se do tratamento conferido ao tema pela teoria constitucional brasileira, a exemplo da Constituição como fundamento da ordem jurídica, e da consequente avaliação quanto às *inconstitucionalidades*. A pesquisa se propôs a uma crítica externa da dogmática jurídica, e não interna, em uma tentativa remota de conciliação com a teoria constitucional pátria. O parâmetro de análise foi apenas indiretamente a Carta Política em um cotejo à *Constituição liberal* teorizada por Hayek, razão por que se fez a opção semântica por *incompatibilidades* ao se referir às violações ao princípio da liberdade (artigo 5º, *caput*, da CRFB/88).

O propósito incidental da pesquisa foi oferecer fundamentos morais para a proteção da esfera privada de interesses dos fumantes quanto ao proibicionismo. Consoante Hayek, não caberia ao Estado perquirir sobre a moralidade do ato de fumar. Comportamentos pacíficos, mesmo que desarmônicos à moralidade observada pela maioria dos indivíduos em determinada sociedade, não devem sofrer interferências governamentais. A pesquisa contestou o argumento intervencionista, formulado pelas agências do governo, de que não se poderia falar em liberdade individual no âmbito do tabaco pela ausência do elemento *responsabilidade*. Segundo esta percepção, os fumantes seriam necessariamente viciados em nicotina e incapazes de manifestar escolhas desimpedidas de constrangimento. A teoria do vício racional, concebida pelos economistas Gary Becker e Kevin Murphy, foi manejada no sentido de atacar o argumento proibicionista e apontar para especificidades individuais na matéria das virtudes e dos vícios.

1.3 JUSTIFICATIVA

John Stuart Mill, no clássico *Sobre a liberdade*, afirma que os indivíduos elegem seus princípios políticos com base em paixões. Para o autor, “é bastante comum” que o agrado ou o desagrado individuais sirvam de parâmetros para exigências quanto a determinados comportamentos na sociedade. Grande parte das pessoas sempre que percebe algum bem a ser feito ou mal a ser remediado (a partir de

escalas particulares de valores), costuma instigar prontamente o governo a impor seus valores sobre os demais. Nas palavras de Mill: “ninguém admite para si mesmo que seu padrão de julgamento é a sua própria preferência” (Cf. MILL, 2006, p. 23-27). A maioria dos indivíduos, segundo o autor, ocupa-se mais em indagar as escolhas da sociedade, desde suas preferências pessoais, do que em questionar se suas preferências, ou desagrados, devem servir de lei para a sociedade.

Esta instigante provocação de Mill quanto à tendência dos indivíduos em demandar o uso da força contra terceiros, a partir de sentimentos e preferências pessoais, torna importante esclarecer que não sou fumante e nem apologista do consumo de cigarro. A pretensão do trabalho se restringiu a uma tentativa em delimitar a esfera de atuação estatal quanto aos locais de consumo do produto com base na jusfilosofia de Friedrich von Hayek.

A obra *The constitution of liberty*¹ foi traduzida para o português como *Os fundamentos da liberdade*. No início do livro, o autor esboça uma definição quanto ao *estado de liberdade* ou a *liberdade*: “nossa preocupação nesta obra é com um estado em que a coerção de um homem sobre o outro encontre-se reduzida tanto quanto possível” (Cf. HAYEK, p. 3-5, 1983). O principal intento de Hayek foi esclarecer o sentido e o alcance prático do termo *império da lei*, a fim de responder ao problema de definição quanto a um *estado de liberdade*.

Antes de finalizar *Os fundamentos da liberdade*, Hayek havia apresentado a ideia em trabalhos prévios. Todavia, o esforço completo se materializou em quatro palestras realizadas em 1955, no Cairo, a convite do Banco do Egito, intituladas *O ideal político do império da lei*. O autor explicou, mais tarde, que no caminho rumo ao Egito, viajou com a esposa por sete meses pela Europa, a fim de refazer o percurso que John Stuart Mill teria realizado pela Itália e pela Grécia. Esta experiência reacendeu em Hayek o interesse pela obra *Sobre a liberdade*, de Mill (Cf. MILLER, 2010, p. 101).

No Tomo III do texto *Direito, legislação e liberdade*, nominado *A ordem política de um povo livre* e finalizado em 1969, Hayek empreendeu uma continuidade às investigações sobre o declínio da liberdade como valor moral a partir do século passado. Quando finalizou o livro *O caminho da servidão*, em 1944, Hayek se propôs a analisar as razões para o enfraquecimento da ideia de *liberdade* nos países mais

¹ Importante esclarecer o sentido que Hayek atribui ao termo *constitution* em suas obras. O uso do termo se dá em um sentido amplo, descritivo de um estado de *aptidão individual*.

avançados do mundo, uma vez que desde meados do século XIX se encaminham rumo ao planejamento central e ao intervencionismo com o abandono sistemático do *império da lei*.

Hayek asseverou que “embora acredite profundamente nos princípios básicos da democracia como o único método eficaz já descoberto que permite a mudança pacífica de governantes”, percebeu a captura do conceito pela propaganda goebbeliana do governo, no último século, com o propósito de avultar máquinas burocráticas e sufocar as liberdades individuais. Estas máquinas vendem a democracia como corolário lógico de tudo que “há de bom na política” (Cf. HAYEK, 1985c, p. 3).

Para o autor, a moderna concepção de democracia não concebe restrições aos governantes, uma vez que se conduzem pelo *retorismo democrático* para expandir ilimitadamente suas atividades. A leitura da obra de Giovanni Sartori, *A teoria democrática*, permitiu que Hayek constataste que no estágio contemporâneo as “Constituições democráticas” deixaram de exprimir a ideia de “Constituições”, na acepção aristotélica de “limitação de todo o poder por princípios permanentes de governo”, para se tornarem instrumentos de uma suposta igualdade. “Democracia como sinônimo de igualdade”, nas palavras de Hayek (Cf. HAYEK, 1985c, p. 3).

Consoante já se informou, a tese primordial da filosofia política hayekiana é o *império da lei*. O autor intui que apenas o *Direito* deve ser soberano nas democracias contemporâneas, e não os parlamentos, como se infere na maioria dos países com instituições democráticas. O conceito de *Direito* na obra de Hayek é bastante peculiar, porquanto entende por *Direito* as *normas de conduta justa*.

Para Hayek, a decadência contemporânea do *império da lei* decorre da tentativa de conferir valor positivo às ideias de paz, justiça, liberdade e democracia. Segundo defende, a democracia deve ser assimilada como um valor negativo, ou seja, apenas como norma procedimental que atua na proteção contra o despotismo e a tirania. Em outras palavras: “uma convenção destinada sobretudo a impedir danos”. Hayek assinalou “estar plenamente convencido” de que a “democracia ilimitada” possui seus dias contados e recomendou a adoção de uma nova fórmula capaz de melhor blindar a sociedade dos perigos de governos opressores, caso se pretendesse lidar com essas limitações (Cf. HAYEK, 1985c p. 138-139).

No cenário contemporâneo, a onipotência das assembleias democráticas somente se dá pela “eliminação de todas as causas de insatisfação de qualquer de seus adeptos”, a despeito da supressão de

liberdades e da invasão do governo em todas as dimensões privadas. Para Hayek, sob o falso nome de *democracia*, foram criadas verdadeiras máquinas de favorecimento de grupos particulares que dependem de votos para subsistirem, raciocínio aplicável tanto em relação ao governo quanto às instituições democraticamente organizadas, como os sindicatos (Cf. HAYEK, 1983, p. 311).

Hayek percebe que o retumbante fracasso dos regimes socialistas ensejou o abandono, pelos progressistas, da *socialização dos meios de produção*. Desde então, a ideologia da *socialização dos resultados da produção*, por meio do recrudescimento das políticas do *Welfare State*, impõe-se no ambiente intelectual. Esta mudança foi bem enfocada pelo autor mesmo após as inúmeras críticas que recebeu com a publicação da obra *O caminho da servidão*. Consoante explica: “Embora os socialistas já não tenham um plano preciso quanto ao caminho para atingir seus objetivos, eles ainda almejam manipular a economia de modo que a distribuição da renda se processe em consonância com a sua concepção de justiça social” (HAYEK, 1983, p. 311).

A tarefa dos defensores da liberdade ficou muito mais difícil no contexto do *Welfare State*, segundo assevera Hayek. Isso porque a ameaça vinda do socialismo podia ser combatida principalmente com a oposição mais nítida entre coletivismo e individualismo. Não se pode argumentar o mesmo em relação ao *Welfare State*, uma vez que a expressão não se refere a um “sistema definido”, mas a um “conjunto de elementos extremamente diversos, e até contraditórios entre si”. Hayek assume o fato de que alguns destes elementos até podem tornar a sociedade livre. Todavia, muitos deles são incompatíveis com a liberdade individual e podem ensejar ameaças à *grande sociedade* (Cf. HAYEK, 1983, p. 314).

A supressão das liberdades individuais dos fumantes nos espaços contemporâneos, tema deste trabalho, foi abordada sobretudo com base na deturpação do conceito de *democracia*, entendido nos dias atuais como *igualdade de resultados*, e no consenso massivo ao *Welfare State* na crítica elaborada por Hayek.

Nos últimos 70 anos, houve uma guinada no sentimento social em relação ao consumo de cigarro. Ao contrário de um passado próximo em que o produto se associava ao *glamour* e à liberdade, no momento atual o consumo vincula-se à impureza e à servidão. A transformação pode ser inferida também dos filmes de *Hollywood*, porquanto até a década de 70, do século passado, os fumantes eram galãs e divas do cinema. No período atual, é comum que sejam retratados, pelos mesmos filmes,

como indivíduos desequilibrados e destoantes do padrão eleito como moralmente desejável pela maioria.

Desde 1950, robustas evidências apontam para o nexos de causalidade entre cigarro e doenças. Estas provas fundamentaram o reconhecimento do tabagismo como doença epidêmica (síndrome da tabaco-dependência), classificado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) no grupo dos “transtornos mentais e de comportamento decorrentes do uso de substâncias psicoativas” (OMS, 1997).

A mudança de paradigma caiu como uma luva às pretensões intervencionistas do *welfarismo*. Com efeito, na Conferência Sanitária Internacional realizada em Nova York, em 1946, a OMS definiu *saúde* como “o completo estado de bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de enfermidade” (Cf. OMS, 1946).

Portanto, o fato incontestável para as ciências médicas quanto aos malefícios do cigarro, aliado ao novo cânone quanto à *saúde*, e ao incremento do *Welfare State* em todo mundo serviram de justificativa ao arcabouço interventivo estatal dos últimos anos, por intermédio de uma infinidade de normalizações e restrições à liberdade de fumar.

Parece bastante lógico o interesse estatal em eliminar o consumo de produtos prejudiciais à saúde. Isso porque, em grande parte dos países, a exemplo do Brasil, a saúde adquiriu o status de *direito*. A saúde compreendida como direito pressupõe que alguém possui o dever de preservá-la. O Estado, neste cenário, coloca-se como responsável imediato pela higidez individual também com o objetivo de reduzir os custos de seu sistema de saúde socializado. O fato de que os custos são pagos com o dinheiro extraído da população via impostos, e que a demanda por eles é infinita, faz parecerem lógicas as estratégias para lidar com a oferta finita de serviços em razão da inexorável escassez. Dentro desse contexto, parece também lógico que um produto supérfluo e prejudicial, como o cigarro, materialize a culpa pela sobrecarga nos serviços de saúde pública.

Apesar da frequente alegação dos proibicionistas no sentido de que as leis promulgadas pretendem apenas proteger os fumantes passivos, as restrições mais atuais em grandes centros urbanos, por todo o mundo, a exemplo da vedação ao cigarro no *Central Park*, em Nova York, parecem apontar para o caráter meramente moralizante dos interditos e, neste âmbito, embasam o problema que ensejou o presente trabalho.

A despeito da ausência de proibições semelhantes às de Nova York no Brasil, a ampla legitimidade aos interditos que proibiram o cigarro em recintos coletivos fechados, públicos e privados (extinção da

possibilidade dos fumódromos), bem como a adoção de políticas proibicionistas por cidades de destaque mundial, podem servir de justificativa, e estímulo, à promulgação de leis com os mesmos propósitos.

O marco teórico escolhido para as reflexões, Friedrich von Hayek, defende que o *Direito* deve ser compreendido como a *ciência da liberdade*, na metáfora de Savigny. Nesse sentido, a liberdade individual opera como princípio limitador da atuação governamental, a fim de que aos indivíduos seja garantida a autonomia para se lançarem aos mais diferentes propósitos, desde uma lei comum que preserve as esferas privadas e proíba danos às liberdades. Daí porque não caberia ao Estado indagar a essencialidade do cigarro. Parece óbvio que não é essencial que os indivíduos fumem. Não obstante, é imprescindível que possuam liberdade para decidir sobre o que consideram apropriado para suas vidas.

No momento em que o governo se substitui aos indivíduos na busca pelas *mais nobres* finalidades morais, a exemplo da *saúde* ou da *saúde pública*, também a partir da defesa de suas medicinas socializadas, existe o perigo concreto de que o paternalismo e o dirigismo induzam os indivíduos a uniformidades indesejáveis em sociedades livres.

Portanto, diante das recentes violações às liberdades dos fumantes, no Brasil, a defesa de uma esfera privada, protegida de intervenção estatal, em relação aos locais de consumo de cigarro, parece se justificar. Assim também como a opção pelo marco teórico, Friedrich von Hayek, porquanto a defesa do autor quanto à liberdade individual como princípio moral para a ação política foi uma das respostas mais belas e convincentes às pretensões demiúrgicas de planejamento da sociedade rumo a finalidades comuns.

1.4 METODOLOGIA DA PESQUISA E ESTRUTURA DA TESE

No ano de 2011, ao noticiar as proibições ao cigarro em ambientes coletivos abertos, na cidade de Nova York, iniciei as reflexões a respeito do tema desta pesquisa. Naquela época, optei por focar as investigações sobre o conceito de *liberdade*, a partir de vertentes mais perfilhadas à tradição continental. Apenas no ano de 2014, após a leitura da obra *O Caminho da servidão*, de Hayek, modifiquei os marcos teóricos da pesquisa e desloquei o eixo de análise rumo ao *liberalismo* da tradição anglo-saxã.

Ao modificar as bases teóricas do trabalho, já me encontrava integrada ao grupo de pesquisa do Professor Horácio Wanderlei Rodrigues, Núcleo de Pesquisas Conhecer Direito (NECODI), e me foram introduzidos alguns conceitos de Karl Popper, que dialogavam de modo bastante afinado à epistemologia hayekiana quanto ao significado de *racionalidade humana*.

Hayek e Popper tiveram inúmeros pontos em comum em suas vidas. Ambos nasceram na Áustria, na virada do século XX. Quando adultos, imigraram para o Reino Unido e se tornaram cidadãos britânicos. Os pensadores lecionaram juntos, por muitos anos, na célebre *London School of Economics* (LSE), e foram condecorados pela Rainha: Popper com o título de *Sir* e Hayek com o de *Companion of Honour*. Popper manteve ásperas discussões com Ludwig Wittgenstein, de quem Hayek era primo. Tanto Popper quanto Hayek compartilharam das mesmas convicções sobre as vantagens das organizações sociais fundadas na liberdade individual em relação a todas as demais fundadas em economias planejadas (Cf. PRUNES, p. 37).

Hayek, na qualidade de “grande mestre da Economia”, não se limitou a criar teorias sobre problemas estritamente econômicos. Em paralelo, construiu um verdadeiro “sistema explanatório multidisciplinar” a respeito do funcionamento dos fenômenos sociais em geral. Fábio Barbieri disserta sobre as contribuições de Hayek nas Teorias do Capital, Monetária, Flutuações Econômicas, Funcionamento dos Mercados, Sistemas Econômicos Comparados, Evolução Institucional, Direito, História Econômica, História das Ideias, Política, Filosofia e mesmo Psicologia Teórica, e defende um tema comum nos escritos do autor, que permite falar em um “sistema explanatório hayekiano”. Este sistema pode ser condensado em uma única frase, consoante Barbieri: “a defesa da liberdade individual repousa, em última análise, no reconhecimento das limitações do nosso conhecimento” (Cf. BARBIERI, 2013, p. 47).

Barbieri explica a investigação de Hayek quanto ao problema da coordenação entre as ações dos indivíduos. A partir disso, “Hayek estuda a evolução de conjuntos de normas que permitem que os agentes desenvolvam expectativas corretas sobre o comportamento dos demais, de modo que seus planos de ação possam ser levados a cabo de forma satisfatória” (Cf. BARBIERI, 2013, p. 47). Ao teorizar sobre o funcionamento dos mercados, de modo semelhante, Hayek explana sobre a especialização dos indivíduos na produção de uma pequena fração dos bens que consomem e, portanto, que os planos de ação de cada agente devem ser compatíveis com os planos dos demais. “Hayek

mostra como a coordenação é obtida com o auxílio do sistema de preços”, uma vez que o mercado também poderia ser conceituado como “um sistema para coleta de informações” (Cf. BARBIERI, 2013, p. 47).

Barbieri defende que a conexão entre o problema da coordenação e o conhecimento falível, no sistema hayekiano, se dá pela ênfase na complexidade inerente ao ambiente em que ocorre a interação entre os agentes. “Complexidade, para o autor, se refere ao número mínimo de elementos que devem ser levados em conta em uma teoria de forma a fornecer uma explicação razoável para o fenômeno estudado” (Cf. BARBIERI, 2013, p. 47-48).

A hipótese de Hayek quanto à falibilidade do conhecimento se assemelha à filosofia popperiana sobre o tema. Consoante Popper, o conhecimento científico é falível e o progresso científico ocorre por uma série de hipóteses conjecturais que são submetidas a um processo de correção de erros. Para Hayek, de modo semelhante, “o conhecimento mercadológico dos agentes progride por meio da competição, nos mercados, entre as hipóteses empresariais rivais sobre a existência de oportunidades de lucro”. O sistema de preços realiza o papel da crítica, porquanto a “realização de um prejuízo (ou a não obtenção do lucro esperado) ajuda refutar a hipótese empresarial sobre as circunstâncias prevalentes nos mercados em questão” (Cf. BARBIERI, 2013, p. 49).

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

Barbieri ensina que “o falibilismo que fundamenta as ideias hayekianas sobre competição nos mercados se estende à sua teoria sobre evolução institucional”. A teoria de Hayek sobre a evolução institucional informa que os agentes não maximizam funções em razão de parâmetros dados, mas a partir de regras abstratas que, ao longo do tempo, os informaram e os ensinaram a atingir seus objetivos. Aludidas regras, por sua vez, decorrem de processos seletivos e, “uma teoria evolucionária é desenvolvida para explicar a coordenação em situações na qual a complexidade do problema impede o conhecimento pleno da melhor solução”. Portanto, Hayek defende que “as instituições que historicamente permitiram o florescimento da humanidade não foram planejadas, mas, como outros fenômenos sociais, seriam ordens

espontâneas, fruto da ação humana, mas não da intenção humana”. O principal adversário intelectual de Hayek, o socialismo, contribuiu para que teorizasse “como o socialismo e o impulso totalitário em geral estão relacionados a um ingênuo racionalismo construtivista, que desdenha as ordens espontâneas como algo irracional”. Para Hayek, o fracasso do planejamento central decorre “da desconsideração das limitações do conhecimento humano” (Cf. BARBIERI, 2013, p. 49).

O liberalismo de Hayek é, em sua melhor compreensão, uma resposta ao socialismo. Consoante o economista austríaco, o socialismo se caracteriza pela pretensão em organizar a sociedade rumo a um propósito comum, e as censuras a este intento ocorrem pela incompatibilidade em relação ao conceito de liberdade individual. O conteúdo implícito desta ideia repousa em duas hipóteses que Hayek pretendeu revelar por meio de sua filosofia política e moral (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 183-184).

A primeira hipótese é a de que a sociedade possui capacidade de se gestionar sem os comandos de uma autoridade central. Hayek, como nenhum outro pensador do século passado (a exceção de Mises talvez), procurou demonstrar a viabilidade de uma ordem social entendida como um sistema interligado sem uma hierarquia comum e sem objetivos últimos. A segunda hipótese é a de que a liberdade individual não pode ser entendida em termos da capacidade do homem de controlá-la, não nos termos de “autogoverno coletivista”. Ao contrário, para Hayek a liberdade é conquistada somente se os indivíduos gozarem de uma esfera de interesses protegida de intervenção governamental (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 184-185).

Hayek estudou Direito, assim como seu professor Ludwig von Mises, porquanto em sua época não existia faculdade de Economia independente em Viena. Desse modo, Hayek é um economista com sólidos trabalhos para se pensar elementos liberais para a teoria e a filosofia do direito. Após a mudança para a Universidade de Chicago em 1949, e o impacto que os regimes totalitários lhe causaram, Hayek transformou seu programa de investigação. O autor, naquele momento, dedicou-se ao estudo dos condicionamentos jurídicos e institucionais das sociedades livres.

A defesa de uma esfera de interesses protegida de intervenção estatal, em relação aos fumantes, me conduziu à leitura das principais obras escritas por Hayek com inserções no Direito, porquanto se fazia necessária uma investigação quanto aos fundamentos jurídicos, e também morais, para uma argumentação em benefício da liberdade de fumar.

Desse modo, a pesquisa realizada foi eminentemente bibliográfica, porquanto se deu com base na leitura das principais obras de Hayek relacionadas à filosofia moral e política (e é também monográfica por isso). Foram examinados os textos de alguns comentadores de Hayek, a exemplo de Bruce Caldwell, Chandran Kukathas, John Gray e Richard Epstein. E, a partir do fio condutor elaborado por Hayek, buscou-se uma breve leitura dos pensadores liberais com quem o pensador mais dialogou.

Algumas modestas inserções em Antropologia, e Sociologia, foram feitas, apenas com a pretensão de pontuar a mudança de paradigma ocorrida no consumo de cigarro, em todo mundo, no século passado. Além disso, foi realizada uma tentativa de compatibilizar a tradição liberal de pensamento a que Hayek é tributário com a doutrina constitucional brasileira. Creio que os maiores problemas que enfrentei decorreram desta tentativa de compatibilização, uma vez que Hayek possui um conceito bem peculiar de *constitucionalismo*.

A pesquisa se desenvolveu em quatro capítulos. No segundo apresentei as especificidades, e o contexto histórico, do liberalismo de Hayek. A dissertação de Samuel Pires, *Do conceito de liberdade em Friedrich A. Hayek*, me forneceu a estrutura metodológica preliminar para a investigação dos autores que mais influenciaram a obra do autor.

Ainda, no segundo capítulo, após o decote quanto ao liberalismo que orientou a reflexão, esbocei os conceitos essenciais da tradição liberal hayekiana, a fim de oferecer uma compreensão sobre os instrumentos teóricos com que Hayek moldou sua teoria. Aludidos conceitos foram delineados nesta tese com base na cisão analítica empreendida na obra *Os fundamentos da liberdade: O valor da liberdade, A liberdade e o direito e A liberdade no Welfare State*.

Por sua vez, no terceiro capítulo analisei, de modo breve, o percurso histórico do consumo de cigarro no Brasil, e a mudança de paradigma do sentimento social em relação aos consumidores. Em um rápido intervalo de tempo, a partir de robustas evidências médicas que associavam cigarro a doenças, o produto passou da glamourização à demonização. Busquei enfatizar no nexo de causalidade entre as pesadas intervenções estatais no âmbito do cigarro, e a mudança de paradigma quanto ao sentimento social quanto ao fumante na conjuntura da ideologia do *Welfare State*. Além disso, apresentei a legislação quanto às restrições aos locais de consumo, como instrumento de erradicação da demanda por cigarro no país.

A dissertação *As políticas públicas antitabagistas e os efeitos à competição no mercado brasileiro de cigarro: uma análise crítica para*

debate, de Rodrigo Zingales Oller do Nascimento, foi importante para o enfoque hayekiano do tema. Isso porque, a defesa liberal quanto à atuação do Estado demanda a investigação das políticas públicas, sobretudo com base na eventual violação de liberdades, uma vez que as intervenções possuem, quase sempre, consequências ocultas e efeitos não premeditados e/ou indesejados.

Com efeito, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) regula o controle das substâncias existentes no cigarro e, caso não exista um cuidado nesta supervisão, poderá ocorrer a inibição de inovações no setor que poderiam ir ao encontro de uma maior segurança para os fumantes. Além disso, a pesquisa de Rodrigo Zingales Oller do Nascimento corroborou a hipótese afirmada por muitos liberais, a exemplo de Hayek, quanto às distorções à competitividade em razão de regulamentações elaboradas sem o devido critério qualitativo.

Por derradeiro, congreguei autores como Jeffrey Schaler e Lysander Spooner, para formular uma objeção moral ao argumento da *saúde* e da *saúde pública* em defesa da liberdade de fumar, uma vez que seus trabalhos também se pautam na liberdade individual como princípio norteador da ação política.

O quarto e último capítulo foi dedicado a irradiar, no direito positivo brasileiro, os conceitos manejados por Hayek no segundo capítulo. Confesso que ainda me vejo em enormes dificuldades nesta empreitada, uma vez que a *Constituição liberal* de Hayek é um modelo alinhado à tradição da *Common Law*, e a países em que o *império da lei* se afirma com a associação mais nítida entre *Direito e liberdade*.

Ciente destas limitações, tracei o sentido do termo *constitucionalismo* em Hayek e o distingui da teoria constitucional que compreende a Carta Política como fundamento da ordem jurídica. Esta especificação ensejou o argumento pela liberdade de fumar como direito no Brasil, uma vez que se trata de um valor negativo. O passo seguinte foi cotejar a liberdade de fumantes e de não fumantes em locais de consumo com base na premissa de que o fumo passivo gera danos às liberdades dos não fumantes. O exame se deu na tentativa de delimitar esferas privadas livres de coerções estatais em relação aos indivíduos fumantes.

Por fim, foi apresentada a tese propriamente dita: (i) a violação ao direito dos fumantes, e dos proprietários, em razão da proibição ao cigarro em recintos coletivos privados fechados, e (ii) a incompatibilidade de legislações restritivas ao cigarro em ambientes coletivos abertos em relação ao princípio da liberdade individual no contexto do constitucionalismo hayekiano.

2 LIBERDADE DE FUMAR: UMA LEITURA HAYEKIANA

Na obra *A Guimba*, o escritor britânico Will Self descreve a rigidez das leis antifumo em nosso tempo. O personagem principal do texto, Tom Brodzinski, viaja em férias com a família para uma cidade fictícia de um país subdesenvolvido. Num dia qualquer, Tom deixa a guimba de seu cigarro atingir a careca de um hóspede, na sacada abaixo de seu quarto no hotel. A despeito de ter se desculpado pelo acidente, o evento ganha proporções gigantescas, e lança o personagem ao desespero kafkiano de leis confusas, absurdas e contraditórias daquele país. O labirinto de Kafka salta aos olhos num dos trechos do romance, em que Tom dialoga com o advogado Adams:

A senhora Lincon, desse modo, considera sua, aah, atitude de jogar A guimba na cabeça do marido dela como sendo, *ipso facto*, evidência de intenção dolosa. E lamento dizer que a lei está do lado dela nessas questões. Se ela fosse uma anglo terceira ou até de segunda geração, a situação teria sido diferente. Se ela fosse uma *ibbolit* ou, melhor ainda, uma *tugganarong*, o status legal da sua ação teria sido diferente, também. Mas a senhora Lincon não é nada disso; ela é *tayswengo* e, desse modo o senhor se verá diante, quase certamente, de uma acusação de agressão e, possivelmente, uma por tentativa de homicídio (SELF, 2010, p. 135).

O absurdo das leis constringe o personagem principal a ponto de esbravejar: “não sou assassino, pelamordedeus [sic], só joguei uma bosta de uma guimba vagabunda. [...] E aquele troço de você-tem-o-direito-de-permanecer-calado blabláblá?” (Cf. SELF, 2010, p. 149).

O romance de Will Self dá o tom do cenário atual sobre as intervenções estatais, com relação ao tabaco, em todo o mundo. No Capítulo 3 deste trabalho, foi esboçada uma tentativa de localizar um nexos de causalidade entre as regulamentações e a mudança de paradigma do sentimento social em relação ao fumante. As evidências são bastante contundentes no sentido de corroborar a hipótese de que estas transformações ampararam todo o arcabouço interventivo estatal dos últimos 70 anos, com uma infinidade de normalizações e restrições à liberdade de fumar.

A ampla legitimidade aos interditos, também no Brasil, demanda um exame sobre eventuais violações às liberdades dos fumantes, em conjunto com a dos não fumantes na salvaguarda da saúde em relação à fumaça tóxica.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, no artigo *A liberdade de fumar: sobre a liberdade de fumar e o direito à saúde na Constituição e na lei*, sustentam que o tabaco é o vilão da vida contemporânea, muito embora a produção e o consumo do produto não sejam proibidos por lei, no Brasil. Contudo, os autores enfatizam que “a fumaça do cigarro pode atrapalhar os outros”, razão por que se faz necessário investigar a existência de uma suposta liberdade de fumar em confronto com a liberdade dos não fumantes (Cf. FERRAZ JÚNIOR; MARANHÃO, 2007, p. 194).

Desde o Preâmbulo da Constituição Federal², o legislador estabeleceu a liberdade como um dos supremos valores “de uma sociedade fraterna”. Em seguida, a liberdade é garantida no rol dos direitos fundamentais, com a positivação de sua inviolabilidade (artigo 5º, *caput*, da CRFB/88).³ Portanto, no Brasil, a inviolabilidade da liberdade pressupõe seu reconhecimento como valor moral a ser protegido. “Ao Estado atribui-se a função de proteger a liberdade e jamais cerceá-la”, de maneira que qualquer intervenção que possa afetar a liberdade deve, antes de tudo, estar pautada por regras claras e públicas que permitam ao indivíduo planejar seu próprio curso de vida, ciente das consequências jurídicas de seus atos. Exsurge desta ideia o mandamento contido no princípio da legalidade: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, inciso II, da CFRB/88) (Cf. FERRAZ JÚNIOR; MARANHÃO, 2007, p. 195).

² “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil” (BRASIL, 1988).

³ “Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” (BRASIL, 1988).

Consoante os autores, o homem “é senhor de sua consciência, do seu pensar, do seu agir, estando aí o cerne da responsabilidade”. A partir disso, cabe ao Estado propiciar as condições desse exercício, “mas jamais substituir o ser humano na definição das escolhas e da correspondente ação”. De igual forma, “não pode o Estado degradar o ser humano à condição de incapaz de discernir, por si só, entre o bem e o mal”. O papel do Estado é o de fornecer aos indivíduos os meios legais para exercer o juízo sobre as coisas, mas não se pôr em seu lugar, para ditar o que seria melhor para eles (Cf. FERRAZ JÚNIOR; MARANHÃO, 2007, p. 196).

Para Ferraz Júnior e Maranhão, “é perfeitamente admissível, pela proteção à vida e à liberdade, a proibição do latrocínio, mas inadmissível a chamada lavagem cerebral”. Ao tutelar a consciência e a deliberação individuais, o Estado acaba por degradar a condição humana em razão do dirigismo próprio dos Estados totalitários. Portanto, ao exercer esta forma de tutela sobre os indivíduos, o Estado os destitui da responsabilidade sobre seus atos sob a justificativa de uma suposta proteção (Cf. FERRAZ JÚNIOR; MARANHÃO, 2007, p. 196).

O Estado tutor reduz o cidadão à condição dos que “não sabem o que fazem”, adultos infantilizados, sujeitos às imposições e às manobras do poder. Como bem diz Arendt (1972), “quem quer que queira educar adultos na realidade pretende agir como guardião e impedi-los da atividade política” (FERRAZ JÚNIOR; MARANHÃO, 2007, p. 196).

A defesa de uma esfera autônoma, protegida de intervenção estatal, em relação aos fumantes, é o propósito do presente estudo com as delimitações e especificações já expostas na introdução ao trabalho. Para tanto e, antes de adentrar no estudo do liberalismo de Friedrich von Hayek, faz-se necessário examinar a temática da liberdade na tradição do liberalismo, uma vez que, nos últimos séculos, falar em liberdade é falar, sobretudo, desde a tradição liberal de pensamento.

2.1 A LIBERDADE E O LIBERALISMO: PANORAMA PRELIMINAR

As ideias liberais consistem em um dos principais legados políticos e culturais do Ocidente no que concerne à teoria política. Não

obstante, o liberalismo pode ser perscrutado em contextos políticos e disciplinas acadêmicas tão diversas que se torna imperativo delimitar a perspectiva de análise com que se pretende estudá-lo.

Ubiratan Borges de Macedo aponta para a dificuldade em se analisar o liberalismo no século XX, ou no século XXI. “Ortega y Gasset caracterizava o liberalismo como ‘uma ideia radical sobre a vida; é crer que cada ser humano deve ser livre para preencher seu individual e intransferível destino’”. Para Macedo, o liberalismo pode ser visto também como a ideologia ou a filosofia da modernidade, “sendo difícil dizer qual dos dois é consequência do outro”. Mesmo que a doutrina da liberdade remonte raízes greco-romanas (Péricles e Cícero), foi na Renascença e na Reforma que “uma nova concepção de homem” ascendeu com a ideia de separação muito clara entre público e privado (Cf. MACEDO, 1995, p. 21-22).

Embora a influência da tradição clássica, no ideal moderno de liberdade, seja indiscutível, Hayek defende que muitas vezes a natureza desta influência não é corretamente compreendida, uma vez que é comum se dizer que os antigos não conheciam a liberdade no sentido de liberdade individual. Não foi o caso de Atenas, no período do apogeu (ou de Roma no fim do período republicano), conforme aponta Hayek (Cf. HAYEK, 1983, p. 184-185).

Este desconhecimento quanto à liberdade individual nos demais locais e tempos antigos, “talvez tenha ocorrido durante o degenerado regime democrático da época de Platão”, mas certamente não em relação a Atenas na época do apogeu.

Hayek afirma que os próprios soldados atenienses, em momento de extremo perigo durante uma expedição na Sicília, foram lembrados por seu general de que, acima de tudo, lutavam por um país em que gozavam “de total liberdade de viver como quisessem”. A resposta para este regime de liberdade pode ser encontrada em uma palavra, que foi pinçada dos gregos pelos ingleses do período elisabetano, e rapidamente caiu em desuso. Hayek sustenta que o termo *isonomia* alcançou a Inglaterra a partir da Itália, no final do século XVI, com o significado de “leis aplicáveis igualmente a todos” (Cf. HAYEK, 1983, p. 185-186).

Em seguida, o vocábulo foi manejado livremente pelo tradutor de Tito Lívio, na forma anglicizada *isonomy*, para definir um estado de leis gerais, aplicáveis igualmente a todos, e de responsabilidade dos magistrados. Este termo continuou vigorando durante o século XVII até ser substituído, gradativamente, pelas expressões “igualdade perante a lei”, “governo da lei” ou “Estado de Direito”. De acordo com Hayek, a história desse conceito, na Grécia antiga, oferece “uma lição

interessante”, pois provavelmente “representa a primeira etapa de um ciclo que as civilizações parecem repetir”. O autor informa que ao surgir, pela primeira vez, o termo definia um Estado estabelecido inicialmente por Sólon, em Atenas, ao dar ao povo “leis aplicáveis igualmente a nobres e plebeus”, concedendo aos cidadãos “não tanto o controle sobre a política de governo quanto a certeza de serem governados legalmente em consonância com normas conhecidas” (Cf. HAYEK, 1983, p. 185-186).

Ubiratan Borges de Macedo informa sobre a dificuldade em se analisar o liberalismo, as complicações em defini-lo, uma vez que seria “uma *práxis* histórica continuada ao longo dos anos, mais do que uma doutrina individual” (Cf. MACEDO, 1995, p. 24). De acordo com o autor, o liberalismo “acaba por se confundir com o sentido da história do Ocidente moderno e supera em muito a ação dos partidos liberais” e suas origens:

Podem remontar à democracia de Péricles e a de Cícero e sua idealização da República Romana; mas é com a crise da Reforma que os ideais de liberdade, expressos nos forais medievais e na Magna Carta inglesa, adquirem um sentido universal. Torna-se clara a distinção entre público e privado, as franquias locais se transformam em liberdades pessoais. Por outro lado, a crise religiosa leva a uma consciência aguda da distinção entre religião e moral, obliterada durante o período anterior da uniformidade, e, em seguida, a uma separação entre direito e ética tornada necessária face à pluralidade religiosa que se instaura na Europa. Ao mesmo tempo, a liberdade religiosa passa a ser defendida, não apenas pelos reformados, mas pelos próprios católicos como Suárez⁴ e Molina (MACEDO, 1995, p. 24).

⁴ Consoante explica Paulo Emílio de Macedo: “A doutrina do direito das gentes de Francisco Suárez corresponde a uma formulação típica de um teólogo da escolástica espanhola tardia. Diferentemente do que ocorre com o Deus protestante, entre o Deus católico e os seres humanos, não existe um hiato tão grande que só se possa transpor pela fé. O Deus de Suárez não abandonou os homens à sua própria sorte e criou uma série de instituições, como as leis e a graça, que serve para os admoestar e corrigir. Os direitos naturais, civis e das gentes, cada qual em seu âmbito de aplicação e validade, constituem instrumentos da ação divina. Toda a filosofia jurídica do autor representa

Por sua vez, o estudo do liberalismo, em nosso tempo, demanda um breve exame do Iluminismo, uma vez que o movimento de ideias ocorrido na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos, guardadas as devidas peculiaridades de cada país (as distinções serão esposadas a seguir), moldaram o conceito de constitucionalismo limitado às salvaguardas institucionais para a liberdade individual. Hayek afirma que Montesquieu, e os autores da Constituição dos Estados Unidos, pensaram na divisão de poderes entre Legislativo, Judiciário e Executivo como um modo mais confiável de garantir a proteção das liberdades individuais. Para Hayek, então, constitucionalismo significa “governo com poderes limitados” (Cf. HAYEK, 1983, p. 207-208).

Com efeito, o movimento iluminista voltava-se contra o absolutismo político, bem como contra a sociedade estamental do Antigo Regime, que sufocava a mobilidade e a liberdade social. Além disso, travou combate contra a economia feudal estática que, pela ação das corporações de ofício, eliminava a liberdade de iniciativa econômica e o progresso (Cf. MACEDO, 1995, p. 25).

A historiadora Gertrude Himmelfarb na obra *Os caminhos para a modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano* defende que o Iluminismo é tradicionalmente focado na França sobre as convicções elaboradas pelos *philosophes*. Consoante sustenta, por vezes este movimento de ideias é hostilizado com certo desprezo como “projeto iluminista”. Muitos críticos o consideram obsoleto, “uma ilusão ou mesmo desilusão da modernidade”. Aludido projeto:

Remete-nos a um tempo no qual termos como “razão”, “natureza”, “direitos”, “verdade”, “moralidade”, “liberdade” e “progresso” podiam ser usados sem aspas e sem o sentido irônico que hoje acompanha esses conceitos “privilegiados”.

formas de exercício da providência divina. Suárez inova em relação ao tomismo tradicional pelo fato de haver descoberto, em sua Teologia, um espaço eminentemente humano. Trata-se de um domínio com dignidade própria e autônomo. Desta feita, embora o propósito da lei natural, cujo legislador é Deus, seja tornar o homem bom, e, possua, portanto, uma natureza transcendental; o da lei civil, promulgada por homens, é o bem comum, e, assim, encontra-se bastante inserido na imanência. Resta, ainda, uma transição entre o divino e o humano que precisa efetuar-se. Essa missão cabe ao *jus gentium*. Ele visa estabelecer um mínimo de civilidade entre os povos e organizar uma coexistência pacífica e harmoniosa” (MACEDO, 2014, p. 8-28).

Ele supõe, como nos diz um escritor (em um livro apropriadamente intitulado *Enlightenment's Wake* [O Despertar do Iluminismo]), uma “emancipação e uma civilização universais”, que nada mais são do que uma encarnação do “imperialismo cultural universal”. “Iluminismo”, nos explica outro, “é para a pós-modernidade o que o ‘Antigo Regime’ foi para a Revolução Francesa [...] [Ele] simboliza o moderno contra o qual o pós-moderno se revolta”. Onde os *philosophes* o viam como liberação para enaltecer a razão acima da religião, o pós-moderno vê a razão tão tirânica e “totalizante” como a própria religião (HIMMELFARB, 2011, p. 13-14).

De acordo com Himmelfarb, certos traços podem ser facilmente associados ao Iluminismo: “razão, direitos, natureza, liberdade, igualdade, tolerância, progresso”. O traço da *razão* encabeçaria a lista. Não obstante, a historiadora aduz que o traço da *virtude*, mais do que a *razão*, teria predominado no Iluminismo britânico; não a virtude pessoal, mas as “virtudes sociais”, a exemplo da compaixão, da benevolência e da simpatia. Consoante a autora, os filósofos britânicos a entendiam como “naturais, instintivas” e que “habitualmente uniam as pessoas” (Cf. HIMMELFARB, 2011, p. 17).

Os filósofos britânicos não eram irracionistas, uma vez que não negavam a razão. Todavia, concediam a ela um papel secundário, instrumental, diversamente dos *philosophes* na França. Himmelfarb aponta para as recentes demonstrações de historiadores no sentido de que o Iluminismo teria sido bastante variado, entre países e entre indivíduos, a ponto de existir contestação, por parte de muitos destes historiadores, quanto ao uso do termo no singular. Himmelfarb defende que o Iluminismo ainda é associado, quase que invariavelmente, com o Iluminismo francês, “e os termos do discurso são aqueles com os quais os *philosophes* nos familiarizaram” (Cf. HIMMELFARB, 2011, p. 18-19).

O motivo disso é quase um enigma. A razão mais óbvia é a realização ou concretização existencial do Iluminismo francês (ou assim pareceu aos contemporâneos da época e a muitos historiadores desde então) em um dos eventos mais dramáticos da modernidade, a Revolução Francesa, o qual tem sido amplamente considerado (novamente, à

época e desde então) como a inauguração do mundo moderno. “Foi dito”, observou Hegel, “que a Revolução Francesa resultou da filosofia”. Ao menos uma vez ele concordou com a sabedoria convencional. “Nunca, desde que o sol apareceu no firmamento e os planetas giraram em volta dele, havia-se percebido que o centro da existência humana está em sua cabeça, isto é, no Parlamento, a partir do qual o homem constrói o mundo da realidade” (HIMMELFARB, 2011, p. 19).

A República Americana, nas lições de Himmelfarb, também foi produto do pensamento, não obstante, um tipo diferente dele. Ao promulgar uma nova “ciência da política”, os americanos tiveram êxito em criar, em fundar, a primeira república viável dos tempos modernos. Em que pese este fato, não foi a Revolução Americana que inspirou futuras revoluções, uma vez que nos últimos dois séculos o paradigma de revolução popular, assim como o paradigma de Iluminismo, foi aquele da França. Hannah Arendt não destoa quando afirma que a Revolução Francesa, que terminou em desastre, fez história no mundo, enquanto que a Revolução Americana, tão triunfantemente bem-sucedida, permaneceu um evento de importância pouco mais que local (Cf. HIMMELFARB, 2011, p. 19-20).

Os britânicos e os franceses diferiam profundamente em seus respectivos Iluminismos. Os britânicos podiam simpatizar com a hostilidade dos *philosophes* para com uma igreja papista e com uma monarquia autoritária, ambas descartadas por eles próprios, e os franceses podiam admirar a liberdade religiosa, e política, que encontravam na Inglaterra e que tanto almejavam. Todavia, ambos perseguiam o Iluminismo para si, e para seus compatriotas, de modo bastante diferente (Cf. HIMMELFARB, 2011, p. 32-33).

Novamente, na França a *raison d'être* do Iluminismo foi a razão. “Razão é para o filósofo”, declarava a *Encyclopédie*, “o que a graça é para o cristão”. De acordo com Himmelfarb, a proposição certamente não valia para Rousseau e Montesquieu, mas se aplicava em relação a Voltaire, Diderot, D’Alembert e à maioria dos que contribuíram para a *Encyclopédie*. A ideia de razão definiu e permeou o Iluminismo como nenhuma outra. A partir disso a historiadora defende que o Iluminismo francês foi uma reforma atrasada, uma reforma empreendida não por uma religião mais excelsa e mais pura, mas por mais excelsas e puras autoridades da razão. “Foi em nome da razão que Voltaire lançou sua

famosa declaração de guerra contra a Igreja, *Écrasez l'infame* [Esmague o infame], e que Diderot propôs enforcar o último rei com as tripas do último padre” (Cf. HIMMELFARB, 2011, p. 33).

A razão não teve papel tão preeminente nem na Grã-Bretanha e nem na América, e a religião, seja como dogma ou como instituição, não foi a inimiga suprema. Himmelfarb afirma que foram Iluminismos liberais em termos de religião, compatíveis com um amplo espectro de crenças e descrenças. “Não houve um *Kulturkampf* nesses países para perturbar e dividir o populacho, jogando o passado contra o presente, confrontando sentimentos iluministas com instituições retrógradas e criando divisões intransponíveis entre razão e religião”. Desse modo, a força propulsora do Iluminismo britânico são as “virtudes sociais” ou “afecções sociais”. Já na América, a liberdade política foi a força motriz do Iluminismo, bem como o motivo para a sua revolução e a base para sua república. Para os filósofos morais britânicos, e para os fundadores americanos, a razão foi um instrumento para a obtenção de um fim social mais amplo, e não um fim em si. E, para ambos, a religião foi uma aliada, não uma inimiga (Cf. HIMMELFARB, 2011, p. 34-35).

Bertrand de Jouvenel informa que os franceses não tiveram qualquer experiência anterior que os preparasse para uma discussão política conduzida em ordem e com senso de responsabilidade. Isso porque, em Paris, o plebeu não existia, porquanto no Antigo Regime toda a atividade política se concentrava em Versalhes.

O sistema inglês amadureceu em virtude de um compromisso construtivo entre o interesse do Rei, que consistia em levantar contribuições, e o interesse dos particulares, que queriam ver reconhecido o direito de fiscalizar a política real. Já na França a liberdade política estourou de repente e as ideias que a sustentavam foram extraídas da Antiguidade Clássica ou, em outras palavras, “em pequenas repúblicas que toleravam o regime social da escravidão”. Importante pontuar que Rousseau repudiava o sistema representativo que havia se formado progressivamente na Inglaterra (Cf. JOUVENEL, 1978, p. 136-137). Colhe-se do *Contrato Social*:

Entre os gregos, tudo o que o povo tinha que fazer, ele mesmo o fazia: vivia constantemente reunido em praça pública. O clima era suave e o povo não era ganancioso; os escravos faziam seu trabalho: sua tarefa era sua liberdade. Como, se não temos as mesmas vantagens, poderemos conservar os meus direitos? Vosso clima mais

áspero vos causa maiores privações; durante seis meses do ano a praça pública é inaproveitável, vossas línguas surdas não poderão fazer-se ouvir ao ar livre; atribuíis mais valor ao vosso ganho que à vossa liberdade, e a escravidão vos infunde menos temor que a miséria. Ora! Será que a liberdade só pode ser mantida à custa da servidão? Talvez seja assim. Os dois extremos se tocam. Tudo que não está na natureza tem seus inconvenientes, e a sociedade humana os tem maiores que qualquer outra coisa. Existem situações lamentáveis em que só se pode conservar a liberdade à custa de outrem e o cidadão só pode ser perfeitamente livre se o escravo estiver reduzido a um estado de extrema escravidão. Foi essa a situação de Esparta (ROUSSEAU, 1963, p. 82).

Segundo Jouvenel este texto “surpreende”, porquanto entra em contradição com outras obras de Rousseau. Todavia, a ideia nele esposada prova até que ponto a noção de liberdade política do pensador francês está ligada “muito infelizmente” ao conceito de liberdade que prevalecia nos antigos (a despeito de alguns períodos áureos, como defende Hayek). Para Jouvenel, há um nítido romantismo rousseauiano em relação à Antiguidade Clássica (Cf. JOUVENEL, 1978, p. 137-139).

Durante a Revolução Francesa, na época dos jacobinos, o busto de Luís XVI foi substituído pelo de Bruto. “Ao que parece não havia ninguém ali que lembrasse que Bruto era um usurário”. Cícero, em uma carta, exprimiu seu espanto pelo fato de que Bruto, que o incumbira de cobrar uma cidade de Salamina, não o informara de que os credores eram simples testas de ferro de Bruto. Cícero sentiu-se chocado com a dissimulação, e ficou escandalizado com a taxa de juro exigida por Bruto, que foi de quatro por cento ao mês. “Era esse o tratamento que Bruto dispensava a uma ilha da qual se fizera protetor, justamente com Catão, em benefício de uma missão pública confiada a este?” (Cf. JOUVENEL, 1978, p 139).

Uma das marcas da Revolução Francesa foi o exercício da liberdade política com um ativismo imperioso “o lugar do escudo que garante a liberdade dos indivíduos contra as arbitrariedades do poder passou a ser ocupado por um gládio que passava de mão em mão para ameaçar a liberdade e até mesmo a vida dos indivíduos”. Portanto, após a Revolução, todos os esforços dos liberais se concentraram no objetivo

de conferir à liberdade política o caráter de defesa da liberdade individual, nos moldes ingleses (Cf. JOUVENEL, 1978, p. 141).

O discurso proferido por Benjamin Constant no Ateneu de Paris, em 1819, sob o título *Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos*, corrobora esta hipótese. Na exposição em referência “o orador procura estabelecer o contraste, existente na cidade antiga, entre a participação ativa e ininterrupta dos cidadãos no Governo e a ausência de independência individual” (Cf. JOUVENEL, 1978, p. 141).

A ideia de separação entre público e privado é constitutiva a teóricos do liberalismo moderno, como Constant. A liberdade, para o autor, “era o direito de não se submeter senão às leis, de não poder ser preso nem detido, nem condenado nem maltratado de nenhuma maneira, pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos”. A elaboração deste conceito deve ser contextualizada ao período do fim do absolutismo do Antigo Regime, bem como aos tempos de abusos do poder arbitrário imposto pelo terror jacobino e pelas perseguições de Napoleão, na França.

Curiosamente, Constant não estava na França no início da Revolução, mas na Inglaterra e na Holanda para resolver problemas financeiros do pai. Em razão disso, muito se especula sobre a influência marcante do modelo de sociedade britânica sobre o jovem Constant. A Inglaterra era uma nação moderna e comercial de proporções imensas, e o modelo prático daquela sociedade serviu de inspiração para que o autor assim afirmasse: “uma é a liberdade que tanto apreciavam os povos antigos; a outra é aquela cujo desfrute é especialmente valioso para as nações modernas” (Cf. CONSTANT, 1819).

A liberdade dos antigos, nas palavras Constant, “permitia aos cidadãos o exercício de sua influência sobre a política pela via dos debates e dos votos em assembleias públicas”. Sem dúvida a participação ativa nos negócios políticos implicava um afastamento do trabalho produtivo, que na Atenas dos antigos gregos ficava a cargo dos escravos. Segundo Constant, esses povos da Antiguidade praticamente desconheciam as vantagens do governo representativo que, segundo defende, “é o único capaz de proporcionar, nas sociedades modernas, certa liberdade e tranquilidade”⁵ (Cf. CONSTANT, 1819).

⁵ Tradução livre a partir de: “En second lieu, appelés par notre heureuse révolution (je l'appelle heureuse, malgré ses excès, parce que je fixe mes regards sur ses résultats) à jouir des bienfaits d'un gouvernement représentatif, il est curieux et utile de rechercher pourquoi ce gouvernement, le seul a l'abri duquel nous puissions aujourd'hui trouver quelque liberté et quelque repos, a

Por sua vez, a liberdade dos modernos se baseia na posse de liberdades civis sob a regência de leis sem interferência estatal. A participação direta, a exemplo dos povos da Antiguidade, ficaria comprometida em razão do tamanho dos Estados modernos, e da existência de sociedades comerciais sem a participação de escravos, em que quase todos têm o direito de receber algo em troca do trabalho que realizam. Nas sociedades modernas os cidadãos elegem representantes que deliberam baseados na vontade popular, situação que confere autonomia ao indivíduo quanto ao envolvimento político diário (Cf. CONSTANT, 1819).

Constant distingue a liberdade dos antigos em relação aos modernos, ao argumentar que a primeira se refere à extensão dos Estados, enquanto que a segunda diz respeito à guerra e ao comércio. Os territórios exíguos das repúblicas antigas contribuíam para a importância de cada cidadão no exercício do poder político. Portanto, os indivíduos concorriam para a elaboração das leis, pronunciavam juízos e decidiam sobre a guerra e a paz. Naquela atmosfera, a vontade individual possuía influência real na administração do Estado e, como consequência natural, existia uma *renúncia* à independência privada (Cf. CONSTANT, 1819).

O autor defende que nas sociedades modernas o menor dos Estados é, sem a menor dúvida, muito mais vasto do que “foram Esparta ou Roma durante cinco séculos”. Segundo Constant, o aumento da extensão de um país contribui para a diminuição da importância política do cidadão. Além disso, a guerra seria anterior ao comércio, e ambos são dois meios diferentes de alcançar os fins almejados. Afirma o autor que o comércio significa obter o que se ambiciona sem a utilização da força e da violência, diversamente da guerra. Na hipótese “a guerra é impulso, o comércio é cálculo. E por isso tinha que chegar uma época em que o comércio substituísse a guerra. Já temos chegado a essa época” (Cf. CONSTANT, 1819).

Constant assevera que o comércio é superior à guerra no mundo moderno. Enquanto a liberdade dos antigos era a liberdade guerreira, os Estados foram organizados pelo princípio da liberdade comercial que inspira os homens à independência e à satisfação dos desejos e necessidades sem a intervenção de autoridades.

été presque entièrement inconnu aux nations libres de l'antiquité” (CONSTANT, 1819).

Enfin, le commerce inspire aux hommes un vif amour pour l'indépendance individuelle. Le commerce subvient à leurs besoins, satisfait à leurs désirs, sans l'intervention de l'autorité. Cette intervention est presque toujours, et je ne sais pourquoi je dis presque, cette intervention est toujours un dérangement et une gêne. Toutes les fois que le pouvoir collectif veut se mêler des spéculations particulières, il vexé les spéculateurs. Toutes les fois que les gouvernements prétendent faire nos affaires, ils les font plus mal et plus dispendieusement que nous.⁶

Portanto, para Constant a verdadeira liberdade dos modernos é a liberdade individual respaldada, por sua vez, na liberdade política. Nesse sentido, pedir aos povos de nossos dias que sacrifiquem, como os de antes, a totalidade de sua liberdade individual à liberdade política é o meio mais seguro para apartar-lhes da primeira e, quando isso estiver feito, não demorará em arrancar-lhes a segunda (Cf. CONSTANT, 1819).

Hayek diverge de Constant em um ponto, e também de Hobbes quando este faz afirmação semelhante, ao entender que a experiência ateniense, na Grécia antiga, conheceu a liberdade individual. Mesmo que outros períodos tenham perdido esta dimensão, o princípio foi vivenciado pelos gregos em certo período de Atenas. “A errônea interpretação da liberdade grega remonta a Thomas Hobbes e tornou-se amplamente conhecida graças a B. Constant, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*” (Cf. HAYEK, 1983, p. 183).

2.1.1 Contexto histórico do liberalismo de Friedrich von Hayek

O nome de Hayek ocupa um papel muito singular na história do liberalismo do século XX. A obra *O caminho da servidão*, seu primeiro

⁶ Tradução livre: “Finalmente, o comércio inspira os homens a um vívido amor pela independência individual. O comércio confere suporte às necessidades e auxilia na satisfação dos desejos, sem a intervenção de autoridades. Tais intervenções são quase sempre, e eu não sei por que eu digo quase, são sempre inconvenientes e desconfortáveis. Todas as vezes em que o poder coletivo intromete-se nos assuntos privados, ele acaba por que incomodar o âmbito privado dos indivíduos. Todas às vezes em que o governo se intromete em nossos assuntos, ele o faz de maneira pior e de maneira mais dispendiosa que nós” (CONSTANT, 1819).

trabalho no campo da política, teve forte impacto em muitos países no período compreendido entre o pós-guerra até as revoluções de 1989. A crítica de Hayek às economias planificadas justificou-se não apenas pela falência dos regimes comunistas, mas ao menos pelo reconhecimento, de socialistas dos mais variados matizes, quanto à importância dos processos de mercado (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 182).

No âmbito político Hayek teve grande destaque, a exemplo da influência que exerceu sobre Antony Fisher⁷ tendo-o dissuadido a seguir carreira política e o estimulado a fundar uma organização destinada à disseminação das ideias do liberalismo clássico. O instituto fundado por Fisher, na Inglaterra, nominado *The Institute of Economic Affairs*, teve um importante papel na guinada cultural e política daquele país, e também inspirou *think tanks* por todo o mundo (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 182).

A despeito disso, o nome de Hayek como referência para a tradição liberal, ou para o pensamento político no século passado, não é reconhecido pela maioria dos cientistas políticos. A obra de Hayek não teve a mesma atração, pela quantidade e pela qualidade de comentadores, que a de John Rawls. Nos cursos universitários é pouco provável encontrar o pensamento político de Hayek. Na Academia *mainstream* o autor é uma figura marginal. Não existe menção a Hayek no trabalho de Rawls, inclusive no texto *Liberalismo político* de 1993, e as preocupações do economista deixaram de ser abordadas nas principais críticas ao liberalismo formuladas nas últimas três décadas (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 182).⁸

⁷ Antony Fisher fundou, na Inglaterra, o *Institute of Economic Affairs* e o *The Atlas Economic Research Foundation*. Fisher é descrito como um *gentleman*, um homem de visão e de grande determinação. Aplicou seus conhecimentos, num primeiro momento, para treinar pilotos de caça da Força Aérea Britânica. Em seguida, atuou como industrial do setor de avicultura para depois se firmar na condução de uma rede global pró-livre mercado, no sentido de aconselhar *think tanks* independentes. Os lucros que obteve no mercado de aves o impulsionaram, por sugestão de Hayek, a investir no IEA (BLUNDELL, 2013).

⁸ Consoante informa Chandran Kukathas: “Nenhum dos chamados ‘críticos comunitaristas’ do liberalismo visualizaram em Hayek um adversário importante. Uma exceção foi Brian Lee Crowley (1987), mesmo que tenha argumentado equivocadamente, em minha opinião, que os trabalhos de Hayek, Sidney Webb e Beatrice Webb se perfilharam a premissas que comprometeram suas teorias liberais” (KUKATHAS, 2007, p. 203).

A pouca compreensão quando às causas da grande crise de 1929⁹ serviu para nublar a perspectiva do liberalismo econômico em todo o mundo. A empresa privada recebeu a culpa exclusiva pela crise, e o pensamento antiliberal respaldou a irrestrita e a irrefletida legitimidade popular em relação ao *Welfare State*, tudo em nome de um suposto *bem comum* desde pesadas regulamentações aos agentes econômicos. Hayek, no prefácio à obra *O caminho da servidão*, disserta sobre a pretensão do texto em demonstrar a corrupção que o controle governamental causa no caráter do povo com alterações de ordem psicológica.

Hayek sugere que a tendência moderna ao socialismo¹⁰ não implica apenas um rompimento definitivo com o passado recente, “mas

⁹ “Na década de 50, Milton Friedman e Anna Schwartz começaram a compilar dados históricos sobre variáveis monetárias sem nenhuma agenda específica e nenhuma intenção de derrubar a explicação dominante da Grande Depressão. Mas ficou óbvio que os dados contradiziam a explicação keynesiana padrão. Portanto, em seu livro ‘Uma História Monetária dos Estados Unidos, 1867-1960’, de 1963, eles mostraram as evidências empíricas que os levaram a uma explicação completamente diferente. [...]” (PONGRACIC JR, 2014).

¹⁰ Na obra *A arrogância fatal* Hayek dedica por longas páginas a compreender o termo *social*: “Como é empregada costumeiramente, pressupõe ou implica numa busca comum de propósitos comuns que em geral só podem ser alcançados pela colaboração consciente. Como vimos uma das condições necessárias da ampliação da cooperação humana além dos limites da percepção individual é que o âmbito dessas buscas seja cada vez mais governado não por propósitos compartilhados, mas por normas abstratas de conduta cuja observância faz com que cada vez mais atendamos às necessidades de pessoas que não conhecemos e, do mesmo modo, que nossas próprias necessidades sejam atendidas por pessoas desconhecidas. [...]. Embora o abuso do termo ‘social’ seja internacional, a palavra assumiu talvez suas formas mais radicais na Alemanha Ocidental onde a constituição de 1949 empregava a expressão *sozialer Rechtsstaat* (estado social de direito), a partir da qual espalhou-se o conceito de ‘economia social de mercado’ – num sentido que seu divulgador Ludwig Erhard com certeza jamais pretendeu lhe atribuir (ele garantiu-me certa ocasião numa conversa, que, na sua opinião, não era preciso que a economia de mercado ser tornada social pois já o era por sua origem). Mas embora o estado de direito e o mercado sejam, desde o início, conceitos bastante claros, o atributo ‘social’ esvazia-os de qualquer significado claro. A partir destes usos da palavra ‘social’, os estudiosos alemães chegaram à conclusão de que seu governo está sujeito por constituição ao *Sozialstaatsprinzip*, o que significa pouco menos do que a suspensão do estado de direito. Do mesmo modo, esses estudiosos alemães identificam um conflito entre o *Rechtsstaat* e *Sozialstaat* e entricheiram o *soziale Rechtsstaat* em sua constituição - a qual foi redigida pelos parvos

com toda a evolução da civilização ocidental, e isso se torna claro quando o consideramos não só em relação ao século XIX, mas numa perspectiva histórica mais ampla”. Consoante explana, a ascensão dos regimes totalitários não foi um projeto que se materializou do dia para a noite na Europa. De fato, houve um rápido abandono não só das ideias de Cobden e Bright, de Adam Smith e Hume, ou mesmo de Locke e Milton, “mas também uma das características mais importantes da civilização ocidental que evoluiu a partir dos fundamentos lançados pelo cristianismo e pelos gregos e romanos” (Cf. HAYEK, 2010, p. 39).

Para Hayek, houve uma renúncia progressiva não só ao liberalismo dos séculos XVIII e XIX, mas ao individualismo essencial herdado de Erasmo de Montaigne, de Cícero e Tácito, de Péricles e Tucídides. “O líder nazista que definiu a revolução nacional-socialista como uma contra-Renascença estava mais próximo da verdade do que provavelmente imaginava”. Hayek defende que a revolução nacional-socialista representou a etapa final de destruição da civilização construída pelo homem moderno a partir da Renascença e que era, acima de tudo, uma civilização individualista. Adverte o autor que o individualismo conquistou uma conotação negativa, e passou a ser associado ao egoísmo. Todavia, importante acautelar que a tradição de Adam Smith, de que Hayek é tributário, pauta-se pelo *individualismo metodológico* e não pelo *atomista*¹¹ (Cf. HAYEK, 2010, p. 39-40).

Milton Friedman, da Escola de Chicago, numa linha de raciocínio semelhante ao individualismo metodológico hayekiano, combate os

fabianos inspirados no inventor do termo ‘nacional-socialismo’, Friedrich Naumann, no século XIX. [...]” (HAYEK, 1995, p. 152-158).

¹¹ Alberto Oliva conceitua o individualismo atomista: “a verdade é que o falso individualismo, como bem o batizou Hayek, acaba também por legitimar, de forma oblíqua e dissimulada, a metafísica holista e suas derivações político-ideológicas coletivistas. Afinal, diluir toda a vida grupal em átomos, que não têm coesão alguma além das regulamentações emanadas do Estado, é continuar conferindo a esta ficção inútil, à sociedade hipostasiada, poder especial e ascendência normativa sobre os indivíduos. No afã de se livrar da substância especial, à qual se atribui a capacidade de impor de fora seus regulamentos gerais de convivência, esse tipo de individualismo acarreta uma tal fragmentação nas relações entre os homens que as regras gerais de convívio institucional – por não serem consequência da ação humana consciente e deliberada – só podem ser vistas como provindas de uma entidade transcendente com vida e poder objetivos como o Estado. Esta, aliás, é uma consequência não-pretendida desse tipo de individualismo” (OLIVA, 1999, p. 75).

críticos do liberalismo que o acusam de “teoria do interesse próprio”, ou do *homo economicus*,¹² como um sujeito totalmente irrealista que seria pouco mais do que uma máquina de calcular a responder a estímulos exclusivamente monetários. Friedman sustenta que essa interpretação é mesquinha, uma vez que aponta indevidamente para o interesse próprio como se fosse um egoísmo míope, uma preocupação exclusiva com recompensas imediatas e materiais (Cf. FRIEDMAN, 2015, p. 55).

O interesse próprio não é sinônimo de egoísmo míope, mas aquilo que interessa aos participantes, aquilo que eles valorizam, quaisquer que sejam os objetivos que busquem.

O cientista que procura alargar as fronteiras de sua disciplina, o missionário que procura converter infiéis a sua verdadeira fé, o filantropo que procura levar conforto ao necessitado – todos

¹² A respeito do conceito de *homo economicus*, explica Cristiano Rosa de Carvalho: “O axioma fundamental do *homo economicus* – modelo paradigmático da ciência econômica e da análise econômica do Direito – é que os indivíduos são racionais, o que significa dizer que agem por interesse, buscando maximizar o seu bem-estar e, para tanto, reagem a incentivos. E essa ação naturalmente se dá em um mundo onde os recursos são escassos, e uma escolha implica em uma renúncia, em outras palavras, incorre em custo de oportunidade” (ROSA, 2014). Na obra *O Nascimento da biopolítica*, Foucault defende que *neoliberais* como Hayek e Mises não deixam que a análise, mesmo recaindo sobre o indivíduo, fuja à grande de inteligibilidade econômica. Para tanto, Foucault acredita que os *neoliberais* vão considerar o sujeito como *homo economicus*, o sujeito que apenas se tornará governamentalizável na medida em que é *homo economicus*. Fica claro, pois, que a superfície de contato entre o indivíduo e poder que se pode exercer sobre ele será essa espécie de grade do *homo economicus* – ele é que será a interface do governo e do indivíduo (FOUCAULT, 2008, p. 340-342). Todavia, Foucault ignora que economistas liberais como Hayek, e Mises, separam a esfera econômica da esfera política. Para ilustrar este ponto, cita-se a lição de Milton Friedman, para quem a liberdade econômica não é corolário lógico da liberdade política, mas sim condição essencial para a realização desta última. Ao permitir que as pessoas cooperem umas com as outras, sem coerção nem comando central, as liberdades econômicas reduzem a área sobre a qual é exercido o poder político. Este é um ponto nuclear na doutrina de economistas liberais como Hayek, Mises e Friedman: evitar que o poder político e econômico se concentre nas mesmas mãos, sob pena do avultamento de tiranias e despotismos. Ao dispersar o poder econômico entre milhares de agentes, o livre mercado proporciona uma compensação no âmbito da esfera política.

estão em busca de seus interesses, em conformidade a julgamentos individuais. Algumas vezes, a busca por determinado fim não é sinônimo de agir em benefício pessoal, a exemplo do missionário que arrecada fundos para a construção de um hospital para filantropia (FRIEDMAN, 2015, p. 55).

A ascensão da perspectiva economicista muitas vezes confunde o intérprete, que tende a associar indistintamente as motivações econômicas às motivações financeiras. Quando os indivíduos possuem motivações econômicas eles se movem no sentido de melhorar a situação atual por meio de instrumentos materiais que se encontram ao seu alcance. Um exemplo de motivação econômica é a caridade, ação individual que pressupõe inclusive a diminuição de dinheiro. Consoante explica Fábio Barbieri:

Desse modo, um músico que decide se deve estudar mais escalas ou se dedicar ao estudo de uma peça, o monge que considera empregar a próxima hora de seu tempo ao cultivo de hortaliças em vez de rezar mais um rosário, o militar que aloca uma divisão de infantaria em uma frente de batalha, desguarnecendo outra, o empresário que decide empregar mais recursos na aquisição de certo equipamento ou na contratação de mais funcionários, ou o gerente de uma associação de caridade que decide se investe mais em publicidade ou em reforma de suas instalações, todos eles se deparam com problemas que contêm aspecto econômico. Apesar disso, quase nenhuma dessas pessoas se encaixa com facilidade no papel de *Homo economicus* (BARBIERI, 2014).

Autores alinhados à perspectiva do liberalismo econômico, a exemplo de Hayek, entendem que os indivíduos devem ser livres para buscarem seus próprios fins, ao contrário de meros instrumentos das finalidades da maioria, ou de indivíduos e grupos específicos. Os críticos desta vertente liberal vão colocar a questão em termos de

ganância, ou de *egoísmo*, como uma cortina de fumaça a encobrir os pressupostos que estão em jogo no debate.¹³

Segundo Mises, as críticas dirigidas ao liberalismo normalmente são de duas espécies. O primeiro grupo de críticos detrata as ideias liberais por associá-las diretamente aos interesses das classes abastadas da sociedade, os capitalistas e empresários, acima dos interesses das demais classes (Cf. MISES, 2011, p. 39). O autor defende a falácia desta associação direta, uma vez que antes do advento do capitalismo, o *status* social de um homem permanecia inalterado do princípio ao fim de sua existência. A mobilidade não existia, uma vez que a condição social era herdada de ancestrais e nunca mudava. As manufaturas, primitivas indústrias, beneficiavam exclusivamente os ricos, “a grande maioria do povo (90% ou mais da população europeia) trabalhava na terra e não tinha contato com as indústrias de beneficiamento, voltadas para a cidade de acordo com um rígido sistema feudal que operou na Europa por vários séculos” (Cf. MISES, 2009, p. 13-14).

Bertrand de Jouvenel explica o advento das máquinas também como um processo de inclusão de um “rebotallo da população”. Pessoas com ausência de qualificação e totalmente marginalizadas foram absorvidas pela Revolução Industrial, porque vendiam barato sua força de trabalho. Esta nova forma de produção concorria com a mão-de-obra artesanal. Como informa Jouvenel, “os artesãos procurarão defender-se dessa concorrência ‘desleal’ pelo aviltamento das remunerações e da

¹³ O economista Rodrigo Peñaloza assinala: “Alguns indivíduos confundem o egoísmo econômico com o egoísmo moral e têm a noção equivocada de que a caridade e a abnegação em favor do próximo pressupõem a negação do auto-interesse enquanto ato que materializa a decisão privada. Atribuem ao auto-interesse uma alcunha de egoísmo moral e distanciamento do coletivo que simplesmente não corresponde à realidade. O socialismo desrespeita a consciência individual na medida em que outorga ao Estado o poder de deliberar sobre coisas que dizem respeito à esfera privada, ou seja, à liberdade do indivíduo de decidir por si próprio acerca do que considera o melhor para si mesmo. Ele trata o homem como uma criança incapaz de saber o que é bom para ela. Já o Liberalismo respeita essa liberdade e entende que a caridade e o desejo de promoção do bem público são instâncias que o homem próprio cria e às quais livremente adere precisamente pelo fato de que, assim fazendo, facilita o atingimento de seus fins privados. Destaco livro ‘De Beneficiis’, V.9: ‘Fazer o bem é um ato voluntário, mas o auto-interesse é uma necessidade.’ Ele simplesmente reconhece que o auto-interesse é da natureza humana (afinal, é o que nos mantém vivos enquanto espécie) e que os benefícios que outorgamos sem exigência de retornos (era essa a noção de benefício na cultura romana) eram atos voluntários” (PEÑALOZA, 2015).

qualidade dos produtos por meio de regulamentos” (JOUVENEL, 1978, p. 212).

Jouvenel analisa os pormenores do advento da máquina na Inglaterra. Ao estudar os escritos do empresário Robert Owen¹⁴, Jouvenel adverte ter Owen colocado as máquinas e os seres vivos em pé de igualdade. Todavia, assim procedeu porque para Owen os indivíduos tinham tudo a ganhar com essa equiparação. Naquela época as máquinas eram consideradas preciosas enquanto que os indivíduos não o eram.

Engels, na obra *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*, culpa a indústria pela “coisificação” do trabalhador, recém-libertado da servidão, que havia se transformado em um simples instrumento dos lucros da classe burguesa. Engels defende que os horrores da Revolução

¹⁴ “Em 1812 e 1813 Robert Owen publica sucessivamente seus quatro ensaios, posteriormente enfeixados em volume único sob o título *A New View os Society*. [...]. No momento em que escreve, Owen é sem a menor dúvida uma das grandes figuras do condado de Lanark, sendo chefe da maior fiação da Escócia e genro do industrial mais rico de todo o país. Havia necessidade de insistir na consideração social que desfrutava, já que é nela que se apoia para repreender seus iguais. É a estes, em primeiro lugar, e depois às autoridades políticas, que dirige seus ensaios, e só em 1816 a obra será colocada no comércio. Para levar outros a compartilhar seus pontos de vista e fazer com que imitem as práticas por ele utilizadas, vale-se do crédito que lhe advém de seu sucesso industrial. É o que veremos no prefácio do terceiro ensaio, dirigido especialmente aos empresários: ‘Tal qual vós, exerço a indústria com o fito do lucro pecuniário. Mas depois de ter agido por vários anos segundo princípios que sob vários aspectos são contrários aos que vos foram ensinados, e tendo chegado à conclusão de que esse procedimento é vantajoso para os outros e para mim, até mesmo sob o ângulo financeiro, quero expor-vos esses princípios a fim de que vós também possais desfrutar as vantagens que os mesmos proporcionam. [...]. Por esses detalhes vereis que desde o momento em que assumi minhas funções considerei o pessoal, com todo o aparelhamento e todas as partes, e achei que era meu dever e correspondia ao meu interesse combinar cada mão, bem com cada mola, alavanca ou roda de tal forma que concorresse efetivamente ao propiciar o maior ganho pecuniário aos proprietários. Muitos de vós já experimentastes em vossos estabelecimentos as vantagens de uma maquinaria eficiente, bem concebida e bem construída. A experiência vos ensinou a diferença entre os resultados que se obtém quando as máquinas são bem conservadas e quando a negligência faz com que se deteriorem. Portanto, se o estado de vossas máquinas inanimadas pode produzir resultados favoráveis, o que não podereis esperar se dedicardes igual atenção às vossas máquinas vivas, que são construídas de maneira muito mais maravilhosa? (R. Owen, *A New View of Society*, ed. Everyman, p. 67)” (JOUVENEL, 1978, p. 220).

Industrial, em relação à classe trabalhadora, a exemplo da fome, da miséria, da doença, do descaso do governo, da burguesia e da mecanização das relações sociais conduziram, necessariamente, às revoluções sociais (Cf. ENGELS, 1985, p. 7)

Estas pessoas cruzam-se apressadas como se nada tivessem em comum, nada a realizar juntas, e a única convenção que existe entre elas é o acordo tácito pelo qual cada um ocupa a sua direita no passeio, a fim de que as duas correntes da multidão que se cruzam não se constituam mutuamente um obstáculo; e, contudo, não vem ao espírito de ninguém a ideia de conceder a outro um olhar sequer. Esta indiferença brutal, este isolamento insensível de cada indivíduo no seio dos seus interesses particulares, são tanto mais repugnantes e chocantes quanto é maior o número destes indivíduos confinados neste reduzido espaço (ENGELS, 1985, p. 36).

O rápido crescimento econômico melhorou consideravelmente o padrão de vida do cidadão comum por um lado, enquanto que por outro tornou ainda mais visíveis as áreas remanescentes de pobreza e de miséria, consoante ilustram os romances de Charles Dickens. Em obras como *Tempos difíceis* (2014), Dickens contrapôs a sensibilidade e os afetos humanos ao *ethos* capitalista. As cidades industriais modernas foram descritas como ambientes de máquinas e chaminés altas, em que se arrastavam perenes e intermináveis serpentes de fumaça que nunca se desenrolavam de todo. As ruas também se assemelhavam umas às outras onde moravam pessoas também semelhantes umas às outras, que saíam e entravam nos mesmos horários, produzindo os mesmos sons nas mesmas calçadas, para fazer o mesmo trabalho, e para quem cada dia era o mesmo de ontem e de amanhã, e cada ano o equivalente do próximo e do anterior.

Charles Dickens personificou o *homo economicus* na forma da figura egoísta e avarenta do tio Scrooge em *Um conto de Natal*, “recontada na forma de desenhos animados, filmes e peças teatrais escolares no final do ano, a história ensina as crianças do mundo todo a diferenciar a moral solidária do egoísmo existente entre os homens de negócio”. De acordo com Barbieri, o personagem Tio Patinhas (*Uncle Scrooge*, no original inglês) mergulhando em sua pilha de dinheiro é o vilão que personifica o *homo economicus* (Cf. BARBIERI, 2014).

Este cenário desolador, que marcou o início do capitalismo, permeou todo o imaginário popular, e também intelectual, na Inglaterra da época. Marx foi um leitor de Dickens e relatou que: “os grandes romancistas da época Vitoriana, como Dickens, Trakeray e a família Brontë, foram responsáveis por lançar ao mundo mais verdades do que qualquer político profissional, publicitário ou moralistas juntos” (Cf. FORD, 2012).

Não obstante as tragédias e as dificuldades daquele momento inaugural do capitalismo, economistas como Deirdre McCloskey asseveram que antes de 1800 o que existia era somente pobreza no mundo inteiro, ao informar que os salários médios nos Estados Unidos passaram de 3 dólares para mais de 120 dólares diários. A tese de McCloskey é de que a mudança repentina não decorreu de exploração e nem de investimentos, mas sim de novas ideias e inovações. Classes que anteriormente eram desonradas ganharam protagonismo, em razão das liberdades econômicas evidenciada na Holanda e na Inglaterra (Cf. McCLOSKEY, 2014).

No mesmo sentido de McCloskey, Hayek dá razão a Marx quanto este defende que o “capitalismo criou o proletariado”, ou que o “capitalismo deu vida ao proletariado” (Cf. HAYEK, 1995, p. 167). Para Mises, “a opinião de que o resultado da política econômica liberal é ou deva ser, necessariamente, o de favorecer interesses especiais de certos estratos da sociedade é uma questão que ainda permite discussão”. Mises, assim como Hayek e outros autores que trabalharam sob a perspectiva do liberalismo econômico, objetivam demonstrar que esta acusação não se justifica. Não obstante, o autor considera justa a pessoa que a professa, uma vez que pode estar imbuída das melhores intenções. Por sua vez, existe um segundo grupo de críticos que Mises nomina de “injustos e ignorantes”, uma vez que advogam a tese de que o liberalismo não deseja promover o bem-estar geral, “mas tão somente os interesses especiais de certas classes” (Cf. MISES, 2011, p. 39).

Mises rebate este grupo de críticos ao argumento de que a política antiliberal seria uma política de consumo de capital, responsável por um mundo não interditado pela inexorável escassez de recursos, no sentido de privilegiar demagogos megalomânicos a prometer presentes gloriosos em detrimento do futuro. Para o economista austríaco muitos demagogos apregoam desonestamente a “frieza de coração *versus* a filantropia” como se a existência de carência e de miséria no mundo fossem argumentos contra o liberalismo. Consoante Mises “é exatamente a carência e a miséria que o liberalismo busca abolir e considera que os meios que propõe utilizar são os únicos apropriados

para a consecução deste fim”, e conclama aos pensadores antiliberais que apontem meios melhores, ou mesmo diferentes, para que os homens consigam abandonar a pobreza (Cf. MISES, 2011, p. 40).

2.2 ANTECEDENTES E INFLUÊNCIAS DE FRIEDRICH VON HAYEK

Existem poucos trabalhos sobre a procedência das ideias de Hayek. O economista reconhece o débito intelectual para com os teóricos da Escola Austríaca que o antecederam, a exemplo do mais famoso, Ludwig von Mises, como também de Friedrich von Wieser e Carl Menger. A melhor compreensão quanto ao liberalismo de Hayek demanda perscrutar não apenas o entorno de sua época, como também a gênese do liberalismo em sua vida e, mais particularmente, em suas preocupações práticas (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 187).

A extensa obra de Hayek contempla trabalhos no campo da Economia, Filosofia Política, Psicologia e Direito. A preocupação central, nestes textos, consiste em investigar os limites da razão humana e os limites do conhecimento. Isso porque, para Hayek, o modo como os indivíduos compreendem a *razão* e o *conhecimento* modula toda a visão das ciências sociais e das políticas públicas destes sujeitos. A insistente preocupação epistemológica bordará toda a obra de Hayek no delineamento de conceitos como *catalaxia*, *grande sociedade*, *ordem espontânea*, *ordens abstratas* e *fenômenos complexos*.

Os primeiros estudos de Hayek foram os ciclos econômicos e a teoria do capital. O ensaio *Economics and knowledge*, de 1936, em que trabalhou a teoria econômica e os processos de informação, lhe rendeu o Nobel de Economia, em 1974, em conjunto com Gudnar Myrdal. Naquela época foram célebres os debates com John Maynard Keynes e Pietro Straffa, na *London School of Economics and Political Science* (LSE), em torno de matérias que envolviam teorias monetárias, além das divergências com Oskar Lange a respeito do cálculo econômico no socialismo.

No âmbito da política, a primeira obra importante de Hayek foi *O Caminho da servidão*, que permaneceu no prelo até 1944. Naquele período, Hayek contava com 45 anos e já era um intelectual reconhecido, membro da Academia Britânica, e sua reputação rivalizava com Keynes. Chandran Kukathas afirma a importância de se compreender o porquê de um economista voltado para a investigação de ciclos econômicos ter, de repente, voltado a atenção para a política,

tendo a ela dedicado os 45 anos seguintes de sua vida (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 187).¹⁵

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

Após a eclosão da guerra, em 1939, Hayek tinha uma visão muito clara a respeito do problema insurgente e como enfrentá-lo. Com base nisso, dedicou todas as energias à publicação da obra *Os fundamentos*

¹⁵ “Caldwell (1988) fala da ‘transformação de Hayek’. Segundo ele, o artigo ‘Economics and Knowledge’ (Hayek, 1937) significaria o rompimento de Hayek com sua obra anterior, na medida em que marcaria o seu definitivo afastamento de temas mais técnicos em Teoria Econômica a partir de sua rejeição da ferramenta central utilizada na análise econômica convencional, qual seja, o conceito de equilíbrio. A negação da análise equilibrada se deveria ao crescente interesse do austríaco, também transparecido no artigo de 1937, no problema da coordenação entre os agentes possuidores de conhecimento imperfeito e incompleto como objeto central de estudo do cientista social, para o que aquele instrumental pouco contribui, na visão de Hayek. De acordo com Caldwell (1988), a inserção de Hayek no debate sobre a possibilidade do cálculo econômico socialista teria motivado essa transformação. A suposta derrota de Mises em seu embate com Oskar Lange e outros ‘socialistas de mercado’ dentro de uma plataforma marginalista teria levado Hayek a buscar reformular de forma radical o argumento em favor do livre mercado. Daí seu movimento em direção aos problemas de coordenação e de conhecimento, e a conseqüente e irrefutável conclusão da superioridade dos princípios de mercado sobre os do planejamento estatal, para a organização da sociedade. Ora, a aceitação de conhecimento imperfeito, incompleto, subjetivo e disperso era incompatível com a análise marginalista e de equilíbrio até então amplamente difundida nos círculos de economistas, inclusive em boa parte dos Austríacos. O que Caldwell (1988) chama de ‘transformação de Hayek’ é esse abandono do instrumental usual de um economista, particularmente o conceito de equilíbrio (que o próprio Hayek anteriormente defendia), rumo a uma abordagem que adota a hipótese de conhecimento imperfeito por parte dos indivíduos e que vê o mercado como um processo competitivo de criação, descoberta e experimentação, provocado pela participação de Hayek no debate sobre o cálculo econômico socialista e tipificado em seu artigo de 1937” (Cf. ANGELI, 2007, p. 2-4).

da liberdade nos 20 anos subsequentes ao término do conflito armado (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 187).

O problema, como Hayek constatou, era investigar de que modo o combate às ideias que serviram de base para as instituições totalitárias poderia se dar. A resposta, conforme Hayek, passava pela exposição das convicções totalitárias a críticas, e pela promoção de uma alternativa liberal. É muito importante notar aqui duas orientações: Hayek não percebia esta tarefa como um trabalho filosófico, mas sobretudo como um trabalho intelectual que pressupunha o engajamento não só de filósofos, mas de economistas, cientistas sociais, e principalmente de historiadores. Em uma segunda orientação, Hayek possuía a convicção de que o sucesso desta batalha dependia não só do empenho dos intelectuais, mas deveria transcender para uma esfera pública mais ampla (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 187-188).

O liberalismo de Hayek deve ser compreendido desde o medo em relação ao futuro em meio aos escombros de duas grandes guerras. O autor parecia convicto a respeito da importância de salvaguardar os valores humanistas que foram solapados pelos conflitos armados e pelo totalitarismo. Esta é a explicação para grande parte das características de sua obra. Importante pontuar que Hayek se propôs a revitalizar os princípios liberais ao contrário de inaugurar uma teoria liberal contemporânea,¹⁶ compromisso que pode ser evidenciado na abertura do livro *Os fundamentos da liberdade*:

Neste livro, tentei reformular o liberalismo clássico na linguagem do nosso tempo e em relação aos seus problemas. [...]. Para que as antigas verdades continuem governando a mente humana, elas precisam ser reafirmadas na linguagem e nos conceitos de sucessivas gerações

¹⁶ “Em minha opinião, Hayek ofereceu uma maneira distinta de interpretar o liberalismo clássico. Ele sugeriu que deveríamos colocar considerações da economia política e da teoria política e social no centro do palco quando consideramos questões na teoria política normativa. A abordagem de Hayek contrasta significativamente com a abordagem baseada em direitos para o liberalismo clássico que pode ser encontrada em escritores como Nozick. Mas também é diferente do tipo de argumento econômico para o liberalismo clássico que pode ser tirada da Escola de Chicago, ou os proponentes de Direito e Economia. Em vez disso, ele representa algo parecido com a abordagem cética de David Hume e Adam Smith” (KUKATHAS, 2007, p. 188).

[...]. Muito tempo se passou desde que os ideais da liberdade que inspiraram a moderna civilização ocidental e cuja realização parcial tornou possíveis os feitos dessa civilização foram eficazmente reafirmados. Na verdade, há quase um século os princípios básicos sobre os quais foram lançados os fundamentos desta civilização vêm sendo cada vez menos respeitados e, gradativamente, estão caindo no esquecimento. [...]. Somente quando, nas últimas décadas, nos defrontamos com um sistema totalmente diferente é que descobrimos que perdemos a concepção clara de nossos objetivos e que não temos princípios firmes que possamos levantar contra a ideologia dogmática de nossos adversários. [...] (HAYEK, 1983, p. 50-55).

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

Para Hayek, as doutrinas totalitárias recusam-se a reconhecer esferas autônomas em que os fins de cada agente sejam soberanos. Desse modo, o liberalismo é apresentado como uma tradição que se pauta pela falibilidade da razão humana, no sentido de valorizar os processos sociais espontâneos não planejados. Consoante o autor, os poderes criativos da civilização dependem do reconhecimento quanto a esta ordem espontânea que não pode ser submetida, sem os devidos cuidados e distinções, aos poderes da razão humana (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 193).

O medo de Hayek quanto aos perigos do totalitarismo para a civilização europeia marca o caráter internacionalista e, portanto, antinacionalista de seu liberalismo. Talvez este seja o ponto mais dissonante do liberalismo do autor em relação ao contemporâneo. Para Hayek, a ameaça do totalitarismo apenas poderia ser enfrentada por um movimento internacional, porquanto a recaída no nacionalismo poderia fomentar as forças coletivistas e se revelar fatal para as sociedades livres. Desde as primeiras avaliações, Hayek se convenceu de que a

ameaça que o totalitarismo representava só poderia ser enfrentada por um movimento internacional, e que o isolacionismo seria fatal para as sociedades livres no endosso dos totalitarismos (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 193).

Conquanto estas características tenham particularizado o liberalismo de Hayek, elas também foram responsáveis por mantê-lo em descompasso em relação ao liberalismo contemporâneo. Antes de investigar as possíveis razões por que os trabalhos do autor permaneçam marginais é importante retornar à distinção elaborada por Hayek quanto à existência de “dois tipos de liberalismo”. O primeiro, de raiz continental e construtivista, incluiria os nomes de Voltaire, Rousseau, Turgot, Condorcet, Gracchus, Babeuf, Thomas Paine, Jeremy Bentham, James Mill e Garibaldi. A outra família, denominada por Hayek “liberalismo clássico, evolucionista, ou *Whig*”, em suma, é a dominante nos países de língua inglesa e alemã após a Segunda Guerra Mundial, espalhando-se por todo o mundo, inclusive o latino (Cf. MACEDO, 1995, p. 25).

As diferenças entre as duas famílias são significativas, apesar do mesmo nome e de idênticos valores procurados: a liberdade junto com a igualdade e a fraternidade. Para a variante continental, a liberdade se realizaria por meio do Estado, pela vontade unânime de todos os iguais, com menosprezo pelas minorias e oposições. Para a variante clássica, a liberdade é um valor que só se assegura com um governo limitado, preocupado em garantir o direito à existência das oposições e sua possibilidade futura de vir a se transformar em maioria no governo (Cf. MACEDO, 1995, p. 25-26).

No primeiro liberalismo, há uma hostilidade a partidos políticos e facções e um entusiasmo imoderado pela unanimidade. Um assembleísmo caracteriza o liberalismo continental como expressão de uma sempre sonhada democracia direta. O sistema representativo é a principal tese do liberalismo clássico, onde o mecanismo eleitoral, seu contínuo aperfeiçoamento para garantir minorias e oposições é o tema principal desses liberais (MACEDO, 1995, p. 26).

Existem alguns postulados que se assemelham nestas duas tradições, em particular no que concerne às liberdades de pensamento, de expressão e de imprensa, assim como no que diz respeito à crença na liberdade de ação individual, e em algum tipo de igualdade entre os

homens. Não obstante, possuem divergências consideráveis no que tange aos conceitos de liberdade e de igualdade (Cf. PIRES, 2011, p. 24-25).

Conforme expõe Hayek, para a velha tradição britânica, a liberdade do indivíduo pautava-se na proteção legal contra toda coerção arbitrária. De modo diverso, a tradição continental preconizava a liberdade como autodeterminação de cada grupo em relação a sua forma de governo. Embora a tradição britânica tenha raízes na Antiguidade Clássica, é importante advertir que já existia uma ideia de oposição entre governo e indivíduo na Inglaterra, muito bem marcada por Locke e pelos Iluministas escoceses. Na França, consoante já se expôs, a liberdade política estourou de repente, e as ideias que a sustentavam foram extraídas também da Antiguidade Clássica (não aquela defendida por Hayek quanto a Atenas em certo período histórico), mas desprovidas da cumulatividade que havia se evidenciado na Inglaterra.

A liberdade dos britânicos, que no século XVIII toda a Europa veio a admirar, não foi, assim – como os próprios britânicos foram dos primeiros a acreditar, e como Montesquieu, mais tarde, ensinou ao mundo – originalmente produto da separação de poderes entre legislativo e executivo, mas antes uma decorrência do fato de as decisões dos tribunais serem regidas pelo direito consuetudinário, um direito que existia independentemente da vontade de qualquer pessoa e que, ao mesmo tempo, se impunha aos tribunais independentes e era por eles desenvolvido. Tratava-se de um direito em que o parlamento só raramente interferia, fazendo-o geralmente para aclarar pontos duvidosos no seio de um determinado corpo de leis. Poder-se-ia até dizer que se desenvolveu uma espécie de separação de poderes na Inglaterra não porque somente o poder legislativo fazia leis, mas porque este não as fazia; porque as leis eram determinadas por tribunais independentes do poder que organizava e dirigia o governo, a saber, o poder daquilo que, na Inglaterra era erroneamente chamado *legislature*. (HAYEK, 1985, p. 98-99).

2.2.1 O liberalismo britânico dos *Old Whigs*: Locke e Burke

John Gray afirma que a partir de Locke, teórico da Revolução Gloriosa, pela primeira vez foram articulados os elementos centrais do liberalismo. De modo prático o liberalismo inglês compreendia um forte parlamentarismo sob o *império da lei*, em oposição ao absolutismo monárquico, com base em uma contundente defesa da liberdade de associação e da propriedade privada, elementos que ampararam o conceito de sociedade civil “uma sociedade de homens livres, iguais perante a lei, unidos não em função de um propósito em comum, mas pelo respeito dos direitos uns dos outros” (Cf. GRAY, 1948, p. 13).

Para Locke, o primeiro direito é a autopropriedade: “ainda que a terra e todas as criaturas inferiores pertençam em comum a todos os homens, cada um guarda a propriedade de sua própria pessoa; sobre esta ninguém tem qualquer direito, exceto ela” (LOCKE, p. 10-18). Não se pode perder de vista a doutrina dos direitos naturais a que se filiava Locke quando colocava os homens “como criaturas de Deus”.¹⁷ A

¹⁷ Ver a crítica de Leo Strauss aos direitos naturais de Locke: “a obra de Locke estava de forma evidente ligada à fundação americana e, por isso, ao patriotismo americano. Mas sobretudo indicava um modelo de sociedade e uma interpretação da vida humana que, apesar de aparecerem à consciência comum quase espontaneamente como o contra-modelo da ameaça comunista (ou nacional socialista) e apesar de se basear numa concepção de justiça natural, não podiam constituir uma alternativa. Pois ao redefinir radicalmente e com o auxílio de Hobbes, o sentido da justiça natural, conduzia de forma mais ou menos inadvertida às maleitas dos nossos tempos, o positivismo e o historicismo, até porque expunha a concepção do direito natural às críticas devastadoras do historicismo dos séculos XVIII e XIX e abria caminho para o reducionismo do positivismo dos séculos XIX e XX. [...]”. Para Strauss a pergunta “o que é o direito natural?” não deve ser confundida com a pergunta “o que é a lei natural?” “É verdade que ambas pressupõem a ideia de natureza, mas a ideia de ‘natureza’ foi descoberta pelos Gregos em contraposição não só a ‘arte’ mas principalmente a *nomos*, isto é, a lei ou o costume ou a convenção. Nesse sentido a concepção de uma ‘lei natural’ (*nomos tes physeos*) ‘é uma contradição nos próprios termos’. A descoberta da natureza solicita a procura do ‘direito natural’ (*physei dikaion*) ou do que ‘recto ou justo por natureza’ ou do que é intrinsecamente bom, justo e correto. Convém sublinhar que a palavra inglesa *right* é muito abrangente, podendo designar direito, *certi*, *recto*, *correcto*, justo, talvez até bom, assim como *wrong* designa torto, errado, incorreto, injusto, talvez até mau”. Assim, o significado que Strauss atribui à expressão *natural right* pode ser traduzido genericamente por “direito natural” “desde que esta expressão seja entendida,

despeito disso, a relação necessária entre propriedade e liberdade individual é marcante em Locke, de modo que a independência pessoal e a liberdade pessoal pressupõem a propriedade privada (Cf. GRAY, 1948, p. 14).

Hayek confere à propriedade privada a mesma importância para a autonomia individual. Com base na pesquisa de Finley¹⁸, Hayek aduz que as civilizações grega e romana tinham por fundamento a propriedade privada. Os gregos teriam percebido que a propriedade privada era inseparável da liberdade individual. Consoante explica Hayek, ao citar o grego Estrabão, os autores da Constituição da antiga Creta partiam do pressuposto de que “a liberdade é o maior bem de um Estado, e apenas por esta razão a propriedade deve pertencer especificamente aqueles que a adquirem, enquanto num regime de escravidão tudo pertence aos governantes” (Cf. HAYEK, 1995, p. 50).

O “individualismo possessivo” de Locke não foi apenas uma teoria política, mas sobretudo um produto da análise a respeito das condições que encaminharam Inglaterra e Holanda rumo à prosperidade. A afirmação de Locke “onde não há propriedade não há justiça” oportuniza o esclarecimento de Hayek: “se a ideia de propriedade implica um direito a algo, e a ideia à qual é dado o nome injustiça é a invasão ou a violação desse direito”, a proposição de Locke parece acertada (Cf. HAYEK, 1988, p. 55).

Locke compreendia a atividade política desde arranjos que permitissem salvaguardar a propriedade, a fim de que os intentos privados dos indivíduos pudessem ser alcançados na sociedade civil. O governo civil, para Locke, “é a solução adequada para as inconveniências do estado de natureza” (LOCKE, p. 26-42), razão por que suas funções deveriam ser mitigadas com base na compreensão de que os indivíduos seriam os melhores juizes de seus próprios interesses. Daí se infere a importância de um governo limitado e do respeito às leis, tanto em Locke quanto em Hayek.

não no sentido especificamente moderno que indica um conjunto de direitos subjetivos, nem como um sistema fechado de normas morais que se podem inferir de princípios metafísicos, mas antes como o que decorre da investigação racional do que é *recto* ou justo por natureza ou do que é intrinsecamente bom, justo e correto” (Cf. STRAUSS, 2009, p. 13 e 20). Hayek tentará solucionar a dicotomia *naturalis* e *positivus* em sua obra, consoante foi exposto no item 2.2.2.

¹⁸ Finley, Moses. *An Ancient Economy*. London: Chatto and Windus, Ltda, 1973, citado por Hayek na obra *A arrogância fatal: os erros do socialismo*.

Segundo Locke, “onde não há lei não há liberdade” (LOCKE, p. 26-42):

A sociedade política só existe onde os homens concordaram em desistir de seus poderes naturais e erigir uma autoridade comum para decidir disputas e punir ofensores. Isso só pode ser realizado por acordo e consentimento. Liberdade não significa que um homem possa fazer exatamente o que lhe agrada, sem consideração a qualquer lei, pois a liberdade natural do homem é ser livre de qualquer poder superior na terra, e de não depender do desejo ou da autoridade legislativa do homem, mas ter apenas a lei da natureza para regulamentá-lo, enquanto sob governo um homem é livre quando tem um regulamento determinado para guiá-lo, comum a todos daquela sociedade, e criado pelo poder legislativo nela erigido. A essência da liberdade política, na verdade, é que um homem não deverá estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem” (LOCKE, p. 50).

Para Hayek, na mesma linha de Locke, não é possível haver liberdade sem restrições. Consoante adverte, os pensadores mais alinhados à tradição das *liberdades positivas* foram os responsáveis pela compreensão equivocada de que liberdade significa ausência de restrições. Hayek cita Voltaire: “quand je peux faire ce que je veux, voilà la liberté”, e Bentham: “toda lei é um mal, pois toda a lei é uma violação da liberdade”. Também mapeia o conceito de liberdade em Bertrand Russell como “a ausência de empecilhos à realização de nossos desejos” (Cf. HAYEK, 1995, p. 50).

Todavia, segundo Hayek, este sentido de liberdade é impossível, porquanto os arbítrios individuais se chocariam caso ausentes os limites e restrições. Por sua vez, Bentham percebia a lei como um atentado contra a liberdade; todavia para Locke, assim como para Hayek, o homem já nasce limitado por leis. Na seção 2.4.1, será envidada uma tentativa de compreensão do termo *liberdade* a partir dos trabalhos de Hayek. Neste momento apenas se faz necessário informar que a *liberdade negativa* de Hayek se contrapõe ao conceito de *liberdade política*, bem como à *liberdade interior*, e também à *liberdade como poder*.

Locke é considerado o precursor da democracia liberal, uma vez que esboçou de modo rudimentar muitos dos aspectos que viriam a se tornar centrais nesta, a exemplo dos direitos individuais, da soberania popular, da regra da maioria, da separação de poderes, da monarquia constitucional e da representatividade por via de um sistema de governo parlamentarista. No decurso do século XVIII este conjunto de ideias compôs a doutrina *Whig*, amplamente divulgada e desenvolvida, a exemplo de Montesquieu no *Espírito das leis*. Enquanto os iluministas escoceses se ocuparam de desenvolver a doutrina *Whig*, coube a Edmund Burke não só elaborá-la em termos filosóficos, mas também por meio de sua prática política como *Member of Parliament* (Cf. PIRES, 2011, p. 27).

Burke defendeu o direito de emancipação das colônias americanas e criticou duramente a Revolução Francesa, sobretudo os ideais que a alicerçavam, a exemplo do espírito rousseauiano e cartesiano que visualizava a liberdade em conformidade à *razão*. Para a tradição *Whig* de Burke e de Hayek “o único tipo de liberdade que pode ser garantido por uma ordem política é a liberdade sob a lei no sentido de liberdade da coerção arbitrária” (Cf. PIRES, 2011, p. 27).

Muito embora estes pensadores tenham subscrito os mesmos princípios do liberalismo clássico, Burke é considerado o fundador moderno do conservadorismo. A despeito da tentativa de alguns autores, como John Gray e Roger Scruton, em identificar Hayek com o conservadorismo, no famoso texto *Why I am not a conservative*, Hayek informou que “quanto mais aprendo sobre a evolução das ideias, mais percebo que sou simplesmente um impenitente *Old Whig*” (Cf. PIRES, 2011, p. 28).

Burke era um seguidor do cristianismo, enquanto Hayek era agnóstico e teria tentado completar o pensamento de Burke com uma base científica, para além da espiritual. No entendimento de Burke, a sociedade civil fundamenta-se no cristianismo e, logo, também o Estado, instituição sagrada providenciada pela Vontade Divina. Hayek, na qualidade de agnóstico, jamais partilharia da mesma acepção. Para Hayek, o espiritual e o temporal são duas ordens inteiramente distintas.

Ele nunca poderia aceitar a crença de Burke de que “Deus quis o Estado”; para a sua mente, tal concepção presta-se muito facilmente à interpretação perigosa que uma particular vontade ou vontades humanas devem dirigir o curso da vida social (PIRES, 2011, p. 29).

No *Speech on Conciliation*, Burke deu grande importância à religião como componente da liberdade na América, e lembrou que o protestantismo do povo americano “é daquele tipo que é o mais adverso a toda a submissão implícita da mente da opinião”. Consoante Burke, o protestantismo era uma forma de dissensão, mas o tipo que prevalecia nas colônias do norte era de “um refinamento no que diz respeito ao princípio da resistência: é a dissidência da dissidência, e o protestantismo da religião protestante” (Cf. HIMMELFARB, 2011, p. 111-112).

Tal posição ia muito além do argumento familiar sobre tolerância, que advogava meramente a tolerância de divergências religiosas. Para Burke, a religião, e as divergências religiosas de maneira especial, era a principal base da liberdade – de toda a liberdade, não apenas da liberdade religiosa. Esse princípio se tornava ainda mais notável porque vinha de um anglicano (de linhagem irlandesa) que era um vigoroso defensor do princípio de um a religião institucional, bem como da tolerância religiosa (HIMMELFARB, 2011, p. 112).

Consoante será exposto no próximo tópico, iluministas como Adam Ferguson, David Hume e Adam Smith, assim como Burke, entendiam que a sociedade e suas instituições resultavam de um processo de crescimento cumulativo, em que a ordem social se apresentava como produto da interação entre instituições, hábitos, costumes, lei e forças sociais impessoais. Para estes autores, a civilização não é o resultado de uma criação deliberada e orientada para um fim específico, mas sim um processo de interação espontânea de milhares de mentes numa matriz de valores, crenças e tradições não racionais ou suprarracionais. Esta também é uma das principais premissas do trabalho de Hayek: a ferrenha oposição ao que nominou *racionalismo construtivista*, que seria o oposto da perspectiva evolucionária das instituições sociais (Cf. PIRES, 2011, p. 29).

Nesse sentido, Hayek foi tributário da doutrina *Old Whig*. Todavia, o corpo de ideias da mencionada doutrina foi aprofundado por Burke, que por sua vez sofreu influência direta de Smith e de outros importantes autores do iluminismo escocês. Consoante já se apontou, o conceito de liberdade, em Hayek, pressupõe o estudo deste perfil de iluminismo.

2.2.2 O Iluminismo escocês: David Hume, Adam Smith e Adam Ferguson

Os britânicos não tiveram *philosophes*, mas sim filósofos morais. Himmelfarb cita a ironia do reconhecimento, pelos franceses, quanto à influência de Locke e de Newton em seu iluminismo. Na Inglaterra, todavia, os filósofos morais receberam pouca influência de ambos e a relação dos britânicos para com Locke e Newton é descrita, por Himmelfarb, como ambígua (Cf. HIMMELFARB, 2011, p. 41).

Locke era um autor *best-seeling* e uma figura reverenciada na Inglaterra do século XVIII. Não obstante, a admiração em relação a Locke decorria de sua política e não de sua metafísica. Os princípios básicos do trabalho dos filósofos morais implicavam um repúdio às ideias de Locke. Estes autores britânicos acreditavam em um “senso moral” que se presumia inato ao espírito humano (como Shaftesbury e Hutcheson pensavam), de tal modo arraigado na sensibilidade dos homens, na forma de simpatia ou sentimento de solidariedade (a exemplo de Smith e de Hume), como se as mesmas forças os impelissessem com ideias inatas (Cf. HIMMELFARB, 2011, p. 42).

Locke rejeita as ideias inatas tanto morais quanto metafísicas. O espírito (*mind*), para o autor, é uma tábula rasa¹⁹ a ser preenchida por sensações, por experiências e por reflexões surgidas a partir delas. O

¹⁹ Sobre a “tábula rasa” de Locke, Valdenor Júnior oferece o contra-argumento de Steven Pinker: “‘Tabula Rasa’ é uma expressão em latim que significa ‘tábua vazia’ e está relacionada ao modo de escrita dos antigos romanos, que faziam isso em ‘tábuas’. Uma ‘tábua vazia’ seria como uma ‘folha de papel onde nada foi escrito ainda’. Na filosofia, a expressão foi usada por Locke para falar da mente humana como desprovida de ideias inatas (PINKER, p. 23). [...] Steven Pinker critica uma teoria acerca da natureza humana, que ele denomina de ‘tábula rasa’: ‘a idéia de que a mente humana não possui estrutura inerente e de que a sociedade, ou nós mesmos, podemos escrever nela à vontade’ (PINKER, p. 21), de modo que uma natureza humana (inata) praticamente inexistiria. [...] Concordamos assim com Pinker, no sentido de que existe uma natureza humana inata complexa e que explicações naturalistas são adequadas para a mente humana. Pinker aponta várias pontes entre biologia e cultura: ciência cognitiva, neurociência, genética comportamental, psicologia evolucionária. E não se pode esquecer que o darwinismo fornece um arcabouço conceitual no qual a origem da fisiologia e psicologia humanas se tornam inteligíveis de um ponto de vista naturalista científico: Robert Foley chega a dizer que ‘As origens da humanidade e, em última análise, a natureza humana, não são questões filosóficas, mas técnicas’ (FOLEY, p. 37)” (BRITO JÚNIOR, 2013).

título do primeiro capítulo de seu *Ensaio sobre o entendimento humano* é: “Não há princípios especulativos inatos (princípios morais)”. A virtude é geralmente aprovada porque é “vantajosa”, contribui aos interesses próprios e à felicidade, à promoção do prazer e à evasão da dor. Desse modo, as coisas podem ser julgadas boas ou más apenas em referência ao prazer e à dor, que são eles mesmo, produtos de sensações (Cf. HIMMELFARB, 2011, p. 42).

Shaftesbury escreve um ensaio em 1699, nove anos após a publicação do ensaio de Locke, em que defende o fato de a virtude não derivar da religião, do egoísmo, da sensação ou da razão. Estes, na verdade, são instrumentos que auxiliam ou obstruem a virtude, mas não são sua fonte primária. O que os antecede é o “senso moral”, o “senso de certo e de errado”. O contraste com Locke, mas também com Hobbes, é bastante evidente. Shaftesbury colocou Locke, ainda mais do que Hobbes, como vilão da peça, porquanto o personagem de Hobbes e seus “princípios [de governo] básicos sem originalidade tiraram o veneno de sua filosofia”, ao passo que o caráter de Locke e seus louváveis princípios de governo fizeram sua filosofia ainda mais repreensível (Cf. HIMMELFARB, 2011, p. 46).

No mesmo período, Bernard Mandeville publica *A fábula das abelhas: vícios privados, benefícios públicos*, em que fornece a descrição de uma colmeia de abelhas habitada por patifes; todavia, um ambiente em que a desonestidade servia a um propósito valioso. Todo o vício tinha sua virtude concomitante: avareza contribuía para a prodigalidade; luxúria, para a diligência; loucura, para a ingenuidade. O resultado era uma colmeia caótica, mas produtiva, e as tentativas bem-intencionadas de livrar a colmeia do vício tiveram como resultado o desaparecimento da colmeia, e todas as abelhas “abençoadas com contentamento e honestidade abandonaram a produção e se refugiaram em uma árvore oca” (Cf. HIMMELFARB, 2011, p. 47).

Himmelfarb defende que Mandeville representa uma “intrépida, mas fútil, tentativa de abortar a ética social que foi a característica distintiva do iluminismo britânico”. Aludida ética não era derivada nem do interesse pessoal e nem da *razão* (ainda que ambos lhe fossem congruentes), mas de um senso moral que inspira a simpatia, a benevolência e a compaixão pelos outros. Portanto, ao negar qualquer princípio inato, Locke pretende inculcar nas crianças um sentimento de “humanidade”, “benignidade” ou “compaixão”, Shaftesbury enraíza este sentimento na natureza e no instinto, mais do que na educação ou na *razão* (Cf. HIMMELFARB, 2011, p. 48).

Dois anos após a aparição da *Fábula das abelhas*, Hutcheson publica *Uma investigação acerca da origem de nossas ideias de beleza e virtude* em que enuncia, pela primeira vez, o princípio “a maior felicidade para o maior número possível”. Ao contrário de Helvétius e de Bentham, que são comumente creditados por este princípio e que se baseiam nos cálculos racionais de utilidade, Hutcheson o deduz da moralidade mesma – o “senso moral” e a “benevolência”. Para Hutcheson, estas inclinações seriam anteriores à *razão* ou à instrução, da mesma forma com que Burke advertia sobre a fragilidade da *razão* (Cf. HIMMELFARB, 2011, p. 51).

Portanto, consoante Himmelfarb, os sentimentos de “benevolência”, “compaixão”, “simpatia”, “solidariedade”, “afeição natural pelos outros” seriam a base da ética social que conformou o discurso moral e filosófico britânico durante todo o século XVIII. Por sua vez, o filósofo Thomas Reid viu no “senso comum”, ao contrário da *razão*, a qualidade singular do “homem comum”. Caso o homem fosse dotado apenas de *razão*, a raça haveria sido logo extinta. A *razão* seria então complementada por “afecções benevolentes”, que são “não menos necessárias” para a preservação da espécie humana do que os apetites de fome e de sede. Adam Ferguson também visualizou a “solidariedade”, ou a “humanidade”, como características da espécie humana (Cf. HIMMELFARB, 2011, p. 52).

É bastante comum a interpretação de Smith como o autor que teria fundado a empatia no sentimento de amor-próprio. Todavia, no livro *Teoria dos sentimentos morais*, Smith deixa claro que a empatia não pode ser encarada como “princípio egoísta”, “pois ela não vem do fato de se imaginar alguém na miserável condição de outro, mas do imaginar do outro mesmo nesta condição”. Smith exemplifica com a empatia de um homem por uma mulher em trabalho de parto, embora este homem não consiga conceber a si mesmo sofrendo as dores “em sua própria pessoa e individualidade”. A empatia também não poderia ser suficientemente calculada pela *razão*. Muito embora a *razão* seja a fonte das regras gerais da moralidade, para Smith seria “completamente absurdo e ininteligível supor que as primeiras percepções de certo e de errado podem ser derivadas da razão” (Cf. HIMMELFARB, 2011, p. 55-56).

Consoante Hume, a *razão* sozinha não poderia prevalecer sobre a vontade e as paixões, ou fornecer o incentivo para a virtude. Isso fica bastante evidente no último livro do *Tratado sobre a natureza humana*, porquanto tem início com uma seção intitulada *Distinções morais não*

derivam da razão, seguida por outra *Distinções morais derivam de um senso moral*.

Nada é mais comum na filosofia, e mesmo na vida corrente, que falar no combate entre a paixão e a razão, dar preferência à razão e afirmar que os homens só são virtuosos quando se conformam a seus preceitos. [...]. E não há campo mais vasto, tanto para argumentos metafísicos como para declamações populares, que essa suposta primazia da razão sobre a paixão (HUME, 2009, p. 448-449).

A moral, portanto, tem uma influência sobre as ações e os afetos, segue-se que não pode ser derivada da razão, por que a razão sozinha, como já provamos, nunca poderia ter tal influência. A moral desperta paixões, e produz ou impede ações. A razão, por si só, é inteiramente impotente quanto a esse aspecto. As regras da moral, portanto, não são conclusões de nossa razão (HUME, 2009, p. 497).

Esta intuição dos iluministas escoceses, sobretudo a de Hume, de que *razão* sozinha não poderia nunca prevalecer sobre a vontade e as paixões, ou fornecer o incentivo para a virtude, é uma das principais premissas do trabalho de Hayek, que assim aduz: “o ponto de partida do meu trabalho bem poderia ser a aguda percepção de David Hume de que ‘as normas da moral [...] não são conclusões de nossa razão’” (Cf. HAYEK, 1995, p. 13).

Hayek, por meio do trabalho de Hume, entende que a herança cultural, recebida pelos indivíduos quando do nascimento, consiste em um complexo de práticas ou normas de conduta que preponderam, porquanto levaram determinado grupo ao êxito, mas cuja adoção não resultou de se saber que teriam efeitos desejados. Para o autor, o homem age antes de pensar, ao contrário de entender antes de agir, e àquilo que se nomina “entendimento” é, em última análise, simplesmente a capacidade de reagir ao meio com um conjunto de ações que o ajuda a subsistir (Cf. HAYEK, 1995, p. 13).

A vida do homem em sociedade, conforme Hayek, ou mesmo a dos animais sociais em grupos, torna-se possível porque os indivíduos, em suas ações, obedecem a certas normas. “Com o desenvolvimento da

inteligência, essas normas tendem a evoluir a partir de hábitos inconscientes até se transformar em proposições expressas, e, ao mesmo tempo, mais abstratas”. Hayek defende que a convivência dos indivíduos com as instituições legais os impede de perceber como é sutil e complexo o mecanismo que delimita as esferas individuais por meio de normas abstratas. Para o autor, se este mecanismo tivesse sido planejado deliberadamente, mereceria estar incluído entre as mais significativas invenções humanas. “Mas é óbvio que não foi concebido intencionalmente, assim como não o foram a linguagem, o dinheiro e a maioria dos usos e costumes nos quais a vida social se baseia” (Cf. HAYEK, 1983, p. 163).

Esta experiência, incorporada na lei e utilizada pelos indivíduos quando observam as normas, é difícil de analisar, uma vez que comumente não é conhecida por eles ou por qualquer outra pessoa. A maioria destas normas em momento algum foi criada por um ato deliberado, mas sim evoluiu mediante um processo gradual de tentativa e de erro em que a experiência de sucessivas gerações contribuiu para conferir seu conteúdo a elas. “Na maioria dos casos, portanto, ninguém conhece ou jamais teve conhecimento de todas as razões e considerações que fizeram com que uma norma assumisse determinada forma”. Consoante Hayek, deve haver um esforço para “descobrir” qual a finalidade de uma norma, “caso se desconheça as razões subjacentes a determinada norma, como ocorre muitas vezes, é conveniente que procuremos compreender qual deverá ser seu propósito ou finalidade geral se quisermos aperfeiçoá-la por meio de um ato legislativo” (Cf. HAYEK, 1983, p. 173-174).

A primeira preocupação de Hayek na obra escrita em três volumes *Direito, legislação e liberdade*, foi epistemológica, a respeito do significado de *racionalidade humana*, sobretudo com a intenção de investigar a natureza das normas morais e também jurídicas. Conforme Hayek era premente resgatar o que nominou de *correta epistemologia* para se pensar uma ordem liberal. Bruno Salama e Lucas Mendes assim orientam o problema epistemológico principal de Hayek: “o que sabemos (e o que não sabemos) sobre o mundo? E o que permite sequer pensar na construção de uma ordem liberal?” (Cf. SALAMA; MENDES, 2009).

De acordo com Hayek, grande parte do genocídio ocorrido no século passado, bem como os problemas de miséria e de morte, nas sociedades atuais, possuem relações estreitas com as bases filosóficas de grande parte dos pensadores contemporâneos, que se orientam por quatro conceitos básicos: racionalismo, empirismo, positivismo e

utilitarismo²⁰. O autor defende que estes grupos ignoram a definição de *razão* que julga mais apropriada desde as lições de Hume:

Aquela que reconhece suas próprias limitações e, ensinando a si mesma, encara as implicações do surpreendente fato, revelado pela economia e a biologia, de que a ordem gerada sem uma intenção pode ultrapassar de longe os planos conscientemente idealizados pelos homens (HAYEK, 1995, p. 88).

Consoante sustenta, “a moral se insere no âmbito da ordem espontânea” e constitui uma tradição separada “entre o instinto e a razão”. Por sua vez, a *ordem espontânea* é aquela que permite a cooperação entre os homens “ordem conhecida mais comumente, embora de modo algo equivocado, como capitalismo”. Hayek defende que a moderna economia explica como nasceu a ordem espontânea, e como esta se constitui em um processo de coleta de informações para a utilização de dados bastante dispersos, que nenhum organismo de planejamento central, e muito menos nenhum indivíduo, poderia conhecer como um conjunto (Cf. HAYEK, 1995, p. 25).

O autor contrapõe duas perspectivas de avaliação quanto às instituições e práticas humanas. A primeira privilegia o planejamento e é por ele nominada *racionalismo construtivista*; a segunda é *evolucionista* e enfatiza o surgimento espontâneo das instituições e práticas (*racionalismo crítico*).

O *racionalismo construtivista* assenta-se na premissa de que alguma mente teria criado de maneira deliberada todas as práticas benéficas à vida em sociedade. A existência de instituições, a exemplo da linguagem, das leis, da moralidade e da moeda, decorreria do planejamento de uma vontade humana. Isso significa que uma mente

²⁰ Hayek se apropria do filósofo inglês Lord Quinton, presidente do *Trinity College*, em Oxford, para sumarizar: “O *racionalismo* nega que seja aceitável convicções fundadas em outra coisa que não seja a experiência e o raciocínio dedutivo ou indutivo. O *empirismo* sustenta que toda afirmação para que expresse o conhecimento está limitada por algum processo experimental. O *positivismo* é definido como a visão segundo a qual todo conhecimento verdadeiro é científico, no sentido de que descreve a coexistência e a sucessão de fenômenos observáveis. E o *utilitarismo* considera que o prazer e a dor são o critério que determina a justiça da ação do indivíduo” (HAYEK, 1995, p. 88).

teria a aptidão de apreender todos os dados relevantes da realidade social, a fim de criar ou de ajustar racionalmente as instituições sociais para que cumprissem fins específicos.

O planejador não seria necessariamente um indivíduo, mas poderia consistir em um corpo político (partido, congresso, etc). Hayek observa que “essa perspectiva tem origem numa propensão profundamente arraigada no pensamento primitivo” que interpreta de “forma antropomórfica toda regularidade encontrada nos fenômenos, considerando-a resultado do desígnio de uma mente pensante” (Cf. HAYEK, 1985, p. 2).

Por sua vez, Hayek defende uma abordagem evolucionista com relação às práticas benéficas para a vida em sociedade. A compreensão desta perspectiva, em Hayek, talvez pressuponha um esclarecimento essencial. Para o autor, consoante já se apontou, as normas da moral não são meras conclusões da razão humana. Todavia, isto também não quer dizer que Hayek pensava a moral como uma categoria *natural*, ou inata aos indivíduos.

A confusão conceitual, para Hayek, decorre de um mal-entendido dos antigos gregos em separarem os fenômenos em *naturais* e *artificiais*. “Os termos gregos originais, que parecem ter sido introduzidos pelos sofistas do século V a.C., eram *physei*, que significa *por natureza*, e, em contraposição, *nomó*, melhor traduzido como *por convenção*, ou *thesei*, que significa aproximadamente *por decisão deliberada*” (Cf. HAYEK, 1985, p. 16).

O exemplo da linguagem pode auxiliar na melhor compreensão deste esquema, em Hayek. Segundo o autor a linguagem é natural ao homem. Não no sentido grego *physei* por *natureza*, como se os seres humanos tivessem nascido com a aptidão para elaborar os mesmos signos de sua comunidade. Mas somente na percepção de que a linguagem acompanha os indivíduos desde os primórdios, e é uma tradição assimilada sobretudo por observação e repetição. Nesse âmbito, a linguagem seria fruto da *ação humana*, mas não da *intenção humana*.

Com efeito, é essencial frisar que talvez *natural* para Hayek fosse o sol, os ventos, as placas tectônicas etc. Já as instituições humanas que fornecem amparo à civilização seriam todas artificiais. Desse modo, um legislador que *desvela* uma norma impeditiva de homicídio encontra-se no âmbito do *artificial*, e o sol que brilha numa manhã qualquer se situa na esfera do *natural*.

Não obstante, o fato de existir um interdito interior, que limita os homens a não cometerem homicídios, encontra-se no âmbito de uma ordem artificial, porém não intencional. É provável que o indivíduo não

tenha nascido com esta interiorização (muito embora não se desconheciam estudos da neurociência que apontem em sentido contrário – nota de rodapé n. 18), mas somente a repetiu sem intencionalidade, porquanto se provou mais vantajosa à sobrevivência.

Meus pontos de vista, alguns dos quais foram anteriormente esboçados [...] podem ser resumidos de maneira simples. Aprender a se comportar constitui antes a fonte e não o resultado da percepção, da razão e do conhecimento. O homem não nasce sábio racional e bom, mas precisa ser ensinado a se tornar tal. Não foi nosso intelecto que criou nossa moral; ao contrário, as interações humanas governadas por nossa moral possibilitam o desenvolvimento da razão das capacidades a ela relacionadas. O homem se tornou inteligente porque havia uma tradição – aquilo que se encontra entre o instinto e a razão – para ele aprender. Essa tradição por sua vez não se originou de uma capacidade de interpretar racionalmente os fatos observados, mas do modo costumeiro de responder. Ela dizia ao homem em primeiro lugar o que ele devia ou não devia fazer em certas condições e não o que ele deveria esperar que acontecesse (HAYEK, 1995, p. 40).

Hayek informa que “o homem é um animal que segue normas”, da mesma maneira com que persegue finalidades próprias. Portanto, os indivíduos lograriam êxito em seus intentos não pelo conhecimento quanto às razões por que devem observar as normas que observam, nem por serem capazes de exprimirem verbalmente todas elas, “mas porque seu pensamento e ação são orientados por normas que, por um processo de seleção, evoluíram na sociedade em que ele vive e que, assim, são produto da experiência de gerações” (Cf. HAYEK, 1985, p. 5-6).

Nesse contexto, a importância dos trabalhos de pensadores como Mandeville e Hume merece destaque, porquanto exprimiram a existência de uma terceira categoria de fenômenos, para além dos apontados pelos gregos como *naturais* e *artificiais* (Cf. HAYEK, 1985, p. 17). Hayek especula que estes pensadores teriam encontrado inspiração muito mais na tradição do direito consuetudinário inglês, em particular na interpretação de Matthew Hale, do que na tradição do *direito natural*.

A surpreendente constatação de que a formação de estruturas regulares não advinha de pretensões conscientes demandou a elaboração de uma teoria social sistemática, que foi efetuada na segunda metade do século XVIII no campo da Economia, pelos filósofos da moral escoceses, liderados por Smith e por Ferguson. Por outro lado, as implicações desta novidade para a teoria política foram “magnificamente formuladas pelo grande vidente Edmund Burke, em cuja obra, porém, procuraremos em vão uma teoria sistemática” (Cf. HAYEK, 1985, p. 19-21).

Enquanto na Inglaterra esse processo sofria novo golpe com a intrusão do construtivismo na forma do utilitarismo benthamista, na Europa continental ele ganhava nova vitalidade com as “escolas históricas” de linguística e de direito. Depois que os filósofos escoceses deram os primeiros passos, a elaboração sistemática da abordagem evolucionista com relação aos fenômenos sociais foi realizada sobretudo na Alemanha, por Wilhelm von Humboldt e F. C. Von Savigny. [...]. Nas ciências sociais, foi através do seguidor de Savigny, Sir Henry Maine, que a abordagem evolucionista se reintroduziu na tradição inglesa. E, no grande levantamento dos métodos das ciências sociais efetuado em 1883 pelo fundador da Escola Austríaca de economia, Carl Menger, o lugar central ocupado pelo problema da formação espontânea das instituições e seu caráter genético, em todas as ciências sociais, teve a mais completa reafirmação na Europa continental. Nos últimos tempos essa tradição foi desenvolvida de forma mais fecunda no campo da antropologia cultural, no qual pelo menos algumas figuras de destaque têm plena consciência dessa genealogia (HAYEK, 1985, p. 19-21).

Hayek disserta sobre o equívoco da pressuposição de que o conceito de *evolução* teria sido importado da biologia pelas ciências sociais. Segundo defende, ocorreu o contrário, porquanto Charles Darwin teria replicado à biologia uma definição que, em grande parte, absorveu das ciências sociais “fato que em nada compromete a originalidade do pensamento de Darwin” (Cf. HAYEK, 1995, p. 21).

Segundo Hayek, a análise de formações sociais como a linguagem, a moral, o direito e a moeda, no século XVIII, além do exame de conceitos similares a exemplo de *evolução* e *formação espontânea de uma ordem*, forneceram a Darwin, e aos seus contemporâneos, as ferramentas intelectuais para refletirem sobre a evolução em termos de biologia. Portanto, estes filósofos da moral do século XVIII, e as escolas históricas do direito e da linguagem, bem poderiam ser denominados “darwinistas antes de Darwin” (Cf. HAYEK, 1995, p. 21).

Não obstante, Hayek combate o *darwinismo social*, uma vez que existem diferenças importantes entre a forma como o processo de seleção atua na transmissão cultural que leva à origem de instituições sociais, e o modo como atua na seleção de características biológicas inatas e na sua transmissão por herança fisiológica. Hayek defende que “o erro do darwinismo social” foi tomar por objeto os indivíduos e não a seleção de instituições e práticas (Cf. HAYEK, 1985, p. 22).

Hayek também se opõe à ideia de *leis da evolução social*. Consoante assevera “outro grande equívoco” que levou a teoria da evolução social ao descrédito foi a intuição de que a teoria da evolução consiste em “leis da evolução”. Para Hayek, este pensamento apenas poderia ser verdadeiro caso se atribuísse um sentido específico ao vocábulo *lei*. O autor afirma que a teoria da evolução, em si, não fornece mais do que a descrição de um processo em que o resultado dependerá de grandes quantidades de fatos particulares, excessivamente numerosos para que as pessoas possam conhecer em sua totalidade, situação que compromete a possibilidade de previsões quanto ao futuro no âmbito da *grande sociedade* (Cf. HAYEK, 1985, p. 22).

A *grande sociedade*, nos trabalhos de Hayek, é regida pela *ordem espontânea*²¹ e por isso é *natural* (como já explicado não natural em termos de *physei*), porque seus processos evoluíram de maneira não

²¹ Sobre a opção pelo termo *ordem espontânea*, Hayek explica: “Embora ainda aprecie e empregue ocasionalmente a expressão ‘ordem espontânea’, concordo que ‘ordem autogeradora’ ou ‘estruturas auto-organizadoras’ constituem por vezes expressões mais precisas e unívocas, e por isso as utilizo com mais frequência que a primeira. Do mesmo modo, em conformidade com o uso hoje predominante, emprego agora, às vezes, a palavra ‘sistema’ em vez de ‘ordem’. Muitas vezes, a palavra ‘informação’ é também evidentemente preferível nos casos em que eu em geral falava de ‘conhecimento’, uma vez que a primeira se refere claramente ao conhecimento de fatos particulares, e não ao conhecimento teórico que o simples termo ‘conhecimento’ poderia sugerir” (HAYEK, 1985c, p. XIV).

intencional no curso da seleção natural. Hayek pontua que os processos evolutivos que tornaram possíveis as instituições atuais não foram lineares. Ao contrário, resultaram de constantes tentativas e erros desde experimentações “com campos nos quais ordens diferentes competiam entre si” (Cf. HAYEK, 1995, p. 38).

Uma das lições mais impactantes da obra de Hayek para a Filosofia do Direito é o esclarecimento quanto à dicotomia *natural X artificial*. Hayek defende que a dicotomia foi introduzida pelos gregos e que, desde então, foi incorporada de modo profundo aos conceitos da linguagem. Informa sobre a tradução conferida aos vocábulos pelo gramático latino Aulo Gélio, no século II d.C., vertida do grego *physei* e *thesei* para o latim *natularis* e *positivus*.

Muitas línguas europeias, segundo Hayek, apropriaram-se desta classificação para conceituarem dois tipos de direito. Hayek cita um “promissor aprofundamento” da discussão pelos escolásticos medievais, que se aproximaram de um reconhecimento quanto à categoria intermediária de fenômenos “resultantes da ação humana, mas não da intenção humana” e “de fato, na discussão dos problemas da sociedade pelos últimos escolásticos, os jesuítas espanhóis do século XVI, *naturalis* tornou-se um termo técnico para designar fenômenos sociais que não fossem deliberadamente moldados pela vontade humana” (Cf. HAYEK, 1985, p. 18).

Hayek cita os esforços de Luiz Molina quando este tentou explicar os motivos da existência do termo “preço natural”. Para Molina, o vocábulo se relacionava com a própria coisa, sem relação com leis e decretos, e dependia de muitas circunstâncias que o alteravam, tais como os sentimentos dos homens, as estimativas dos seus diferentes usos, e até “seus caprichos e prazeres”. Hayek esclarece com certa nostalgia o fato de que nossos ancestrais “agiam sob a forte convicção da ignorância e da falibilidade humanas”, e exemplifica com o argumento dos antigos pela existência de um “preço matemático” exato para que uma mercadoria pudesse ser objetivamente vendida. Este “preço matemático” era conhecido apenas por Deus, uma vez que dependia de um maior número de circunstâncias do que qualquer homem poderia conhecer”. Portanto, nesse contexto argumentativo, Hayek invoca Molina para afirmar que o “preço justo devia ser deixado ao mercado” (Cf. HAYEK, 1995, p. 18).

Na publicação *O uso do conhecimento na sociedade*, Hayek aponta para o sistema de preços como uma criação humana, e para o mercado como um método de administração de informações. Para o

autor, os indivíduos teriam aprendido a utilizar o mecanismo dos preços antes mesmo de compreenderem as engrenagens de seu funcionamento.

Tudo que podemos dizer é que até agora ninguém conseguiu produzir um sistema alternativo no qual certas características do sistema existente — que são respeitadas mesmo por aqueles que o atacam violentamente — possam ser preservadas, especialmente em relação à capacidade do indivíduo de escolher seus objetivos e, conseqüentemente, de dispor livremente de suas habilidades e conhecimento (HAYEK, 2013).

Ao colocar a questão nestes termos, Hayek sustenta que a abordagem evolucionista foi sufocada nos séculos XVI e XVII pela ascensão do *racionalismo construtivista* e, em consequência, os termos *razão* e *direito natural* mudaram completamente de significado. “*Razão*, que compreendia a capacidade da mente de distinguir entre o bem e o mal, ou seja, entre o que estava ou não de acordo com as normas estabelecidas, passou a significar a capacidade de construir tais normas por dedução a partir de premissas explícitas” (Cf. HAYEK, 1985, p. 19).

O conceito de direito natural foi assim transformado no conceito de um “direito fundado na razão”, e, portanto, quase no oposto do que significara. Esse novo direito natural racionalista, de Grotius e seus sucessores, tinha de fato como ponto comum com seus antagonistas positivistas a concepção de que toda lei era produzida pela razão ou podia, pelo menos, ser por esta plenamente justificada, dela diferindo apenas no pressuposto de que a lei pudesse ser logicamente deduzida de premissas *a priori*, enquanto o positivismo a considerava uma construção intencional, fundada em conhecimento empírico de suas consequências sobre a realização de objetivos humanos desejáveis (HAYEK, 1985, p. 19).

Portanto, os conceitos de *ordem espontânea*, *grande sociedade* e *ação humana não intencional* amparam a crítica hayekiana aos pensadores tributários do *racionalismo construtivista* em certas áreas muito específicas, porquanto visualizam na *razão* uma entidade

suficiente a congregar todos os dados relevantes de sociedades altamente complexas e especializadas.

Para o autor, as instituições humanas dimanam sobretudo da evolução, e se baseiam mais na imitação do que na perspicácia, ou na *razão*. O *racionalismo crítico* defendido por Hayek se assenta na convicção quanto à superioridade intelectual e moral do mercado para lidar com os problemas da pobreza e da morte, uma vez que as informações se encontram dispersas na *grande sociedade*, e a *catalaxia* seria o meio mais apropriado para administrá-las.

2.2.3 Kant, Tocqueville e Lord Acton

Kant é por muitos compreendido como um dos principais teóricos do liberalismo, porquanto se dedicou principalmente ao tema da liberdade e de sua relação com a razão. Chandran Kukathas defende a proximidade teórica entre Kant e Hume, na medida em que ambos são individualistas, enfatizam a importância da propriedade privada, distinguem os domínios públicos dos privados, e operam uma separação entre a razão e a paixão. Kant percebe a conexão entre justiça e propriedade, e considera que a primeira apenas existiria quando estivesse assegurada por uma ordem jurídica respaldada por um contrato social (Cf. KUKATHAS, 1991, p. 31).

Kant conceitua a doutrina do direito como “o conjunto de leis para as quais é possível uma legislação externa (*jus*)”, e nomina “*quid sit juris*” (o que é de direito) a especulação quanto ao que dizem ou disseram as leis em certo lugar e em certo tempo. No entanto, a investigação sobre o “justo”, e o critério universal com que se podem conhecer em geral, tanto o justo quanto o injusto (*justum et injustum*), demanda o abandono, por algum tempo, daqueles princípios empíricos, no sentido de procurar as fontes daqueles juízos “na simples razão (ainda que, para tanto, aquelas leis possam muito bem lhe servir de fio condutor), a fim de estabelecer o fundamento para uma legislação positiva possível”. Conforme Kant, “uma doutrina do direito meramente empírica é (como a cabeça de madeira na fábula de Fedro) uma cabeça que pode ser bela, mas infelizmente não tem cérebro” (Cf. KANT, 2014, p. 34).

O conceito de Direito, em Kant, porquanto relacionado a uma obrigação correspondente (isto é, seu conceito moral) diz respeito, em primeiro lugar, “apenas à relação externa e prática de uma pessoa com outra, na medida em que suas ações, como fatos, podem ter (imediate ou

mediatamente) influência umas sobre as outras” (Cf. KANT, 2014, p. 34).

Em segundo lugar, Kant elucida que o Direito não significa a relação do arbítrio ao desejo (portanto à mera necessidade) do outro, “como por exemplo nas ações da caridade ou da indiferença, mas apenas ao arbítrio do outro”. Em terceiro lugar, Kant adverte que nesta relação recíproca do arbítrio tampouco é levada em consideração a matéria do arbítrio, isto é, “o fim que cada um se propõe com o objeto que quer”, por exemplo:

Não se pergunta se alguém terá vantagem ou não com a mercadoria que compra de mim para o seu próprio comércio, mas se pergunta apenas pela forma na relação do arbítrio recíproco, na medida em que ele é considerado simplesmente como livre, e se assim a ação de um dos dois se deixa pôr de acordo com o arbítrio do outro segundo uma lei universal da liberdade (KANT, 2014, p. 34).

Portanto, nas palavras de Kant, o Direito é “o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode ser reunido com o arbítrio do outro segundo uma lei universal da liberdade”, da onde se infere o princípio universal do direito (PUD): “é justa toda a ação segundo a qual ou segundo cuja máxima a liberdade do arbítrio de cada um pode coexistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal” (Cf. KANT, 2014, p. 34-35).

Uma ação individual que coexista com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal, caso sofra impedimento, será um impedimento injusto “pois esse impedimento (essa resistência) não pode coexistir coma liberdade segundo leis universais”. Kant leciona que a lei universal do direito “age exteriormente de tal maneira que o livre uso do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal”, é por certo uma lei que impõe ao indivíduo uma obrigação, mas que não espera de modo algum, menos ainda exige, que, em razão exclusiva a essa obrigação “eu mesmo devesse restringir a minha liberdade àquelas condições, mas a razão apenas diz que, em sua ideia, minha liberdade está restrita a elas e pode ser restrita por outros também ativamente”, isto o princípio universal do direito diz como postulado, o qual não pode ser demonstrado ulteriormente. “Se a intenção não é ensinar virtude, mas apenas expor o que é justo, então

não se deve representar aquela lei do direito como móbil da ação” (Cf. KANT, 2014, p. 35).

O Direito se vincula à autorização de coagir, para Kant. Quando o uso da liberdade é ele mesmo um impedimento da liberdade segundo leis universais (isto é, injusto), “então a coação que lhe é oposta é, enquanto impedimento de um impedimento da liberdade, concordante com a liberdade segundo leis universais, isto é, justa”. Desse modo, em Kant, vincula-se ao Direito ao mesmo tempo uma autorização para coagir aquele que causa prejuízos, conforme o princípio da contradição (Cf. KANT, 2014, p. 36).

“O direito estrito pode ser representado também como a possibilidade de uma coerção recíproca geral concordante com a liberdade de qualquer um segundo leis universais”, ensina Kant, que também adverte o significado desta proposição, ao afirmar que o Direito não deve ser pensado como composto de duas partes, a saber, “a obrigação segundo uma lei e a autorização daquele que obriga o outro através de seu arbítrio de coagi-lo ao cumprimento da obrigação”, mas se pode fazer o conceito do direito consistir imediatamente na possibilidade da conexão da coação recíproca universal com a liberdade de qualquer um. Isso porque o Direito em geral tem por objeto apenas o que é externo nas ações e, assim, o direito estrito, que segundo Kant “é aquele que em que não se mescla nada de ético, é aqueles que não exige outros fundamentos de determinação do arbítrio a não ser os meramente externos”, só assim o direito é puro e sem mesclas com qualquer prescrição de virtude (Cf. KANT, 2014, p. 36).

Com base na influência direta de Kant, Hayek define o *estado de liberdade* como uma situação *em que o homem não está sujeito à coerção pela vontade arbitrária de outro homem*. É aquilo que muitos autores nominam *liberdade negativa*. O melhor delineamento deste conceito, na obra de Hayek, será esboçado na seção 2.4.1.

Por sua vez, a influência de Tocqueville e de Lord Acton, nos trabalhos de Hayek, é bastante expressiva, porquanto foram os principais pensadores do século XIX a desenvolver a doutrina dos *Old Whigs*. Tanto Tocqueville, quanto Acton, pertencem à tradição que Hayek define como *verdadeiro individualismo*.

Tocqueville certa vez proclamou que “o indivíduo é o melhor juiz do seu próprio interesse, não tendo a sociedade o direito de intervir nas suas ações a não ser quando se sente lesada por elas ou quando tem necessidade do seu concurso” (TOCQUEVILLE, 2001, p. 59).

Assim como Hayek, uma das principais preocupações que Tocqueville expressa em sua obra-prima *A democracia na América*, é o

exame quanto aos efeitos da relação entre a definição de *igualdade* e a de *democracia*: “a tirania da maioria”. Este efeito está relacionado com o direito da maioria em governar a sociedade, ideia levada para os Estados Unidos pelos seus primeiros habitantes, que se funda ainda na autoridade moral que advém do princípio de que os interesses do maior número de indivíduos devem tomar precedência sobre os do menor (Cf. TOCQUEVILLE, 2003, p. 289).

Tocqueville argumenta que a progressiva emancipação da população adulta, em conjunto com o alargamento da democracia em geral, criou um processo de nivelamento social, oposto aos privilégios e estatutos advindos das hierarquias sociais tradicionais. Este processo ameaçava as possibilidades de liberdade política e independência pessoal, resultando numa crescente intromissão do governo nos assuntos do quotidiano de todos os indivíduos. Dessa forma, o Estado tornou-se o palco principal de todos os conflitos, onde quase todos os aspectos da vida eram discutidos (Cf. PIRES, 2011, p. 34).

Na dissertação *Soberania em tempos democráticos: François Guizot e Alexis de Tocqueville*, o historiador Vitor Castro de Oliveira informa que ao publicar a segunda *Democracia*, Tocqueville afirma que “seus medos não diminuiram após novas reflexões e exames mais detalhados”, contudo, “[...] mudaram de objeto”. “Em 1835, o despotismo democrático equivale à onipotência da maioria; em 1840, equivale ao Estado tutelar”. “Centrada em sua força moral, passando da opressão do corpo para a dos espíritos, essa forma de governo depende mais que nunca dos costumes arraigados na sociedade, que, de modo geral, favorecem o despotismo”. Tocqueville continua sustentando que “[...] é mais fácil estabelecer um governo absoluto e despótico entre um povo em que as condições são iguais que em outro [...]” (Cf. OLIVEIRA, 2012, p. 111-113).

Na realidade, o homem democrático seria guiado por duas paixões contraditórias: a necessidade de ser conduzido e o desejo de permanecer livre. Assim “imaginam um poder único, tutelar, todopoderoso, mas eleito pelos cidadãos. [...] Consolam-se de estar sob tutela, considerando que eles mesmos escolheram seus tutores”. Nesse sistema, em que os cidadãos só saem da dependência no momento de escolher seus mestres, estabelece-se uma “espécie de compromisso entre o despotismo administrativo e a soberania popular [...]”. Tocqueville, contudo, não se satisfaz com esta solução. Ao enxergar na sociedade democrática uma massa de indivíduos dispersos, cada um deles “[...] estranho ao destino de todos os outros [...]”, vê elevar-se acima deles “[...] um poder imenso e tutelar, que se encarrega sozinho de assegurar

sua felicidade e de velar por sua sorte. Ele é absoluto, detalhado, regular, previdente e suave. [...]”. “Este poder trabalha de bom grado para sua felicidade; mas quer ser seu único agente e árbitro; [...] dirige sua indústria, regula suas sucessões, divide suas heranças; por que não lhes retira inteiramente o incômodo de pensar e a aflição de viver?” (Cf. OLIVEIRA, 2012, p. 111-113).

“A preocupação central de Tocqueville reside no cidadão, na necessidade da prática cotidiana dos negócios políticos, de educar o indivíduo para a condução dos destinos coletivos”. Nesse sentido, o Estado tutelar, “não importa quão suave ele seja para os corpos, é um tirano absoluto das almas”. Portanto, o governo torna o uso do livre-arbítrio cada vez mais raro e menos útil, “[...] reduz enfim cada nação a não ser nada além de uma manada de animais tímidos e industriais, cujo governo é o pastor” (Cf. OLIVEIRA, 2012, p. 111-113).

O “sórdido da solução” de compromisso apontada seria permitir que se combine o despotismo com as formas exteriores da liberdade, deixando-o viver “[...] à sombra da própria soberania popular”. Assim, um legislativo nacional eleva o indivíduo às grandes questões do Estado, permitindo que os particulares “[...] retirem algum fruto do sacrifício de sua independência que fizeram ao público”. Contudo, ao excluir os cidadãos dos pequenos negócios, por uma centralização administrativa extrema, “[...] leva-os a renunciar ao uso da própria vontade” (Cf. OLIVEIRA, 2012, p. 111-113).

O historiador informa que esta contradição é flagrante para Tocqueville, sendo “[...] de fato, difícil de conceber como homens que renunciaram inteiramente ao direito de dirigir a si mesmos poderiam ter sucesso em escolher aqueles que devem lhes conduzir [...]”. Esse uso da liberdade que Tocqueville considera equivocado faz dos cidadãos “[...] alternadamente o brinquedo do soberano e seus mestres, mais que reis e menos que homens”. Não há para Tocqueville, como aponta Oliveira, meio termo entre a soberania popular e a tirania, entre a participação popular nos destinos coletivos e a condução despótica (Cf. OLIVEIRA, 2012, p. 111-113).

Contudo, o despotismo ainda não é, assegura Tocqueville, uma realidade na América. O uso que se dá a este poder irresistível não é tirânico nos Estados Unidos. Não obstante, “esse poder irresistível é um fato contínuo, seu bom emprego é apenas acidental”. Portanto, tão importante quanto conhecer os limites a que pode levar a onipotência da maioria é cuidar do que pode moderá-lá. Estes fatores de moderação estão divididos em três grupos para o autor: as circunstâncias, as leis e os costumes. Tocqueville se esforça em demonstrar que as leis são mais

importantes do que as circunstâncias, e os costumes mais do que as leis (Cf. OLIVEIRA, 2012, p. 111-113), assim como Hayek também tentou demonstrar.

A importância destes fatores não pode ser minimizada, já que Tocqueville afirma:

Que se não consegui fazer que o leitor, ao longo dessa obra, sentisse a importância que atribuo à experiência prática dos americanos, a seus hábitos, às suas opiniões, em uma palavra, a seus costumes, para a manutenção de suas leis, terei falhado no objetivo principal a que me propus ao escrevê-la (TOCQUEVILLE, 2001, p. 133).

O processo de nivelamento é uma séria ameaça à liberdade individual, uma vez que as regras gerais delimitadoras da esfera de liberdade são subvertidas pelo Estado, que passa a servir a determinados fins particulares, tornando-se absoluto. Com efeito, este processo é motivado por uma fortíssima ideia de igualdade, que leva ao já referido nivelamento social. Não obstante, como Hayek salienta em suas obras, existe uma grande diferença entre forçar as pessoas a serem iguais e tratá-las de forma igual. A primeira é uma forma de servidão, ao passo que a segunda é a condição para uma sociedade livre.

Em razão destes perigos, Tocqueville aponta para uma série de mecanismos, e de instituições, com potencial para a salvaguarda da liberdade individual, e para a limitação do âmbito de intervenção do Estado, a exemplo do princípio federativo. Para além de garantir a livre circulação de pessoas, bens e capitais, a Constituição Federal americana previu a divisão do Poder Legislativo em duas Câmaras, estabeleceu a Presidência como detentora do Poder Executivo, e obviamente atribuiu a esfera judicial aos Tribunais (Cf. PIRES, 2011, p. 36).

Também Lord Acton via o federalismo como a melhor forma de fragmentar o poder, a fim de proteger a liberdade individual. Para além do princípio federativo, as leis, os hábitos e os costumes, são igualmente condições que salvagam a liberdade na democracia americana, assim como a liberdade de associação e o uso que é feito desta, ou seja, a multiplicação de organizações voluntárias, e ainda a liberdade de imprensa, elementos que compõem uma tradição, na linha de inteligibilidade da ordem espontânea (Cf. PIRES, 2011, p. 36).

2.2.4 A Escola Austríaca de Economia

Hayek é um dos autores mais célebres da Escola fundada por Carl Menger, amplamente divulgada pelos discípulos Eugen von Böhm-Bawerk e Friedrich von Wieser. Menger é geralmente considerado, em conjunto com Stanley Jevons e Léon Walras, o responsável pela *teoria subjetiva do valor* e pela *revolução marginalista*, em reação ao utilitarismo inspirado em Bentham e Stuart Mill. Menger foi também o precursor do que Schumpeter nominou *individualismo metodológico*, assente na formulação da teoria subjetiva do valor (Cf. PIRES, 2011, p. 36).

A preocupação central do programa de investigação da Escola Austríaca foi a “análise do aparecimento e funcionamento das instituições e das estruturas sociais através da contextualização teórica dos efeitos diretos e indiretos das ações e escolhas individuais, por oposição às concepções historicistas”. Esta preocupação encontra-se presente no pensamento de Carl Menger, com forte repercussão em Hayek, como se percebe pela sua teorização em torno da origem espontânea de muitas instituições sociais, a partir da inspiração colhida diretamente da análise mengeriana da origem da moeda (Cf. PIRES, 2011, p. 36).

É interessante notar que Hayek, em sua juventude, manifestou simpatia pelas ideias socialistas, embora durante a formação académica, ainda como estudante na Universidade de Viena, tenha vindo a tomar contato com o pensamento produzido pela Escola Austríaca de Economia, momento em que detectou os erros daquelas. Para além de obter o doutoramento em Direito em 1921, durante os anos em Viena decidiu também aprofundar os conhecimentos em Economia, e em Ciência Política. Trabalhou, então, sob a supervisão de Friedrich von Wieser, e obteve um segundo doutoramento, em Ciência Política, no ano de 1923 (Cf. PIRES, 2011, p. 36).

Em seguida, dirigiu-se aos Estados Unidos, país em que permaneceu por um ano, oportunidade em que foi discípulo de Ludwig von Mises, que imediatamente reconheceu o seu talento. Em conjunto com Mises, durante as décadas de 1920 e 1930, dedicou-se a aspectos essencialmente técnicos da Economia. Em 1931 foi convidado por Lionel Robbins para proferir uma conferência na *London School of Economics and Political Science (LSE)*. A palestra causou enorme impacto, e Hayek foi convidado para lecionar na instituição. Nos anos seguintes tornou-se o maior oponente do pensamento de John Maynard Keynes (Cf. PIRES, 2011, p. 37).

2.3 OS CONCEITOS ESSENCIAIS DO LIBERALISMO DE FRIEDRICH VON HAYEK

Conquanto a tradição de pensamento seguida por Hayek tenha particularizado seu *liberalismo*, ela também foi responsável por mantê-lo em descompasso em relação ao liberalismo contemporâneo. De acordo com Kukathas, a teoria liberal do último quarto de século foi dominada pelo trabalho de John Rawls. O liberalismo, desde então, vem sendo discutido com base nos problemas, métodos e conclusões formulados por Rawls (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 194).

As principais discussões contemporâneas contemplam o tema da *neutralidade*. Grande parte dos teóricos aduz que a neutralidade é fundamental para o liberalismo, e duas espécies de afirmações são realizadas neste sentido. A primeira é a de que o Estado liberal deve ser neutro em relação às preferências individuais evitando eleger uma forma de vida superior às demais. Por sua vez, a segunda pontua que os princípios que regem uma política liberal devem ser escolhidos desde condições *neutras* (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 194).

No entanto, muitos teóricos se colocaram a criticar a neutralidade, uma vez que esta não seria nem possível e nem desejável. Estes críticos têm desafiado pressupostos fundamentais do liberalismo, porquanto argumentam que qualquer concepção plausível de uma ordem política não pode aspirar apenas à neutralidade entre concepções concorrentes de vida boa. Consoante insistem, a sociedade é mais do que uma associação de indivíduos ligados por laços contratuais. Visualizam na sociedade uma coerência, já que os indivíduos compartilham práticas e crenças comuns. Sugerem que a Política não é meramente sobre como proteger ou observar direitos individuais, mas sobre como proteger o *bem comum*. E enfatizam a impossibilidade de justificativa quanto a arranjos políticos sem referências a propósitos comuns (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 194-195).

Nos debates contemporâneos existe uma preocupação bastante expressiva, que é a discussão quanto aos fundamentos morais do liberalismo. Com efeito, os teóricos liberais se debruçam sobre a justificação moral para determinados direitos sociais, bem como em relação às obrigações dos governos e dos indivíduos dentro de um Estado democrático. Nesse contexto, o pluralismo se apresenta como o tema mais significativo, uma vez que uma sociedade acomoda diferentes concepções de *bem*, associadas com formas distintas de vida ou de preferências (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 194-195).

Por sua vez, a questão da pluralidade deve ser examinada no cenário dos Estados existentes, que se apresentam como sociedades fechadas. Na verdade, o principal problema que emoldura as discussões do liberalismo contemporâneo é: o que deve fazer o governo? E, nesse contexto, a matéria alusiva aos adequados mecanismos institucionais de sociedades liberais, raramente é abordada. Rawls, por exemplo, não definiu explicitamente o tipo de sistema econômico mais apropriado, caso a sociedade fosse governada por seus princípios de justiça. Os assuntos relacionados ao quadro institucional conveniente às sociedades são tipicamente ignorados no debate. Exsurtem dúvidas sobre a estrutura da autoridade, e os mecanismos necessários para o seu funcionamento e sua delimitação (por exemplo, o federalismo, a divisão de poderes legislativos e executivos, associações independentes no seio da sociedade civil). Tanto Rawls quanto outros teóricos importantes não tocam nestas discussões essenciais (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 196).

Hayek atacou com veemência as teorias liberais com estes perfis, ao afirmar que o principal problema enfrentado pelo mundo moderno não é a diversidade e nem o pluralismo, mas sim o totalitarismo. A diversidade, longe de ser um problema, é uma solução, desde que amparada por um contexto institucional adequado. A partir disso, Hayek se propôs a desenvolver uma descrição do liberalismo como a tradição da *sociedade aberta*. Isso não quer dizer que Hayek ignorou a existência de fronteiras nacionais, mas sim que sua teoria reconheceu os Estados nacionais não como pressupostos para o liberalismo, mas como entraves com que a teoria liberal precisava lidar. Por último, Hayek conferiu grande importância aos problemas da teoria social que o liberalismo deveria enfrentar, caso ambicionasse que seus propósitos fossem atingidos (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 196).

A partir desta perspectiva, não surpreende o fato de que Hayek, e a teoria liberal contemporânea, tenham falhado em se envolver. Comentadores da obra de Hayek, como Chandran Kukathas, apontam com pesar para este pouco envolvimento, uma vez que Hayek tem muito mais a oferecer do que os liberais modernos têm geralmente reconhecido. Diante disso, Kukathas investiga a contribuição de Hayek para o liberalismo moderno e, segundo informa, a motivação que conduziu Hayek à defesa dos princípios liberais, como visto anteriormente, foi a preocupação com a ordem mundial do pós-guerra. Hayek temia que as forças nacionalistas, e separatistas, pudessem destruir a moderna civilização e, com base neste temor, propôs um conjunto de ideias antitéticas àquelas, a exemplo da universalidade e da igualdade (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 196).

A defesa deste perfil de liberalismo demandava a defesa de uma *ordem abstrata*, e Hayek percebeu a importância de se reconhecer a liberdade como valor moral para tanto. Esta é uma das razões, conforme afirmou em *Direito, Legislação e Liberdade*, que torna tão difícil a defesa do pensamento liberal. Karl Popper se valeu do termo *sociedade aberta*, e Hayek *grande sociedade*, com o intuito de descreverem uma ordem abstrata diferente de pequenas tribos e grupos. Ambos visualizaram os perigos em se tentar modelar e planejar a coletividade desde metas comuns.

A resistência, contra os valores da sociedade aberta, é reforçada também pela constatação de que esses valores ampliaram indefinidamente o círculo de pessoas que se relacionam, mas essa ampliação implica uma redução do conteúdo. O desejo humano sempre será uma moral mais tribal, mais particularista. Para Hayek existe um conflito entre as morais tribais e uma justiça mais universalizável (KUKATHAS, 2007, p. 197).

O liberalismo de Hayek merece análise, em primeiro lugar, porque consiste em uma tentativa global em enfrentar uma miríade de problemas complexos, e inter-relacionados na teoria moral, social e política. Kukathas afirma que, desde Weber, Hayek foi o principal pensador a lidar com as dificuldades do liberalismo como doutrina filosófica, em um mundo em que as exigências éticas muitas vezes entram em conflito com a realidade econômica e política (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 202).

A peculiaridade do pensamento de Hayek, segundo Kukathas, foi direcionar o foco de análise aos problemas éticos da liberdade e da justiça, não apenas como problemas filosóficos isolados, mas em relação a questões de organização social e econômica, e problemas de conflito político nacional e internacional. Este seria o importante desafio do trabalho de Hayek à teoria liberal “que nos últimos 30 anos ficou presa a discussões abstratas de fundamentos morais do liberalismo e negligenciou estas perguntas a questões institucionais” (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 202).

A percepção de Hayek era muito aguda quanto ao fato de que sistemas morais, econômicos e políticos não poderiam subsistir isoladamente. Referido isolamento de fatores, segundo Hayek, contribuiu para o nacionalismo e para o totalitarismo. Mesmo com o abandono do

comunismo europeu no final do século XX, muitos problemas permanecem em termos de conflitos étnicos, movimentos separatistas nacionais e blocos comerciais regionais. Estes coletivismos se mostram hostis a princípios morais individualistas, universalistas e igualitários. Enquanto pensadores como Hannah Arendt também reconheceram a ameaça do perigo moral representado pelo totalitarismo, é no trabalho de Hayek, para Kukathas, que existe a tentativa mais profunda de compreender a lógica da sua alternativa institucional (Cf. KUKATHAS, 2007, p. 202-203).

2.3.1 *Kosmos e taxis: a catalaxia*

Hayek constatou os problemas derivados do uso indistinto do vocábulo *capitalismo*. O uso político que se faz do termo contribui para as imprecisões conceituais, e também para as dificuldades interpretativas. Consoante afirma, a Economia não pretende explicar fenômenos físicos, mas sim a atividade humana. Nessas circunstâncias, Hayek define a Economia (ou a catalaxia) como uma meta-teoria “uma teoria sobre as teorias que as pessoas elaboraram a fim de explicar qual o modo mais eficiente de descobrir e utilizar recursos diferentes para fins diferentes” (Cf. HAYEK, 1995, p. 134).

O autor defende que tanto o termo *capitalismo*, quanto o termo *socialismo* (princípios opostos de colaboração humana), possuem “conotação política tendenciosa, na medida em que não revelam nada importante sobre o caráter dos vocábulos”. A palavra *capitalismo* nunca foi usada por Marx, porquanto só adentrou no debate político como o “oposto natural ao socialismo” com o “livro explosivo” de Werner Sombart, *Der moderne Kapitalismus*, em 1902. Ao passo que a definição sugere um sistema atento aos interesses específicos dos proprietários de capital, Hayek defende que o uso teria provocado a oposição daqueles que eram seus principais beneficiários: os membros do proletariado (Cf. HAYEK, 1995, p. 151).

Hayek afirma que o uso do termo *capitalismo* sugere uma oposição de interesses que não existe, razão por que se coloca a estudar o termo *economia de mercado* (expressão importada do alemão), ao contrário de *capitalismo*. Adverte, todavia, que a expressão também possui grandes desvantagens. Em primeiro lugar, Hayek reconhece que a chamada *economia de mercado* não é em realidade, uma economia no sentido estrito, “mas um grande número de economias interagindo entre si com as quais tem em comum algumas características distintivas, mas não todas” (Cf. HAYEK, 1995, p. 151).

É necessário lembrar constantemente que a economia produzida pelo mercado não é em realidade como os produtos do desígnio humano deliberado, mas é uma estrutura que, embora em muitos aspectos semelhante a uma economia, em outros, particularmente por não servir a uma hierarquia unitária de fins, difere fundamentalmente de uma verdadeira economia (HAYEK, 1995, p. 151).

Por tudo isso Hayek opta pelo vocábulo *catalaxia* como “a ciência teórica que explica a ordem de mercado”. A introdução deste novo termo, pelo autor, foi pinçada de um radical grego utilizado num contexto muito semelhante ao pretendido. Hayek informa que, em 1938, o arcebispo Whately sugeriu *catalaxia* para definir a ciência teórica que explicava a ordem de mercado, e sua sugestão foi retomada de tempos em tempos, mais recentemente por Ludwig von Mises. Hayek explica que a palavra clássica à grega de que deriva *catalaxia*, *katalattein* ou *katalasseín*, não significa apenas “trocar”, mas também “receber na comunidade”, “transformar-se de inimigo em amigo”, “outra prova da profunda intuição dos antigos gregos nessas questões” (Cf. HAYEK, 1995, p. 152).

A partir da compreensão quanto à *catalaxia*, Hayek elabora uma distinção conceitual, do grego clássico, entre as ordens planejadas *taxis* (*made*) e as ordens espontâneas resultantes da evolução *kosmos* (*grown*). Hayek sustenta que *ordem* é um conceito indispensável ao exame de todos os fenômenos complexos, neles desempenhando, basicamente, o papel que o conceito de lei desempenha na análise de fenômenos mais simples. O autor não visualiza outro termo adequado para designá-los, embora *sistema*, *estrutura* ou *configuração* (*pattern*) possam ser ocasionalmente usados. Hayek ensina que o termo *ordem* possui uma longa história nas ciências sociais, “mas ultimamente vem sendo em geral evitado, principalmente em razão da ambiguidade de seu significado e de sua frequente associação com concepções autoritárias” (Cf. HAYEK, 1985, p. 36).

Hayek inicia o exame desta importante categorização (*kosmos* e *taxis*) com base no texto *A teoria dos sentimentos morais*, de Smith:

The man of system [...] seems to imagine that he can arrange the different members of a great society with as much ease as the hand arranges the different pieces upon a chess-board. He does not

consider that the pieces upon the chess-board have no other principle of motion besides that which the hand impresses upon them; but that, in the great chess-board of human society, every single piece has a principle of motion of its own, altogether different from that which the legislature might chuse to impress upon it. If those two principles coincide and act in the same direction, the game of human society will go on easily and harmoniously, and is very likely to be happy and successful. If they are opposite or different, the game will go on miserably, and the society must be at all times in the highest degree of disorder. (SMITH, 1790, VI.II.42).

Nesse trecho, Smith ilustra a metáfora da mão invisível, uma metáfora bem pouco compreendida e, em razão disso, manejada de modo difamatório pelos críticos da *catalaxia*. Com fundamento na célebre distinção entre *taxis* e *kosmos*, Hayek tenta esclarecer como ordens a exemplo da moral, da linguagem e do direito evoluíram sem que ninguém as planejasse, ou as previsse completamente. Hayek afirma que a metáfora da mão invisível segue ridicularizada, porque os *reformadores indignados* não são capazes de perceber que “este suposto caos”, é decorrente de um tipo de ordem não planejada.

Hayek era economista de formação e seu pai um famoso biólogo na Viena do século passado. As ordens espontâneas foram por muito tempo objeto de estudo exclusivo de economistas, até que a biologia passou a se ocupar delas, a partir da noção de “organismo”. Hayek também cita a cibernética²², no âmbito das ciências físicas, com o objetivo de estudar sistemas auto-organizadores ou autogeradores (Cf. HAYEK, 1985, p. 38).

As ordens planejadas (*taxis*) são relativamente simples ou, pelo menos, “limitam-se necessariamente a graus de complexidade moderados o bastante para que seu criador seja ainda capaz de apreendê-los”. Os elementos de concretude normalmente se destacam nestas organizações, porquanto a existência delas pode ser percebida intuitivamente pela observação. Estas organizações servem a propósitos específicos, uma vez que foram fruto de criação intencional. Por sua

²² No paper *The Road to Servomechanisms: The Influence of Cybernetics on Hayek from the Sensory Order to the Social Order*, Gabriel Oliva examina a influência da cibernética nos trabalhos de Hayek.

vez, *kosmos* se refere àquelas ordens em que a complexidade não pode ser “dominada” por uma mente humana. A existência deste tipo de ordem não se manifesta necessariamente aos nossos sentidos, já que podem se basear em relações puramente abstratas, apenas passíveis de reconstrução mental. Como não foram criadas por um planejador “não é legítimo dizer que tenham um propósito específico, embora o conhecimento de sua existência possa ser de grande valia na consecução dos mais diversos objetivos” (Cf. HAYEK, 1985, p. 40).

Hayek aduz que as ordens espontâneas não são imperiosamente complexas, mas, ao contrário das ordenações humanas intencionais, podem alcançar qualquer grau de complexidade. Daí se infere uma das principais teses de Hayek: as ordens muito complexas, que abrangem maior número de fatos particulares do que qualquer cérebro poderia apurar ou manipular, só podem ser produzidas por meio de forças que propiciem a formação de ordens espontâneas (Cf. HAYEK, 1985, p. 40).

As normas de *taxis* diferem das normas de *kosmos*, conforme ensina o autor. As normas que regem as ações de ordens espontâneas não precisam ser normas conhecidas. Este é o motivo por que Hayek prefere o termo *regularidade* ao termo *normas* quando se refere a *kosmos*. Disso se subsume que o homem não possui informações a respeito de todas as normas que orientam suas ações, logo, não consegue expressá-las em palavras.

Pelo menos na sociedade humana primitiva, quase tanto quanto em sociedades animais, a estrutura da vida social é determinada por normas de conduta que só se manifestam por serem de fato observadas. Somente quando alguns intelectos começam a discrepar em grau significativo torna-se necessário expressar essas normas de uma forma que permita comunicá-las e ensiná-las explicitamente, corrigir o comportamento discordante e dirimir as divergências de opinião sobre o comportamento apropriado. Embora o homem nunca tenha existido sem obedecer a leis, é claro que, por centenas de milhares de anos, existiu sem as conhecer no sentido de ser capaz de enunciá-las (HAYEK, 1985, p. 45).

O economista afirma que a sociedade só se fez possível por um processo de seleção, a partir de normas que levaram os indivíduos a agirem de maneiras a tornar possível a vida social. A questão de

importância central, tanto para a teoria social quanto para a política social, segundo Hayek, seria tentar desvendar quais devem ser as propriedades das normas para que as ações isoladas dos indivíduos produzam uma ordem global. De acordo com o autor, algumas destas normas serão obedecidas por todos os indivíduos de uma sociedade, porque o ambiente se apresenta as suas mentes de maneira semelhante. Outras normas serão seguidas espontaneamente, porque serão parte de sua tradição cultural comum. Todavia, existem normas que os indivíduos deverão ser compelidos a obedecer, pois, “embora fosse do interesse de cada um não as levar em conta, a ordem geral da qual depende a eficácia de suas ações só advirá se as normas forem obedecidas por todos” (Cf. HAYEK, 1985, p. 47).²³

Para Hayek, em qualquer grupo de homens suficientemente numeroso, a colaboração se baseará tanto na ordem espontânea quanto na organização intencional. Muitas tarefas limitadas têm na organização o método mais poderoso de cooperação eficaz. Não obstante, a coexistência dos dois tipos de ordem em toda a sociedade de qualquer grau de complexidade não significa que se possa combiná-las aleatoriamente.

O que na verdade constatamos em todas as sociedades livres é que, embora grupos de homens se unam em organizações para a consecução de alguns fins específicos, a coordenação das atividades de todas essas várias organizações, bem como dos diversos indivíduos, é produzida pelas

²³ Conforme Hayek, conquanto as normas em que se baseiam uma ordem espontânea possam ser também de origem espontânea, nem sempre isso ocorrerá. “Embora não haja dúvida de que a ordem se tenha originalmente formado de modo espontâneo em decorrência de os indivíduos terem observado normas não deliberadamente feitas, mas surgidas espontaneamente, com o tempo as pessoas aprenderam a aperfeiçoá-las. Portanto, é concebível que a formação de uma ordem espontânea dependa por completo das normas deliberadamente criadas. O caráter espontâneo da ordem resultante deve, pois, ser distinguido da origem espontânea das normas nas quais se fundamenta, e é possível que uma ordem que ainda devêssemos chamar espontânea repouse em normas inteiramente decorrentes de criação intencional. É óbvio que, na sociedade que conhecemos, apenas algumas das normas efetivamente observadas – a saber, algumas das normas jurídicas (mas nunca todas, mesmo desse tipo) – serão produto de criação intencional, ao passo que a maioria das normas morais e costumeiras será fruto de evolução espontânea” (HAYEK, 1985, p. 47-48).

forças que favorecem uma ordem espontânea. A família, a propriedade rural, a fábrica, a pequena e a grande empresa e as diversas associações, e todas as instituições públicas, entre as quais o governo, são organizações que, por sua vez, estão integradas numa ordem espontânea mais abrangente (HAYEK, 1985, p. 48-49).

Assente nestes dois tipos de ordem, Hayek define a *grande sociedade* como *ordem global espontânea*, composta por grupos organizados distintos, bem como por grupos menores e mais isolados como hordas, tribos ou clãs. Hayek defende que esta ordem espontânea denominada *grande sociedade* não necessita de limites tão nítidos quanto os da organização em geral, a exemplo dos governos.

Segundo Hayek, “embora seja concebível que a ordem espontânea a que chamamos sociedade possa existir sem governo, desde que o mínimo de normas exigido para a formação da mesma seja observado na ausência de um aparelho organizado para fazê-las cumprir”, na maioria das circunstâncias a organização denominada governo se torna indispensável para garantir a observâncias de normas. As funções do governo, nas palavras de Hayek, assemelhavam-se às de uma equipe de manutenção de fábricas, sendo que seu objetivo não é produzir um produto particular a ser consumido pelos cidadãos, mas apenas atuar como mecanismo regulador da produção destes bens e serviços para que se conservem em boas condições de funcionamento (Cf. HAYEK, 1985, p. 49).

No âmbito da língua inglesa durante muito tempo estes dois tipos de ordens foram tratados como *sociedade* e como *governo*. Hayek se furta em utilizar o termo *Estado*, porquanto referido conceito possui conotações metafísicas segundo sustenta. Na hipótese, por influência do pensamento da Europa continental, sobretudo o hegeliano, nos últimos 100 anos se adotou o costume de falar em *Estado* (com E maiúsculo), nos casos em que o termo *governo* seria mais apropriado e preciso. Consoante Hayek, quem adota uma respectiva política é sempre a organização nominada de *governo*, daí porque “em nada contribui para a clareza introduzir fora de propósito o termo ‘estado’ quando ‘governo’ é suficiente”. Para o autor, o termo *Estado* se torna enganoso quando manejado em contraposição ao vocábulo *sociedade*, para indicar que o primeiro é uma organização e o segundo uma ordem espontânea.

2.3.2 Leis e comandos

Nos três volumes de *Direito, legislação e liberdade*, Hayek aponta para uma distinção fundamental: *thesis* e *nomos*. O primeiro conjunto engloba as normas de organização, ou comandos, que se impõem *top-down* por um soberano. Ao contrário, *nomos* compreendem as regras *bottom-up*, as *normas de conduta justa* ou *as leis da liberdade*.

Enquanto *thesis* reflete, sobretudo, os interesses do soberano (ou dos grupos dominantes em geral), *nomos* se desvela da interação entre os indivíduos na coordenação de atividades rumo à maior eficiência e solução pacífica para os desacordos. Conquanto alguns historiadores defendam que Hayek associou *common law* e *customary law*²⁴, a

²⁴ “Hayek’s characterization of the common law as an institutional bulwark against the depredations of the Stuart monarchs is not dissimilar to that offered by J. G. A. Pocock in his *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, where he argues that the legal rules under which Englishmen operated had their origins in ancient custom, not statute, and took their form through a process of evolution over many centuries. Pocock (1987: 46) maintains that it is this aspect of English political history that provided the parliamentarians the legal principles with which they armed themselves in their struggles with the Crown: [...] Perhaps the best 17th-century summary of the common law — which comports with the way Hayek was later to interpret it — was put forward in 1612 by Sir John Davies. Davies was then attorney general for Ireland and had introduced British common law to Ireland after the Tudor Conquest. He maintained that the *Common Law of England* is nothing else but the *Common Custome* of the Realm: ‘and a Custome which hath obtained the force of a Law is always said to be *jus non scriptum*; for it cannot be made or created either by Charter, or by Parliament, which are Acts reduced to writing, and are alwaies matter of Record; but being onely matter of fact, and consisting in use and practice, it can be recorded and registered nowhere but in the memory of the people. For a Custome taketh beginning and groweth to perfection in this matter: When a reasonable act once done is found to be good and beneficiall to the people, and agreeable to their nature and disposition, then do they use it and practise it again and again, and so by often interation and multiplication of the act it becometh a *Custome*; and being continued without interruption time out of mind, it obtaineth the force of a *Law*. And this *Customary Law* is the most perfect and most excellent, and without comparison the best, to make and preserve a Comonwealth. For the *written Laws* which are made either by the Edicts of Princes, or by Councils of Estates, are imposed upon the Subject before any Triall or Probation made, whether the same be fit and agreeable to the nature and disposition of the people, or whether they will breed any inconvenience or no. But a *Custome* doth never become a Law to bind the people, untill it hath been tried and

distinção entre *thesis/nomos* permanece hígida (Cf. SKOBLE, 2006, p. 171).

O conceito de ordem, na obra de Hayek, corresponde a um estado de coisas em que uma multiplicidade de elementos de vários perfis se relacionam de modo que os indivíduos possam se familiarizar e formar expectativas corretas, ou pelo menos com boas chances de se apresentarem corretas. Isso ocorre porque os indivíduos dependem do conhecimento uns dos outros para sobreviverem, na divisão de trabalho intuída também por Smith e por Ricardo (Cf. SKOBLE, 2006, p. 172-173).

As intuições em biologia e em economia levaram Hayek a defender a existência de duas ordens: as planejadas e as espontâneas. E a salientar a preocupação dos biólogos e dos economistas com o desenvolvimento de ordens que não possuem um planejamento deliberado.

Hayek se reporta a Savigny para definir o conceito elementar de *lei* que rege a liberdade: “a lei é a norma que permite fixar as fronteiras invisíveis dentro das quais a existência e as atividades dos indivíduos adquirem segurança e liberdade”. Hayek adverte que os indivíduos esqueceram este significado de *lei*, razão por que a principal pretensão da obra *Os fundamentos da liberdade* é “tornar mais precisa a concepção de lei, na qual se fundamentou o ideal da liberdade dentro da lei e que permitiu conceituar a lei como ‘ciência da liberdade’” (Cf. HAYEK, 1983, p. 163).

Afirma o autor que “a delimitação das esferas individuais por meio de normas também se observa nas sociedades dos animais”. Para explicar sobre o conceito de *normas abstratas*, Hayek sustenta que um certo grau de ordem impeditiva de disputas frequentes e interferências em atividades como, por exemplo, busca de alimentos, surge normalmente pelo fato de que o indivíduo, ao se afastar do local que habita, fica menos disposto a lutar. Em decorrência disso, “quando dois indivíduos se defrontam em um local intermediário, um deles se retira, evitando assim medir forças” (Cf. HAYEK, 1983, p. 163).

Portanto, a esfera de cada indivíduo é fixada não pela demarcação de fronteiras concretas, mas pela observância de regras que não conhece, mas que respeita em suas ações. Os hábitos incorporados pelo

approved time out of mind, during all which time there did thereby arise no inconvenience: for if it had been found inconvenient at any time, it had been used no longer, but had been interrupted, and consequently it had lost the virtue and force of a Law. [...]” (HAMOWY, 2003, p. 243-245).

inconsciente coletivo implicam um tipo de abstração: “uma circunstância tão geral, como o afastamento do local de habitação, determina a reação de cada indivíduo ao se deparar com outro”. O autor sustenta que a tentativa de definir qualquer um dos hábitos sociais que tornam possível a vida dos animais em grupo, remeteria-nos à obrigatoriedade de exprimi-las em termos de normas abstratas (Cf. HAYEK, 1983, p. 163).²⁵

Estas normas abstratas foram conceituadas por Hayek como *leis* em sentido estrito, e a natureza dessas regras pode ser melhor compreendida quando cotejadas com ordens específicas ou comandos. Ao pensar a palavra “ordem”, no sentido amplo, “as normas gerais que regulam a conduta humana poderão mesmo ser consideradas ordens”. Tanto as leis, quando as ordens/comandos, diferenciam-se igualmente de proposições factuais e, portanto, pertencem à mesma categoria lógica. Não obstante, uma norma geral respeitada por todos, ao contrário de uma ordem propriamente dita (comando), não pressupõe necessariamente que uma pessoa a tenha emitido (Cf. HAYEK, 1983, p. 164-165).

Para Hayek, a lei em sua forma ideal poderia ser definida como uma ordem definitiva e válida para todos “prescrita para pessoas desconhecidas, independentemente de qualquer circunstância específica de tempo e lugar, e que se refere unicamente a que possam ocorrer em qualquer lugar e em qualquer tempo”. De acordo com o autor não é recomendável que se confunda *leis* com *ordens/comandos*, embora admita que “a fronteira entre leis e ordens/comandos se torna cada vez

²⁵ Hayek explana, com maiores detalhes, sobre a “abstração” na obra *The Sensoy Order*: “‘Abstração’ não aparece apenas sob a forma de comunicação verbal. Ela se manifesta também na maneira como reagimos do mesmo modo a qualquer espécie de eventos, os quais, na maioria dos aspectos, podem diferir significativamente entre si, e nos sentimentos evocados por esses eventos e que orientam nossas ações, quer sob a forma de um sentido de justiça, quer sob a de uma aprovação ou desaprovação moral ou estética. Provavelmente, também existe um número muito maior de princípios gerais que governam nossas mentes e que não podemos formular, e apesar disso orientam nosso pensamento trata-se, portanto, de leis da estrutura da mente, demasiado gerais para que sejam formuladas naquela estrutura. Mesmo quando falamos em uma norma abstrata que orienta nossas decisões, não nos referimos necessariamente a uma norma formulada em palavras, mas tão-somente a uma norma que poderia ser formulada dessa maneira [...]” (HAYEK, 1983, p. 164).

mais indefinida à proporção que seu conteúdo adquire maior especificidade” (Cf. HAYEK, 1983, p. 164-165).²⁶

A transição do específico e concreto, para o geral e abstrato, é encontrada na evolução da norma ditada pelo costume em relação à lei no sentido moderno. As sociedades primitivas se guiavam por dispositivos mais concretos se comparadas às sociedades modernas. Consoante Hayek, a “força do costume” torna-se um obstáculo somente quando a maneira habitual de agir já não é a única que o indivíduo conhece e quando ele pode imaginar outras formas de alcançar um fim desejado. Hayek defende o papel do desenvolvimento da inteligência individual, e da tendência a abandonar a maneira habitual de agir, na necessidade de exprimir as normas de modo mais explícito, ou mesmo reformulá-las, reduzindo gradualmente as prescrições positivas a proposições essencialmente negativas, delimitando o âmbito de ação de cada indivíduo a fim de não interferir na esfera também reconhecida como direito do próximo (Cf. HAYEK, 1983, p. 167).

Para Hayek, existem atributos que conferem às leis o caráter de *leis*, e existem instituições que se fazem necessárias para a salvaguarda das liberdades individuais. Hayek concebe as *leis* como proposições abstratas, gerais, e que devem ser anunciadas com antecedência e aplicadas de modo igual a todos os indivíduos a partir de condições conhecidas. A delimitação da esfera privada, por meio de normas, fará emergir um direito, como o direito de propriedade, por exemplo.

A concepção de liberdade, dentro da lei, fundamenta-se na ideia de que a obediência a normas gerais e abstratas impede que os indivíduos sejam submetidos à vontade arbitrária de outros. Hayek se filia a tradição liberal para defender que “o governo não é o dos homens, mas sim o da lei”. E cita Henry Maine ao lembrar que: “a evolução das sociedades progressistas tem sido, até o momento, a evolução de uma sociedade de *status* para uma sociedade de contrato”. Todavia, para Hayek, o que realmente se contrapõe ao império do *status* é o império de leis gerais e aplicáveis igualmente, a supremacia das *leges*, no sentido

²⁶ “O enfoque da lei como uma espécie de comando (a partir de Thomas Hobbes e John Austin) originalmente pretendia salientar a semelhança lógica desses dois tipos de sentenças, em contraposição, por exemplo, à afirmação de um fato. Entretanto, isto não deveria confundir, como tem ocorrido frequentemente, as diferenças essenciais [...] no qual as leis são definidas como ‘imperativos independentes’ que não constituem ‘ordens emitidas por alguém’, embora tenham a forma de linguagem característica da ordem [...]” (HAYEK, 1983, p. 164-165).

original da palavra latina correspondente a leis – ou seja, em contraposição a *privi-leges* (Cf. HAYEK, 1983, p. 169-170).

Hayek afirma que as características principais dos sistemas legais um pouco mais desenvolvidos são bastante semelhantes, a ponto de parecerem meras elaborações daquilo que Hume definiu como “três leis fundamentais da natureza: a lei da estabilidade da posse, da transferência por consentimento e do cumprimento das promessas” (Cf. HAYEK, 1983, p. 174).²⁷

Numa indireta referência a Kelsen, Hayek defende que os “inimigos da liberdade” sempre calcaram suas teses no pressuposto de que, nas relações humanas, a ordem social exige que um indivíduo emita comandos e que outros obedeçam a eles. Para Hayek, a oposição a um sistema de liberdade dentro de leis gerais provém, em grande parte, “da incapacidade de conceber uma coordenação eficaz das atividades humanas sem que exista uma mente capaz de impor uma organização”.

Hayek sustenta que “uma das conquistas da teoria econômica foi explicar como esse ajustamento mútuo das atividades espontâneas dos indivíduos é gerado pelo mercado”, que parte do pressuposto da existência de uma delimitação conhecida da esfera de controle de cada indivíduo. Consoante o autor, a compreensão desse mecanismo de ajustamento mútuo constitui a parte mais importante do conhecimento que deveria condicionar a elaboração das normas gerais que limitam as ações (Cf. HAYEK, p. 176-177).

Muitos indivíduos não conseguem compreender a formação de ordens espontâneas, conforme Hayek, porque se encontram acostumados ao ordenamento dos objetos físicos pela intervenção do homem. Todavia, até mesmo no âmbito físico, o autor fala na importância de se “confiar nos ajustamentos espontâneos de cada elemento para produzir uma ordem”, e defende que os indivíduos nunca poderiam produzir um cristal, ou um composto orgânico complexo, se tivessem de colocar cada molécula ou átomo em seu lugar adequado em relação aos outros (Cf. HAYEK, 1983, p. 178).

Dentro deste raciocínio, “a função do legislador não consiste em estabelecer uma ordem específica, mas em criar as condições nas quais

²⁷ Hayek cita John Walter Jones, na obra *Historical Introduction to the Theory of Law* (Oxford, 1940), página 114: “Ao examinar o Código Civil francês e deixando de lado o direito de família, Duguit encontra apenas três normas fundamentais: a liberdade de contrato, a inviolabilidade da propriedade e a responsabilidade civil. O restante resume-se a normas subsidiárias a um ou outro representante do Estado” (HAYEK, 1983, p. 174).

uma estrutura ordenada possa instaurar-se e sempre se renovar”. Como os elementos desta ordem são seres humanos, e é desejável que utilizem suas capacidades individuais da maneira mais proveitosa possível, na busca de seus fins, “o requisito básico para o estabelecimento de tal ordem é que cada um saiba quais as condições do meio ambiente com as quais ele pode contar” (Cf. HAYEK, 1983, p. 178-179).

2.3.3 As normas das ordens espontâneas (organismos) e as normas das organizações

Hayek conceitua *organismos* certas ordens espontâneas de tipo peculiar, em que a maioria dos elementos individuais ocupa lugares fixos. Os organismos possuem sistemas mais ou menos constantes, e ordens mais concretas, que acabam se preservando mesmo quando o número total de elementos se modifica e os elementos individuais mudam de lugar. O caráter relativamente concreto da ordem dos organismos expressa-se no fato de que “sua existência como totalidades distintas pode ser intuitivamente apreendida pelos sentidos, enquanto a ordem espontânea abstrata das estruturas sociais só pode ser reconstruída pela mente”. O fato da sociedade ser interpretada como um organismo acabou por endossar ideias hierárquicas e autoritárias, que não encontram apoio no conceito mais geral de ordem espontânea (Cf. HAYEK, 1985, p. 56).

Por outro lado, as *organizações* (termo muito utilizado no século XIX em contraposição a *organismo* para expressar a distinção feita pelo autor entre *taxis* e *kosmos*) são bastante recentes no âmbito da história. Conforme Hayek, essa ordem feita de *taxis* passou a ter uso geral, ao que parece, na época da Revolução Francesa. A palavra se tornou típica do espírito do período napoleônico e veio a ser o conceito central dos planos para a “reconstrução da sociedade” dos principais fundadores do socialismo moderno (os *saint-simonianos*) e de Augusto Comte até que o termo socialismo passasse ao uso corrente. “Falar em ‘organização da sociedade como um todo’ era, de fato, a maneira adequada de se referir ao que agora chamamos socialismo” (Cf. HAYEK, 1985, p. 57).

Hayek explica que as normas que regem as ordens espontâneas devem ser independentes de propósitos e devem ser idênticas em relação a todos os membros. Referidas regras merecem ser aplicáveis a um número desconhecido e indeterminado de pessoas e de situações, desconectadas de qualquer propósito comum.

Esta diferenciação entre *organismos* e *organizações* oportunizou uma das mais importantes teses de Hayek: o entendimento de que as

ordens espontâneas podem coexistir com organizações (governos podem coexistir com sociedades). Todavia, estas combinações não podem ocorrer de modo aleatório, sob pena de que os indivíduos sejam privados da possibilidade de usar as informações na consecução de seus mais variados fins. Hayek é bastante enfático sobre a possibilidade de aperfeiçoamento da ordem espontânea desde a retificação das normas gerais em que se fundamenta. Não obstante, adverte não ser possível aperfeiçoar os resultados mediante determinações específicas que privem os indivíduos do controle de informações essenciais.

Estes dois tipos de normas, *determinações específicas/ordens/comandos* e *normas gerais e abstratas*, serviram de modelos a conceitos totalmente diferentes de Direito, na lição de Hayek. Conforme defende, para muitos autores no curso da história Direito e liberdade eram definições inseparáveis.

Hayek afirma se filiar a uma longa tradição, que se estende dos gregos antigos e Cícero, atravessa a Idade Média, passa pelos liberais clássicos como Locke, Hume, Kant e os filósofos escoceses da moral e chega a diversos estatistas americanos dos séculos XIX e XX, para quem o Direito e a liberdade não podiam existir separadamente. E se opõe a Hobbes, a Bentham, a muitos pensadores franceses e aos positivistas modernos, que compreendem o Direito como uma usurpação da liberdade. Para Hayek “esse aparente conflito entre longas estirpes de grandes pensadores não significa que tenham chegado a soluções opostas, mas simplesmente usaram a palavra ‘direito’ em sentido diverso” (Cf. HAYEK, 1985, p. 54).

2.4 O VALOR DA LIBERDADE

Para Hayek, a máxima socrática “o reconhecimento da nossa ignorância é o começo da sabedoria”, tem um significado profundo para a compreensão da sociedade. A primeira questão importante, consoante o autor, é que os indivíduos tomem consciência “da inevitável ignorância dos homens a respeito de muitas coisas que lhes permitem alcançar seus objetivos” (Cf. HAYEK, 1983, p. 22).

Não obstante, Hayek aponta para o equívoco em se identificar a evolução da civilização com a evolução das informações “de que isso é dessa ou daquela forma”. Outro equívoco, conforme Hayek, é limitar o conhecimento ao “conhecimento científico”. Para o autor, que se pauta na ideia de liberdade, o “conhecimento científico” não esgota nem mesmo todo o conhecimento consciente, e explícito, utilizado pela sociedade de modo contínuo (Cf. HAYEK, 1983, p. 22-23).

Hayek percebe o orgulho que os indivíduos sentem em relação à ampliação do conhecimento, mas adverte para a consequência lógica desta ampliação, que é o crescimento da ignorância subjacente às ações humanas conscientes. Segundo Hayek, o progresso das ciências originou o conceito vulgar, aparentemente aceito por muitos cientistas, de que a ignorância diminui constantemente e que, por isso, os indivíduos poderiam controlar de maneira mais abrangente, e deliberada, todas as atividades humanas. Esse é o motivo por que, segundo Hayek, “as pessoas intoxicadas pelo avanço do conhecimento tantas vezes se tornam inimigas da liberdade” (Cf. HAYEK, 1983, p. 23-24).

O valor da liberdade repousa, sobretudo, no reconhecimento da inevitável ignorância dos indivíduos no que diz respeito à grande parte dos fatores de que depende a realização de seus objetivos e de seu bem-estar. Caso existissem homens oniscientes, e caso os indivíduos pudessem conhecer não apenas tudo o que influi na realização de seus desejos atuais, mas também conhecer os desejos e as necessidades futuras, “não haveria muita razão para a defesa da liberdade”, consoante pontua Hayek. “A liberdade é essencial para que o imprevisível exista; nós a desejamos porque aprendemos a esperar dela a oportunidade de realizar a maioria dos nossos objetivos” (Cf. HAYEK, 1983, p. 26-27).

Todas as teorias políticas pressupõem, evidentemente, que a maioria dos indivíduos é muito ignorante. Aqueles que defendem a liberdade diferem dos outros porque se incluem entre os ignorantes e porque incluem também os mais ignorantes e porque incluem também os mais sábios. Comparada com a totalidade do conhecimento que é continuamente utilizado no processo evolutivo de uma civilização dinâmica, a diferença que existe entre o conhecimento dos mais sábios e aquele que pode ser deliberadamente empregado pelos mais ignorantes é insignificante (HAYEK, 1983, p. 28).

Consoante Hayek, os racionalistas que pretendem sujeitar os mecanismos de sobrevivência à *razão* invariavelmente não escaparão de um dilema. Conquanto o uso desta faculdade vise ao controle e à possibilidade de previsão, o processo evolutivo da *razão* se baseia na liberdade e na imprevisibilidade. “Aqueles que exaltam os poderes da razão humana normalmente veem apenas um lado da interação do

pensamento e da conduta, na qual a razão atua na prática e, ao mesmo tempo, é modificada por esta prática” (Cf. HAYEK, 1983, p. 37).

Hayek defende “restar pouca dúvida” sobre o fato de que o homem deve parte de seus maiores sucessos ao fato de não ter sido capaz de controlar a vida social. Para o autor, o avanço contínuo dependerá, provavelmente, da renúncia deliberada aos controles que se encontram em poder dos indivíduos. “No passado, as forças evolutivas espontâneas, embora muito limitadas pela coerção organizada do Estado, ainda podiam afirmar-se contra este poder”. Nos dias atuais, os meios tecnológicos de controle, hoje à disposição do governo, talvez não mais permitam esta afirmação. E profetiza: “não estamos longe do momento em que as forças deliberadamente organizadas da sociedade poderão destruir as forças espontâneas que tornaram possível o progresso” (Cf. HAYEK, 1983, p. 37).

2.4.1 Liberdade como ausência de coerção

Hayek se filia ao liberalismo britânico ou evolucionário, consoante afirma em quase todas as obras. Para ele, a vertente britânica teria desenvolvido um programa bem definido e sistemático de princípios, razão por que o ramo continental, nominado *construtivista*, é apenas citado com a intenção de antagonizar com o liberalismo britânico. Hayek rejeita a distinção continental entre liberalismo político e econômico (elaborada mormente pelo filósofo italiano Benedetto Croce, como a discriminação entre *liberalismo* e *liberismo*).

Na orientação britânica a que Hayek se filia, as liberdades políticas e econômicas são inseparáveis, porquanto se baseiam no princípio do governo estritamente limitado ao cumprimento de regras gerais de conduta justa. A liberdade dentro da lei implica a liberdade econômica, enquanto que o controle da economia inviabiliza toda a possibilidade de liberdade (Cf. HAYEK, 1990, p. 132). O economista austríaco Henry Hazlitt explica melhor a distinção entre liberdade econômica e política na tradição continental, separação não evidenciada na vertente britânica:

As liberdades que os progressistas reverenciam são a de pensamento e a de expressão. Não obstante, os progressistas denunciam de modo insensato a liberdade econômica. A rejeição se dá com desprezo a partir do termo “laissez faire”, um termo, como já aponte, quase sempre manejado

de um modo difamatório, contrário a algum sentido descritivo mais sério. Na verdade, poucos conceitos encontram-se tão enredados por semântica como “liberdade”. “Liberdade” e “autonomia” são, assim, termos nobres para aquele tipo de liberdade que defendem; por sua vez, *laissez faire* ou “desregulamentação” são os termos pejorativos em relação à liberdade que censuram. Infelizmente no rol de autores que se valeram desse tom depreciativo incluem-se algumas das mentes mais brilhantes de nossa geração (recordo-me de Bertrand Russel e o falecido Morris Cohen). Esses escritores parecem-me, ao menos em parte, propagar certo preconceito profissional. Por trabalharem como escritores e pensadores, eles possuem total consciência da importância da liberdade para as atividades de escrita e de pensamento. Não obstante, eles parecem atribuir valor escasso às liberdades econômicas, uma vez que estas não se aplicam a eles, mas aos “homens de negócios”. Aludida interpretação é pouco caridosa, mas é justo afirmar que esses pensadores menosprezam as liberdades econômicas porque, a despeito de seu brilhantismo em certas áreas, carecem de conhecimento ou compreensão no sentido de reconhecer que quando as liberdades econômicas são diminuídas ou suprimidas todas as demais liberdades são também diminuídas ou suprimidas. “O poder de decidir sobre a subsistência de um homem”, consoante nos lembrou Alexander Hamilton “é o poder sobre a liberdade desse homem”. Caso pretendamos nos reportar a uma autoridade mais moderna, podemos citar Leon Trotsky, o colega de Lênin, que em 1937, em um momento de sinceridade assinalou com bastante clareza: “em um país onde o único empregador é o Estado, oposição significa morte lenta por inanição; o antigo princípio ‘aquele que não trabalha não merece comer’ foi substituído por um novo: ‘aqueles que não obedecem não merecem comer’”. Liberdade é um princípio, um conceito que deve ser tratado no todo, negar a liberdade econômica significa destruir todas as demais liberdades. O socialismo é irreconciliável com a

liberdade. Essa parece a lição que grande parte de nossos filósofos modernos e literatos ainda não aprendeu (HAZLITT, 1956, p. 2-3).

Hayek inaugura o texto *Os fundamentos da liberdade* com a afirmação de que pretende “analisar aquela condição do ser humano na qual a coerção que alguns exercem sobre os outros se encontra reduzida, tanto quanto possível, no âmbito da sociedade”. A intenção do autor é refletir sobre uma organização política e jurídica que permita a sobrevivência dos indivíduos desde o exercício de liberdades. E faz este recorte porque admite que a palavra *liberdade* encerra as mais diferentes interpretações, uma vez que produz na mente humana as mais variadas impressões.

Diante da dificuldade semântica com o vocábulo, Hayek aduz que “não seria muito proveitoso questionar o que a liberdade realmente significa”, mas sim “definir, primeiramente, a condição à qual nos referimos quando usamos essa palavra e, então, analisar seus outros significados apenas para estabelecer mais claramente aquele que adotamos” (Cf. HAYEK, 1983, p. 3-5).

Por influência direta de Kant, Hayek define a liberdade como um estado em que o homem não está sujeito à coerção pela vontade arbitrária de outro homem. É aquilo que muitos autores nominam *liberdade negativa*. Esta liberdade negativa, em Hayek, só faz sentido se enxergada desde o indivíduo e não se confunde com a *liberdade civil*. O autor teme a confusão com a expressão *liberdade política*, porquanto as palavras *civil* e *política* derivam de vocábulos gregos e latinos com semelhantes significados.

Diante da ausência de um conceito de *liberdade* na obra de Hayek, importante delimitar aquilo que o autor quer dizer quando se refere ao termo. Segundo a ideia de liberdade de não sofrer coerção arbitrária, Hayek oferece outras três classes de *liberdades*: a *liberdade política* (que nos termos de Benjamin Constant seria a *liberdade dos antigos*, exposta no item 2.1), a *liberdade interior* (metafísica, alusiva à questão do livre-arbítrio) e, por fim, a *liberdade como poder*, nos termos de Isaiah Berlin, a *liberdade positiva*. Portanto, Hayek não se coloca a discutir o sentido do termo *liberdade* em sua obra, mas apenas revela ao leitor a classe de liberdade que ocupará suas análises.

Para Isaiah Berlin, na política contemporânea, apenas dois sentidos de liberdade importam “dentre os mais de duzentos sentidos registrados na história”. O primeiro sentido é o âmbito negativo, que revela a impossibilidade de interferência de outrem na esfera das

liberdades individuais. Já a segunda acepção diz respeito à liberdade de agir, regulamentada pelo Estado em benefício da igualdade de todos (Cf. BERLIN, 2002, p. 226-272).

Berlin admite que as noções possam se confundir em um primeiro momento, uma vez que “fazer o que eu quero” só acontece se “eu não for impedido por alguém”. Todavia, segundo o autor, “as noções ‘positiva’ e ‘negativa’ de liberdade desenvolveram-se historicamente em direções divergentes, nem sempre por passos logicamente respeitáveis, até entrarem por fim em conflito direto uma com a outra” (Cf. BERLIN, 2002, p. 226-272).

O ensaio de Berlin pode auxiliar na compreensão do pensamento liberal de Hayek, e o início da exposição se dá pelo exame dos conceitos de liberdade negativa e positiva desde duas questões. Consoante o autor, o sentido negativo implica a resposta à seguinte indagação: “Qual é a área em que uma pessoa ou um grupo de pessoas é ou deve ter permissão de fazer ou ser o que é capaz, sem a interferência de outras pessoas? Até que ponto sou governado?”, segundo Berlin é a “liberdade de” alguma coisa (Cf. BERLIN, 2002, p. 226-272).

Por sua vez, o sentido positivo responde à pergunta: “O que ou quem é a fonte de controle capaz de fazer com que alguém execute, ou seja, uma coisa ao invés de outra? Por quem sou governado?”, de acordo com Berlin é a “liberdade para” alguma coisa. Portanto, embora as respostas possam se confundir até ao ponto das liberdades se sobreporem, infere-se que os sentidos são diversos (Cf. BERLIN, 2002, p. 226-272).

No caso, o conceito negativo de liberdade associa-se aos direitos civis e ao liberalismo para Berlin, ao passo que o conceito de liberdade positiva vincula-se à democracia, no caso dos direitos políticos; ao socialismo, no caso dos direitos sociais; e à cidadania plena, no caso dos direitos republicanos. Desse modo, o indivíduo tem a liberdade negativa de não sofrer restrições ou interferências em relação a seus desejos legítimos, e tem a liberdade positiva para participar do governo, partilhar a riqueza social, e garantir o exercício da cidadania. A liberdade negativa é caracterizada pela ausência de interferência, enquanto que a liberdade positiva se baseia na presença de autodeterminação (Cf. BERLIN, 2002, p. 226-272).

Berlin elegeu a liberdade negativa como a única capaz de fazer jus ao seu verdadeiro nome, porquanto “o sentimento fundamental da liberdade é a liberdade dos grilhões, do aprisionamento, da escravidão por outros. O resto é extensão desse sentido, ou então é metáfora”. Nas palavras de Berlin:

A defesa da liberdade consiste na meta “negativa” de evitar a interferência. Ameaçar um homem de perseguição caso ele não se submeta a uma vida em que não escolhe seus objetivos; bloquear a sua frente toda porta exceto uma, não importando a nobreza da perspectiva para a qual abre ou a benevolência dos motivos dos que arranjaram tal coisa, é pecar contra a verdade de que ele é um homem, um ser com uma vida própria a ser vivida (BERLIN, 2002, p. 226-272).

A liberdade negativa é a “liberdade de” alguma coisa, ou liberdade contra alguma coisa: “nenhuma interferência além da fronteira móvel, mas sempre identificável”, na expressão de Berlin. A fronteira pensada pelo autor diz respeito a um espaço em que o indivíduo pode atuar sem causar danos a outrem, isto é, sem interferir e sem invadir o espaço da liberdade alheia. A garantia de não interferência repousa na lei “universal e irrestrita” e provida de um mínimo de coerção admissível. Berlin sugere que a liberdade negativa se interessa muito mais pela área de controle da coerção, do que propriamente na sua origem (Cf. BERLIN, 1981, p. 32).

O sentido positivo de liberdade relaciona-se também à faculdade de constrangimento dos indivíduos para que suas ações se destinem a objetivos superiores, a exemplo da justiça ou do bem comum, consoante adverte Berlin ao afirmar: “essa é a doutrina da libertação pela razão” e “suas formas socializadas, apesar de amplamente díspares e opostas uma à outra, encontram-se no âmago de muitos dos credos nacionalistas, comunistas, autoritários e totalitários de nossos dias”. O autor afirma que ao longo de sua evolução, a “doutrina da libertação pela razão” pode ter vagado bem longe de seus ancoradouros racionalistas. “Ainda assim, é sobre essa liberdade que se discute nas democracias e ditaduras, e pela qual se luta em muitas partes da Terra hoje em dia” (Cf. BERLIN, 2002, p. 226-272).

Para Berlin, assim como para Constant, este ideal de liberdade positiva, como autogoverno ou autodomínio, caso transportado às sociedades modernas, consistiria em um anacronismo. O mundo moderno é marcado pela complexidade e pluralidade e, portanto, entender a liberdade como uma ação que levaria a um amplo acordo ou consenso sobre a sociedade seria, nas palavras do autor, um engano (Cf. BERLIN, 2002, p. 226-272).

Portanto, o vínculo entre democracia e liberdade individual é muito mais tênue do que parece a muitos defensores de ambas. “O

desejo de ser governado por mim mesmo, ou pelo menos de participar do processo que controla minha vida, pode ser um desejo tão profundo quanto o de uma área livre para a ação e talvez historicamente mais antigo”. As diferenças acabaram por gerar o grande confronto de ideologias que domina nosso mundo (Cf. BERLIN, 2002, p. 226-272).

Nas palavras de Berlin, enquanto os adeptos da liberdade no sentido negativo se preocupam em refrear a autoridade como tal, os simpatizantes da liberdade no sentido positivo querem a autoridade colocada em suas próprias mãos. “Não são duas interpretações diferentes de um único conceito, mas duas atitudes profundamente divergentes e irreconciliáveis para com os fins da vida” (Cf. BERLIN, 2002, p. 226-272).

Hayek compartilha desta mesma opinião ao contrapor a liberdade negativa (*liberdade como ausência de coerção*) a outras três classes de liberdade: a liberdade política, a liberdade interior e a liberdade enquanto poder (positiva nos termos de Berlin).

A liberdade política se dá pela participação dos homens na escolha de seu governo, no processo legislativo e no controle da administração. Para Hayek este tipo de liberdade não torna um povo livre, “não se pode afirmar que os habitantes do Distrito de Columbia, ou os estrangeiros que residem nos Estados Unidos, ou os jovens que ainda não têm direito de voto, não desfrutam de plena liberdade pessoal, simplesmente por não partilhar da liberdade política”. Hayek defende que a relação frequentemente buscada entre essa concordância com a ordem política, e a liberdade individual, é uma das causas da atual confusão sobre seu significado (Cf. HAYEK, 1983, p. 8).

Hayek afasta este sentido do âmbito de suas análises, ao argumento de que o perigo de se confundir a liberdade como ausência de coerção, com a liberdade política, decorre do fato de que o uso da palavra não deixa claro que uma pessoa pode escolher por meio do voto ou optar, por meio de um contrato, por sua própria escravidão, renunciando assim à liberdade no sentido original. “Talvez pelo fato de haveremos visto milhões de pessoas votarem a favor de sua completa servidão a um tirano, nossa geração tenha concluído que escolher seu próprio governo não significa, necessariamente, assegurar a liberdade” (Cf. HAYEK, 1983, p. 8).

Por sua vez, a *liberdade interior*, o tão controvertido termo *livre-arbítrio* também não foi objeto da análise de Hayek. Por liberdade interior, ou metafísica, Hayek refere-se à possibilidade de uma pessoa pautar-se em suas ações por sua própria vontade e consciência, por sua razão ou firme convicção e não por circunstâncias ou impulsos

momentâneos. Com efeito, a possibilidade de uma pessoa ser ou não capaz de uma escolha inteligente entre alternativas, ou de agir em conformidade com a resolução por ela tomada, é distinta da possibilidade de outras pessoas lhe determinarem ou não os seus desejos (Cf. HAYEK, 1983, p. 10).

A última classe de liberdade contraposta por Hayek à *liberdade como ausência de coerção* é a liberdade como *poder* ou, nos termos de Berlin, a liberdade positiva ou *liberdade para alguma coisa*. Segundo Hayek, não há equívoco mais perigoso, no que diz respeito ao conceito de liberdade individual, do que compreender liberdade como a possibilidade de fazer o que se bem entende, de se realizar todos os sonhos e desejos humanos. “Esta espécie de ‘liberdade’ aparece nos sonhos de muitas pessoas sob a ilusão de que podem voar, de que não estão sujeitas à gravidade e podem movimentar-se ‘livres como pássaros’ para qualquer lugar, ou ainda de que têm o poder de modificar seu meio ambiente de acordo com sua vontade” (Cf. HAYEK, 1983, p. 10-11).

Uma vez admitida essa identificação de liberdade com poder, não há limites para os sofismas pelos quais os atrativos da palavra “liberdade” podem ser usados para fundamentar medidas que destroem a liberdade individual. São infundáveis os subterfúgios pelos quais é possível levar as pessoas a abrir mão de sua própria liberdade em nome da liberdade. Foi este equívoco que permitiu que a ideia de liberdade individual fosse substituída pela ideia de poder coletivo sobre as circunstâncias e que, em Estados totalitários, a liberdade fosse suprimida em nome da própria liberdade (HAYEK, 1983, p. 11).

Hayek aponta Rousseau como o *herói dos intelectuais progressistas*, uma vez que teorizou sobre a libertação dos indivíduos em relação a todas as constrações artificiais. Da obra *O Contrato Social*:

O homem nasceu livre, e em toda parte se encontra sob ferros. De tal modo acredita-se o senhor dos outros, que não deixa de ser mais escravo que eles. Como é feita essa mudança. Ignoro-o. Que é que a torna legítima? Creio que posso resolver essa questão (ROUSSEAU, 1963, p. 10).

Nas palavras de Hayek, Rousseau incitou os indivíduos a “se libertarem das restrições” responsáveis por sua produtividade e sua expansão numérica. Além disso, Rousseau engendrou um conceito de liberdade que se tornou o maior obstáculo a sua consecução. Hayek informa que, após defender a ideia de que o instinto animal era o guia mais perfeito para a cooperação ordenada entre os homens ao contrário da tradição ou da razão, Rousseau teria inventado a fictícia vontade do povo, ou *vontade geral*, a intuição de que o povo “se torna uma única entidade, um indivíduo” (Cf. HAYEK, 1995, p. 74-75).

Em oposição à *liberdade como poder*, teorizada também por Rousseau, o conceito de liberdade em Hayek é meramente negativo, assim como a paz, a segurança e a calma, ou ainda qualquer ausência de mal ou impedimento. Hayek insiste na tese de que a liberdade define a ausência de um obstáculo determinado – a coerção do homem pelo homem (Cf. HAYEK, 1983, p. 10-11).

Ao responder a objeção de que o caráter eminentemente negativo da liberdade reduziria o seu valor, Hayek invoca o significado mais antigo da palavra, ao se remeter à Grécia e à distinção de um homem livre em relação a um escravo. A análise de inúmeros decretos de libertação dos escravos que foram encontrados por historiadores, permitiram a formulação, por Hayek, de “um quadro bem claro dos conceitos fundamentais”. Os decretos para a emancipação dos escravos davam a estes, primeiro, “situação legal como membro protegido da comunidade”; segundo, “imunidade contra prisão arbitrária”; terceiro, “o direito de se dedicar ao trabalho desejado”; e quarto, “o direito de ir e vir de acordo com sua própria escolha” (Cf. HAYEK, 1983, p. 15-16).

2.4.2 A supremacia moral da liberdade

Hayek advoga a tese de que os pensadores da liberdade, não adeptos da escola racionalista, sempre enfatizaram que a liberdade nunca produziu bons resultados quando não existiam convicções morais firmemente arraigadas, e que a coerção pode ser reduzida a um mínimo apenas quando se pode esperar que os indivíduos, de modo geral, observem voluntariamente determinados princípios (Cf. HAYEK, 1983, p. 66).

A preferência de Hayek é pela observância voluntária às convenções e aos costumes inerentes às relações humanas. Isso não só porque a coerção é maléfica, como também muitas vezes é desejável que as normas sejam observadas apenas na maioria dos casos. Para o autor, é recomendável que os indivíduos possam ser capazes de transgredir as

normas quando julgarem que, a despeito da reprovação social, ainda assim seja válido transgredir. Além disso, Hayek julga importante que “a força da pressão social e do hábito que garante sua observância seja variável”, uma vez que “é a flexibilidade das normas voluntárias que possibilita a evolução gradual e o desenvolvimento espontâneo no campo da moral” (Cf. HAYEK, 1983, p. 67).

Tocqueville, numa linha próxima a Hayek, ensina que o caminho para o despotismo democrático só pode ser obstado pela junção da liberdade não apenas com a igualdade, mas também com a moralidade, a religião e a ordem. Assim como a igualdade é a precondição da justiça, a moralidade e a ordem são precondições da grandeza. A solução do problema da democracia implica mostrar que nenhum destes componentes pode ser sacrificado e, ademais, que nenhum precisa ser sacrificado, porquanto em conjunto constituem uma unidade harmônica (Cf. FREY, 2000, p. 112-113).

Hayek pondera que “não temos outra escolha senão a submissão a normas cuja lógica frequentemente não conhecemos”. Ao proceder desse modo, conscientes ou não, saberemos que algo importante depende da observância no caso específico. “As normas da moral são instrumentais no sentido de que contribuem principalmente para a realização de outros valores humanos”. Contudo, Hayek sublinha o fato de que raramente podemos saber qual o resultado da observância destas normas em cada caso particular, razão por que o cumprimento deve ser considerado um valor em si, “uma espécie de fim intermediário que devemos perseguir sem questionar sua razão de ser em cada caso concreto” (Cf. HAYEK, 1983, p. 72).

2.4.3 A liberdade individual como princípio moral para a ação política

Hayek enfatiza que nem “todos os conjuntos de princípios morais que evoluíram numa determinada sociedade são benéficos”. Segundo o autor, assim como um grupo de homens pode vir a predominar graças às normas morais observadas por seus membros, e seus valores conseqüentemente podem acabar sendo imitados por toda a nação que aquele grupo passou a liderar, é possível, também, que um grupo ou nação se destrua por causa das normas de conduta moral que segue (Cf. HAYEK, 1983, p. 72).

Portanto, “somente os resultados eventuais podem mostrar se os ideais que orientam um grupo são benéficos ou nefastos”. O valor de uma sociedade calcada em princípios da liberdade reside, sobretudo, no

fato de que erros podem ser corrigidos automaticamente quando detectados. Hayek defende que nas sociedades em que todos são obrigados a servir aos mesmos propósitos, e onde não se permite aos dissidentes seguir outros ideais, as normas só se demonstrarão inadequadas com a decadência de toda a nação (Cf. HAYEK, 1983, p. 72).

A questão importante suscitada por Hayek é se o consenso da maioria, a respeito de uma norma moral, é razão suficiente para justificar que uma minoria dissidente se submeta, ou se este consenso não deveria também ser limitado por normas mais gerais. Em outras palavras, “o problema é se a legislação ordinária deveria ser limitada por princípios gerais, do mesmo modo que as normas morais de conduta individual excluem certos tipos de ação”. Hayek afirma que, tanto na ação política quanto na ação individual, existe a mesma necessidade de normas de conduta moral, e tanto as consequências de sucessivas decisões coletivas como as de decisões individuais serão benéficas unicamente se encontrarem fundamento em princípios comuns (Cf. HAYEK, 1983, p. 72-73).

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

2.4.4 Responsabilidade e liberdade

O declínio da liberdade no ambiente contemporâneo é também resultado da incapacidade individual de se cotejar os inseparáveis conceitos de *liberdade* e de *responsabilidade*. Este declínio é a razão por que os homens não mais acreditam na responsabilidade individual, como acreditaram outrora. A responsabilidade se tornou uma definição impopular, “uma palavra que escritores ou oradores experientes evitam por causa da óbvia indiferença ou da animosidade com que é recebida

por uma geração que repele tudo que seja moralizante”. Hayek afirma ser bastante frequente a hostilidade em relação ao termo *responsabilidade* por aqueles indivíduos educados a partir do pensamento de que “sua posição na vida ou suas próprias ações foram determinadas por circunstâncias que eles não controlam”. Outrossim, Hayek sustenta que a negação da responsabilidade se deve ao medo que a liberdade provoca (Cf. HAYEK, 1983, p. 76-77).

A despeito disso, a preservação de sociedades livres depende do senso de responsabilidade individual, no sentido de que as ações sejam orientadas por um senso de dever que se estenda além das obrigações consagradas pela lei, e que a opinião pública autorize a responsabilização dos indivíduos tanto pelo sucesso quanto pelo fracasso de seus esforços. Hayek assevera que “quando os homens têm liberdade de agir da maneira que julgam conveniente, também devem ser responsabilizados pelos resultados de suas ações” (Cf. HAYEK, 1983, p. 82).

A justificativa para a atribuição de responsabilidade assenta-se na presumível influência sobre as gerações futuras, a fim de ensinar aos indivíduos a importância do conceito de previsibilidade. Embora as sociedades livres permitam que os indivíduos decidam por si próprios porque, em geral, encontram-se em melhor situação para saber das circunstâncias que envolvem suas ações, também existe uma preocupação com as condições que permitem a utilização do conhecimento com maior eficácia. Conforme Hayek, é importante que a sociedade, ao reconhecer a liberdade aos indivíduos porque presume que sejam seres racionais, empenhe-se para que seja para eles gratificante agir como seres racionais, deixando que arquem com as consequências de suas decisões (Cf. HAYEK, 1983, p. 82).

Isto não significa que se suponha sempre que o indivíduo é o melhor juiz de seus interesses; significa apenas que nunca podemos ter certeza de que outra pessoa os conheça melhor do que o próprio indivíduo, e que desejamos usar plenamente as capacidades de todos que possam contribuir de alguma forma para o esforço comum que pretende fazer nosso ambiente servir a fins humanos (HAYEK, 1983, p. 82).

Portanto, *liberdade* e *responsabilidade* são conceitos indissociáveis na obra de Hayek e isso “significa que a justificativa

filosófica da liberdade só é aplicável àqueles que podem ser responsabilizados. Não se aplica a crianças, débeis mentais ou loucos”. Pressupõe que um indivíduo seja capaz de aprender a partir da experiência e de orientar suas ações pelo conhecimento assim adquirido (Cf. HAYEK, 1983, p. 83).

O valor da personalidade individual pressupõe o reconhecimento de que cada indivíduo detém uma escala própria de valores, que deve ser respeitada pelos demais, mesmo por aqueles que dela discordem. Acreditar na liberdade, segundo Hayek, significa compreender que ninguém pode ser considerado juiz último dos valores alheios, porquanto não existe qualquer direito de impedir indivíduos de perseguirem desígnios próprios, mesmo que se discorde deles, desde que não exista violação à esfera de ação que a lei também garante aos demais (Cf. HAYEK, 1983, p. 85).

Conquanto um ambiente de liberdade confira aos indivíduos a oportunidade de fazerem o bem, isso somente ocorrerá caso exista a liberdade para que errem e façam o mal. “A liberdade de ação que é condição do mérito moral inclui a liberdade de errar: elogiamos ou criticamos o indivíduo somente quando ele tem a possibilidade de escolher” (Cf. HAYEK, 1983, p. 85).

Nas sociedades livres os indivíduos são remunerados pelo uso adequado que fazem de seus talentos, e não por possuírem este ou aquele talento. Para Hayek é quase impossível determinar em que grau uma carreira bem-sucedida foi resultado de conhecimento, habilidade ou esforço superiores, ou se foi decorrente de um feliz acaso. Não obstante, “isso de forma alguma diminui a importância dos contextos em que a escolha correta redunde em benefício pessoal” (Cf. HAYEK, 1983, p. 88).

Muito embora para Hayek esta constatação seja básica, há uma limitada compreensão dela, não apenas por socialistas quando afirmam, por exemplo, *o direito natural* que toda criança possui como cidadã, não apenas à vida, à liberdade e à busca da felicidade, mas também *direito* de exigir posição na escala social, a partir de seus talentos.

Hayek defende que o talento pessoal não confere ao indivíduo o *direito de exigir* uma posição específica em sociedades livres. Caso esta exigência se justificasse, algum organismo teria o *direito* e o *poder* de determinar as posições que os indivíduos ocupariam. “Uma sociedade livre apenas concede aos indivíduos oportunidades para que procurem posições adequadas, com os riscos inerentes e a incerteza necessariamente implícita na busca de mercado para o talento pessoal”. Hayek adverte ser “inegável que, em relação a isso, uma sociedade livre

submete os indivíduos a uma pressão da qual frequentemente se ressentem”. Não obstante, “é ilusório pensar que poderíamos evitá-la em algum outro tipo de sociedade; pois a alternativa à pressão implícita na responsabilidade pelo destino individual é muito mais odiosa”, uma vez que decorre de ordens ditadas por outros indivíduos, que obrigariam os demais a obedecer e a se submeter (Cf. HAYEK, 1983, p. 88).

2.4.5 Liberalismo e democracia

Os fundadores do constitucionalismo liberal tinham em mente, como forma de proteger as liberdades individuais, a separação de poderes. A ideia que subjazia ao princípio da separação de poderes era aquela em que a coerção só poderia se dar com base em regras universais. Para Hayek, a separação de poderes falhou em alcançar esta finalidade, porquanto só faria sentido se houvesse uma concepção de lei desde critérios internos, e independentes da fonte que a produzisse (Cf. HAYEK, 1978, p. 98).

Nos dias atuais, interpreta-se como lei qualquer espécie de comando, desde que produzido por órgãos representativos. Hayek formula uma crítica contundente ao que nomina *legislação*, uma vez que a distingue de *lei* em seus trabalhos. Consoante Hayek, a legislação como “criação intencional de leis”, “foi com justiça considerada, entre todas as invenções do homem, aquela plena das mais graves consequências, tendo seus efeitos alcance ainda maior que os do fogo e da pólvora” (Cf. HAYEK, 1985, p. 88-89). Para o economista, as legislações podem ser *inventadas* até de modo aleatório, ao contrário do Direito, que jamais teria sido *inventado* neste mesmo sentido (consoante já se apontou, o Direito é criação humana, mas sem intenção humana). Segundo leciona, a legislação é um invento relativamente recente na história da humanidade.

Esta novidade, amparada normativamente pelo positivismo jurídico, provocou a ascensão do governo democrático interpretado como governo ilimitado. Em última instância, há nos dias atuais a compreensão equivocada, segundo Hayek, de que a soberania popular deve ser ilimitada, e que um Poder apenas pode ser confrontado por outro Poder. Consoante o autor, referida proposição somente seria correta caso o conteúdo material das ações de determinado Poder pudesse sofrer limitações; todavia, não se apresenta acertada caso o Poder possa sofrer demarcação a partir de uma série de atividades identificáveis apenas por critérios objetivos (Cf. HAYEK, 1985, p. 88-89).

A concepção fundamental em que repousa a clássica distinção entre a produção normativa e o problema dos comandos particulares consiste no fato de que o processo de elaboração de normas tem que se respaldar na justiça dos enunciados, desde um compromisso com a aplicação universal a um número desconhecido de casos futuros. Além disso, tem que renunciar ao poder de modificar a aplicação quando surgirem situações particulares. Nesse sentido, o Direito repousa na crença de que determinados tipos de ações são certas ou erradas, e não na vontade de fazer valer resultados específicos. E a legitimidade do legislador depende da aprovação pública assentada na justiça dos pronunciamentos de suas ações (Cf. HAYEK, 1985, p. 88-89).

O equívoco atual da teoria democrática deriva da substituição, por Rousseau, da vontade popular pela crença generalizada, resultante da ideia de soberania popular, de que tudo o que a maioria decidir em assuntos específicos deve se tornar lei para todos. Hayek adverte que a essência de uma sociedade livre reside no fato de que a esfera privada não se encontra no âmbito dos assuntos administráveis pelo governo, e que um indivíduo livre deve dispor de um domínio conhecido a fim de desfrutar dos mais diversos propósitos. Para os teóricos do governo representativo, governo submetido a leis significa a condução da máquina administrativa, a partir de regras universais de conduta justa e jamais a vontade arbitrária do governante (Cf. HAYEK, 1978, p. 99).

No século XIX houve certo consenso de que democracia liberal era o regime mais adequado à consolidação do Estado de Direito para garantia das liberdades e da igualdade. Todavia, nos dias atuais aludida consolidação é questionada, sobretudo pelo fato de que os espaços democráticos se tornaram lugares de enfrentamentos em que a essência e o valor da democracia são objetos de indagações (Cf. KELSEN, 2000, p. 32).

Kelsen informa que a “palavra de ordem” que dominou “quase que universalmente” os espíritos nos séculos XIX e XX é a *democracia*. E como qualquer palavra de ordem, a democracia perdeu assim o sentido que lhe seria próprio. Nas democracias, Kelsen sustenta a “transformação do conceito de liberdade”, porquanto a liberdade do indivíduo em relação ao domínio do Estado teria se transformado em participação do indivíduo no poder do Estado. Desse modo, segundo Kelsen, nisso reside a separação entre democracia e liberalismo (Cf. KELSEN, 2000, p. 32).

O ideal democrático, se é considerado satisfeito na medida em que os indivíduos submetidos à ordem

do Estado participam da criação dessa mesma ordem, é independente do grau em que essa ordem do Estado abrange os indivíduos que a criam, o que equivale a dizer independente do grau ao qual reduz a “liberdade” deles. Mesmo que o alcance do poder do Estado sobre o indivíduo fosse ilimitado, caso em que, portanto, a “liberdade” individual seria completamente aniquilada e o ideal liberal negado, ainda assim seria possível a democracia, contanto que tal poder estatal fosse criado pelos indivíduos a ele submetidos. E a história ensina que o poder democrático não tende a expandir-se menos que o autocrático (KELSEN, 2000, p. 32).

Nas palavras de Kelsen existe uma discordância inevitável entre a vontade do indivíduo, ponto de partida da exigência de liberdade, e a ordem estatal, que se apresenta ao indivíduo como vontade alheia. Como nos Estados democráticos esta discordância é reduzida a um número aproximativo ocorre uma nova transformação na ideia de liberdade política. A respectiva mudança sugere que a liberdade do indivíduo “a qual, em última análise, se revela irrealizável” acaba por ficar em segundo plano, enquanto a liberdade da coletividade passa a ocupar o primeiro plano (Cf. KELSEN, 2000, p. 32).

Para o autor, as críticas contra o domínio exercido por alguém semelhante a nós levam na consciência política a um deslocamento do sujeito do domínio – domínio esse inevitável mesmo em um regime democrático – ou seja, à formação da pessoa anônima do Estado. “O *imperium* parte dessa pessoa anônima, e não do indivíduo como tal”. A vontade de cada uma das personalidades “libera uma misteriosa vontade coletiva e uma pessoa coletiva absolutamente mística”. Kelsen afirma que “esse isolamento fictício” se efetua não tanto contra a vontade dos súditos quanto contra a vontade dos indivíduos que exercem o poder e que aparecem como simples órgãos de um sujeito “hipoestasiado de tal poder” (Cf. KELSEN, 2000, p. 33).

No regime autocrático, um homem de carne e osso – mesmo que divinizado – é considerado mandante. No regime democrático é o próprio Estado que aparece como sujeito do poder. Aqui o véu da personificação do Estado cobre o fato, insuportável para uma sensibilidade democrática, do domínio do homem pelo homem pelo homem.

A personificação do Estado torna-se a base da teoria do direito público contemporâneo, tem suas raízes nessa ideologia da democracia (KELSEN, 2000, p. 33).

Nos dizeres de Kelsen, a transformação do sujeito do domínio irá modificar o sujeito da liberdade, razão por que entende que os indivíduos submetidos à ordem do Estado continuam livres. Aponta que “ao criar a ordem do Estado, o indivíduo organicamente unido a outros indivíduos, é livre justamente nos laços dessa união, e apenas nela”. Defende que a ideia de Rousseau de que o súdito renuncia a toda a sua liberdade para reavê-la como cidadão é característica “que essa distinção entre súdito e cidadão indica uma mudança integral no ponto de vista social e o deslocamento completo do problema”. Portanto o súdito é o indivíduo isolado de uma teoria individual da sociedade; “o cidadão é o membro não independente, simples elemento de um todo profundamente orgânico do ser coletivo de uma teoria universal da sociedade” (Cf. KELSEN, 2000, p. 33).

Consoante já se mencionou, Stuart Mill no ensaio *Sobre a liberdade* teve como principal referência teórica a obra *A democracia na América*, de Tocqueville. A preocupação de Tocqueville, nos regimes democráticos modernos, relacionava-se, sobretudo, aos perigos da tirania “suave” e da “burocracia benevolente”, que acabavam por criar nos indivíduos a ilusão de que não mais se encontrariam em oposição ao governo, uma vez que eles próprios agora seriam o governo. Com efeito, Mill estava menos preocupado em impedir as coerções em relação a indivíduos isolados, mas principalmente interessado em impedir as coerções de grupos que encarnassem a “vontade da maioria” (Cf. RYAN, 1998, p. 499-500).

Mill tinha um alvo bem específico quando redigiu a obra: a mentalidade vitoriana dos cristãos na Inglaterra. A filosofia moral do autor objetivava refletir sobre a esfera de autonomia dos indivíduos em relação ao poder coercitivo do Estado, sobretudo em razão da criminalização da esfera sexual dos indivíduos, na Inglaterra de sua época. Mill defendia que não era função do Estado punir a *imoralidade* por si mesma quando esta não prejudicasse terceiros.

O receio de Mill tinha dois fundamentos: o primeiro, e o mais óbvio, era a observação de Tocqueville de que o povo americano gozava de menos liberdade de pensamento e de expressão do que se poderia supor da leitura de seu arcabouço constitucional. Consoante Tocqueville, os americanos não eram conhecidos por pensar por si

próprios, e assim acabavam vulneráveis à pretensão de pensar como os outros, e ao desejo de que outros pensassem como eles. O segundo fundamento era a ideia retirada dos saint-simonianos, entre 1820 e 1830, a respeito da perda da individualidade e da conversão dos indivíduos em uma massa (Cf. RYAN, 1998, p. 500).

Este medo de Tocqueville teve o mesmo impacto em Mill. Os indivíduos comuns de um país como a Inglaterra lograram êxito em equilibrar o poder, entre eles e as leis, a partir da democracia constitucional; todavia, não se deram conta de que ao se afastarem da tirania de monarcas e de aristocratas acabavam por restar vulneráveis em relação a uma tirania diferente e mais perigosa: a tirania da coletividade em relação aos indivíduos. O enorme perigo desta nova modalidade de tirania não é apenas que o sentido de “autogoverno” invariavelmente significa governo da maioria, mas sim uma suave e constante pressão social por conformidade, uma espécie de tirania implícita, muito mais perigosa do que a tirania explícita (Cf. RYAN, 1998, p. 500). Nas precisa avaliação de Mill:

O “povo” que exerce o poder não é sempre o mesmo povo sobre o qual o poder é exercido; e o “auto-governo” mencionado não é o governo de cada um por si, mas de cada um por todo o resto. [...]. A maioria, ou aqueles que conseguem ser aceitos como a maioria; o povo pode, conseqüentemente, desejar oprimir uma parte de seu número; e as precauções são tão necessárias contra isso como contra qualquer outro abuso de poder (MILL, 2006, p. 20).

No *Ensaio sobre as liberdades*, Raymond Aron estabelece uma oposição que se tornaria clássica entre Marx e Tocqueville. O primeiro representaria “o orgulho prometeico, a fé revolucionária, a ilusão de que nenhuma condição social escapa à vontade racional dos homens”. O segundo, “o medo da arbitrariedade, característica do aristocrata normando que foi, paradoxalmente, o teórico da democracia burguesa e liberal, elevando acima de tudo a proteção às liberdades pessoais e políticas” (Cf. ARON, 1978).

Hayek se debruçou exaustivamente sobre os problemas do princípio da separação de poderes decorrentes da ausência de freios ao governo da maioria. Para o economista, as máquinas totalitárias do século passado demandavam a urgência em se refletir sobre a separação do poder de legislar em relação ao poder de governar (que nas

democracias modernas conservam apenas o nome em termos de separação). A cláusula básica de tal Constituição teria de declarar que, em tempos normais, e com exceção de certas situações de emergência claramente definidas, os homens só poderiam ser impedidos de fazer o que desejassem, ou coagidos a fazer determinadas coisas, em conformidade com as normas reconhecidas de conduta justa destinadas a delimitar e proteger o domínio individual de cada um; e que o conjunto aceito destas normas só poderia ser deliberadamente alterado pelo que Hayek nominou *assembleia legislativa* (Cf. HAYEK, 1985, p. 183).

A referida assembleia de representantes do povo só gozaria de poder se demonstrasse justeza de intenções, a fim de colocar em prática normas universais destinadas a se aplicar a um número desconhecido de circunstâncias futuras, sem qualquer poder sobre casos particulares. A cláusula básica deveria encerrar uma definição do que poderia ser lei neste sentido restrito de *nomos* (a importante distinção entre *nomos* e *thesis* já esposada no item 2.2.2), o que permitiria a um tribunal decidir se determinada resolução da assembleia detivesse as propriedades formais que fariam dela uma lei (Cf. HAYEK, 1985, p. 183).

Hayek desenvolveu uma teoria para lidar com o problema contemporâneo dos poderes ilimitados que o governo da maioria muitas vezes implica, nominou-a *demarquia*. Como o objetivo do presente trabalho não tocará diretamente no tema, apenas se dirá que a demarquia consiste em um sistema em que a maioria será freada pelo princípio que limita seus poderes coercitivos a regras abstratas e gerais. Na demarquia a maioria não possui poderes tirânicos (*kratos*), mas confinados ao governo (*archein*) mediante leis estáveis promulgadas e conhecidas pela população, jamais a partir de decretos casuístas (John Locke) – com a lembrança de que foi um erro, segundo Hayek, aniquilar todas as garantias que eram o fundamento da monarquia constitucional, em nome da ilusão de que a partir da vontade dos governados não haveria mais necessidade de que essa maioria provasse que ela considerou exatamente igual àquilo que ela havia decidido (Cf. HAYEK, 1978, p. 104).

2.5 O IMPÉRIO DA LEI

Consoante explicitado na introdução ao presente estudo, o principal intento de Hayek com a obra *Os fundamentos da liberdade* foi

clarificar o conteúdo e o sentido prático do termo *império da lei*²⁸. Hayek não o compreende como uma atividade governamental, na qualidade de exercício da autoridade sobre uma comunidade política. O *império da lei* descreve o significado que a lei deve possuir em uma sociedade livre. As leis, incluindo as normas constitucionais, podem se aproximar deste ideal tanto quanto podem se manter afastadas dele (Cf. MILLER, 2010, p. 101).

²⁸ A despeito da recorrente tradução por Estado de Direito, Hayek possui uma intuição bastante peculiar quanto à expressão *Rule of law*: “Na linguagem comum entendemos ‘Estado de Direito’ como a garantia de nossos direitos individuais, igualdade perante a lei (isonomia) e a segurança jurídica. Isto se deve a uma confusão para a qual colaboraram muitas traduções, já que no mundo anglo-saxão ‘Estado de Direito’ se traduz como *rule of law* e vice-versa. Se entende que são conceitos equivalentes, mas muitos autores não os consideram assim e estabelecem uma distinção interessante que nos ajuda a entender a evolução do Estado, que é só uma das formas de governo (Dalmacio Negro escreve que ‘o Estado não é a Política, mas só uma das formas de Política’). Resumindo bastante, o Estado de Direito se impôs com a Revolução Francesa e se consolidou com o passar dos anos do século XIX, com a formulação do *Rechtsstaat* alemão até o que temos atualmente. É um conceito que se contrapõe ao do ‘império da lei’, o qual os ingleses entendiam como *Common Law*. De fato, este pode existir sem Estado e não se pode dizer que exista Estado de Direito antes da própria ‘criação’ – citado porque na realidade refere-se a um processo secular – do Estado. Se trata de uma diferença importante já que as duas perspectivas produzem modelos diferentes. No ‘Estado de Direito’, e seu desenvolvimento na Teoria Pura do Direito de Kelsen, toda criação legislativa se reduz a que se cumpra formalmente a hierarquia legal que deriva da hipotética *Grundnorm* (norma fundamental) materializada nas Constituições, de onde emana o restante das leis. O resultado é um modelo centralizado e artificial que pode redundar em qualquer forma legal de estrutura ou procedimento (a porta de entrada legal das ditaduras). Em sentido contrário, o ‘império da lei’, baseado no Direito Comum, é anterior a ‘criação’ dos Estados e se firma no descobrimento do Direito mais que em sua criação. Poderia se dizer que é um processo espontâneo sempre inacabado, em contínuo aperfeiçoamento, que permite o autogoverno em lugar de necessitar de alguma forma estatal que o imponha. De fato, o surgimento de um Estado tem que se adaptar ao Direito Comum ou terminar com ele para se impor. Em última instância, ambas as visões são profundamente contraditórias e terminamos por ver sendo imposta a do Estado de Direito, já que tem a força do seu lado. Não é por acaso que o Estado seja definido como um monopólio, já que não deixa lugar para que nada nem ninguém lhe faça sombra” (ROSSELLO, 2014).

Segundo Hayek, este conceito foi em grande parte esquecido em nossa época, razão por que se lança à tarefa de tornar mais precisa a concepção de lei em que se fundamentou o ideal de “liberdade em conformidade à lei”, preceito este que possibilitou a interpretação da lei como *ciência da liberdade* (Cf. HAYEK, 1983, p. 163). A liberdade individual deve ser compreendida como princípio supremo em um ordenamento, no sentido de *bússola moral* e como um ideal político:

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

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

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

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

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

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

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

Hayek, numa linha complementar a de Popper²⁹, formula duas objeções ao historicismo: 1) ele conduziria a um relativismo extremo, porquanto postula um ideal diverso para cada época, ao contrário de um ideal universal e abrangente de civilização; 2) ele se baseia no *racionalismo construtivista*, a compreensão de que todas as normas não

²⁹ Por oportuno, Karl Popper conceitua “historicismo” o conjunto de argumentos que respaldam as ciências sociais. Segundo o autor, a ciência social é unicamente história, não no sentido tradicional de crônicas de fatos históricos, mas a história como o estudo das forças atuantes, as “leis” do desenvolvimento social. Popper defende que o historicismo combate fortemente o emprego da metodologia naturalista no campo da sociologia, na medida em que os métodos típicos da Física não poderiam ser estendidos às ciências sociais, devido às diferenças profundas que separam aquela ciência destas últimas. Embora o historicismo admita que existam, marcadas pela tipicidade, muitas condições sociais cuja recorrência regular pode ser observada, acaba por negar que as regularidades identificáveis na vida social tenham o caráter das regularidades imutáveis do mundo físico. Popper afirma que, segundo os historicistas, não se deve falar, sem reservas, em “leis da Economia”, mas tão somente em “leis econômicas do período feudal” ou “do início da era industrial” e assim por diante, sempre identificando a fase histórica durante a qual se admite que as leis em causa hajam prevalecido. Em razão disso, Popper esquematiza os argumentos utilizados pelos historicistas para rechaçar a aplicabilidade dos métodos da física, em sua maior parte à sociologia, uma vez que para o pensamento historicista há a necessidade de se considerar a relatividade histórica das leis sociais. Primeiramente, Popper indica que os historicistas atacam o conceito de “generalização”, próprio das ciências naturais. Aduzem que circunstâncias semelhantes só se manifestam em determinado período histórico e nunca se estendem de um a outro período. Consequentemente, a sociedade não apresenta uma uniformidade a longo prazo, de maneira a autorizar generalizações a longo termo. Popper utiliza o exemplo das “inexoráveis leis” da Economia, que têm sido criticadas pelos historicistas, porquanto a crença nessas “leis” indicaria a futilidade da intervenção legislativa na esfera das discussões em torno da fixação de salários, por exemplo. Conforme Popper, essas tendências do historicismo satisfazem aqueles que se inclinam a agir, a interferir, especialmente em negócios humanos, recusando-se a aceitar como inevitável o existente estado das coisas (a aceitação quanto à existência da ordem espontânea, por exemplo). A inclinação a favor da atividade, contra todas as espécies de inação, foi conceituada por Popper de “ativismo”, oportunidade em que citou a conhecida atitude ativista: “os filósofos se têm limitado a, desta ou daquela maneira, interpretar o mundo; o que importa, porém, é transformá-lo” (Marx em “Teses com Respeito a Feuerbach”) (Cf. POPPER, 1980, p. 8).

justificáveis racionalmente, ou não arquitetadas para atingir finalidades específicas devem ser abandonadas (Cf. MILLER, 2010, p. 104).

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

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

Hayek nutria profunda admiração por Weber, especialmente pela negativa de Weber quanto à existência de *leis históricas* a serem descobertas, e também pela defesa de Weber quanto ao individualismo metodológico nas investigações sociais. Não obstante, Hayek não poderia aceitar a conclusão de Weber, com tons profundamente nietzschianos, de que ideais não possuem fundamentos, de que não haveria base racional para julgar a superioridade de um ideal em relação a outro, e de que no fim das contas a escolha por um ideal era em última instância arbitrária, baseada unicamente em um ato de fé ou simples vontade – assim como escolher entre deus e o diabo. Para ter convicção, o filósofo político não deveria ter medo de assumir uma posição quando confrontado com valores conflitantes. Segundo Hayek, o cientista deveria escolher o que aceitar e o que rejeitar. No entanto, Hayek procura localizar um fundamento para esta escolha, e se recusa a visualizá-la em termos de fé, ou vontade subjetiva (Cf. MILLER, 2010, p. 104-105).

Estas três alternativas não fazem parte do projeto de Hayek, porquanto apresenta o *império da lei* como um ideal político, um princípio metajurídico. O autor não diz muito sobre o *status* deste princípio, mas parece intuitivo que a compreensão do princípio ocorra

com base na Parte I da obra *Os fundamentos da liberdade* (O valor da liberdade). Hayek enfatiza que não se pode construir inadvertidamente um novo corpo de princípios morais, mas sim compreender que todo o planejamento deve se dar com a aceitação quanto à existência de uma ordem espontânea não dirigida. A civilização humana “tem vida própria”, e todos os esforços humanos devem se focar em aprimorar as instituições a partir do princípio de que não se pode controlar tudo. O princípio metalegal de Hayek parece se fundar nos seguintes termos: “o propósito não é construir um novo corpo de regras morais, mas identificar aquelas normas que favoreceram o avanço da civilização no sentido de tomá-las como fundamentação” (Cf. MILLER, 2010, p. 105-106).

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

Hayek deixa claro que o *império da lei* é uma conquista da civilização ocidental. Todavia, ambiciona a universalidade do ideal. O autor não apresenta explicações muito precisas de como um ideal particular poderia servir de padrão para todas as nações, mas sugere duas possibilidades: 1) o *império da lei* pode servir de referência àquelas nações que aspirarem alcançar as realizações criativas do Ocidente, moldadas pelas ideias e instituições ocidentais e, 2) a adoção do Ocidente como um guia, um padrão para as civilizações não conduzidas pelo mesmo ideal (Cf. MILLER, 2010, p. 107).

2.5.1 O significado da coerção

Hayek aproximou sua perspectiva de *liberdade* à ausência de coerção. Para o autor, as mesmas dificuldades para conceituar *liberdade* encontram-se presentes na tentativa de definir *coerção*. A complexidade do conceito de *coerção*, segundo o autor, consiste na dificuldade em se discernir as coerções que os indivíduos sofrem pela ação dos outros e as coerções sofridas em decorrência de circunstâncias físicas. Quando existe o elemento humano, Hayek se vale do termo *coerção*, já quando

não há o elemento humano, mas apenas circunstâncias físicas impeditivas, o autor se remete à expressão *ser compelido a algo ou a alguma coisa*.

A presença de um indivíduo, que sofre constrangimentos em razão de circunstâncias físicas a agir de determinada maneira, delimita o âmbito de compreensão da *liberdade* e da *coerção*. Desse modo, a coerção acontece quando um indivíduo é obrigado a colocar suas ações a serviço da vontade de outro, não para alcançar seus próprios objetivos, mas para buscar os objetivos do indivíduo a quem serve (Cf. HAYEK, 1983, p. 145-146).

Diversamente de ser conduzido, pelo uso da força, a pegar uma caneta para assinar um contrato (indivíduo compelido fisicamente), a coerção implica, ainda, a existência de uma escolha por parte do indivíduo “embora a mente se tenha transformado em mero instrumento da ação de outrem”, porquanto as alternativas se tornam tão manipuladas que a conduta que o coator pretende em relação ao indivíduo se torna para ele a menos dolorosa. “Apesar de coagido, sou ainda eu que decido qual o mal menor, dadas as circunstâncias” (Cf. HAYEK, 1983, p. 145-146).

A coerção é indesejável porque impede o ser humano de utilizar plenamente seus poderes mentais e, como corolário, de prestar a maior contribuição possível à comunidade. Não obstante, para Hayek, a coerção não pode ser totalmente evitada, uma vez que consiste “na única maneira de impedir a própria ameaça de coerção”. Alega que, na atualidade, a sociedade livre optou por conferir o monopólio da coerção ao Estado, na tentativa de limitar este poder a circunstâncias em que a atuação é necessária para impedir a coerção exercida pelos indivíduos. Consoante Hayek, isso apenas será possível se o Estado proteger as esferas privadas contra a interferência de outras pessoas e, também, se forem delimitadas esferas privadas, não por designação específica, mas pela criação de condições de segurança e previsibilidade para a atuação governamental (Cf. HAYEK, 1983, p. 17).

Em um ambiente de coerções arbitrárias, o indivíduo é transformado em um instrumento dos fins alheios, uma vez que fica incapacitado de utilizar a inteligência e o conhecimento na consecução de seus próprios fins. A autonomia individual pressupõe a existência de uma esfera conhecida, em que as circunstâncias não possam ser moldadas de maneira arbitrária por outrem (Cf. HAYEK, 1983, p. 17).

Conquanto no âmbito da filosofia política os estudos se concentrem em torno do termo *poder* (coerção como *poder de coagir*), Hayek aponta para o equívoco em se pensar o poder apenas neste

sentido. O problema não residiria na capacidade em se alcançar aquilo que se pretende, mas apenas no *poder de obrigar*, por meio da força e da violência, uma pessoa a servir a vontade de outra. Em razão disso, Hayek afirma que seria, por vezes, mais claro empregar os termos *força* e *violência* no lugar de *coerção*, uma vez que a ameaça do uso da força ou da violência é a mais importante forma de coerção. Não obstante, a ameaça de força física não é a única modalidade de exercício da coerção.

Hayek defende a importância da propriedade privada individual, ou “propriedade por cotas”, como condição essencial para que se impeça a coerção. Os indivíduos somente teriam condições de por em prática um plano coerente de ações caso detivessem certo controle exclusivo de alguns bens materiais. Quando este controle não se dá pelos indivíduos, eles precisam saber quem os controla, para que possam cooperar. “O reconhecimento da propriedade é evidentemente o primeiro passo na delimitação da esfera privada de atuação que nos protege contra a coerção” (Cf. HAYEK, 1983, p. 153).

A partir da leitura da obra *Freedom and civilization*, do antropólogo B. Malinowski, Hayek informa sobre o aparecimento da propriedade privada em sociedades muito primitivas, de modo que “as raízes da propriedade como princípio legal que determina as relações físicas entre o homem e seu ambiente, natural e artificial, são os pré-requisitos de qualquer ação ordenada no sentido cultural”. Contudo, o requisito essencial para a proteção do indivíduo contra a coerção, nas sociedades modernas, não é a posse da propriedade, mas o fato de os meios materiais que lhe permitem seguir qualquer plano não estarem totalmente sob o controle exclusivo de outro agente.

Segundo Hayek, uma das conquistas da sociedade moderna é a possibilidade de um indivíduo praticamente desprovido de qualquer propriedade (além de artigos pessoais) gozar de liberdade, e de confiar a outros a administração dos bens que servem às suas necessidades básicas. “O ponto fundamental é que a posse da propriedade deve estar suficientemente dispersa, a fim de que o indivíduo não dependa exclusivamente de certas pessoas para atender às suas necessidades ou para empregá-lo” (Cf. HAYEK, 1983, p. 154).

O autor não enumerou, em seus trabalhos, todos os interesses que devem ser protegidos para que o indivíduo tenha assegurado um âmbito de ação livre. Não obstante, elencou alguns destes interesses em razão de ter “o homem moderno se tornado insensível à necessidade de proteção de esferas livres de coerções estatais”, a exemplo do “direito à

privacidade e ao sigilo (a casa do indivíduo é seu castelo é ninguém tem direito de sequer tomar conhecimento do que se passa dentro dela)”.

O caráter nocivo e condenável das coerções estatais pode ser evitado, segundo Hayek, quando se referirem apenas a circunstâncias conhecidas que possam ser evitadas pelo objeto potencial de coerção. Para Hayek, a grande maioria das ameaças de coerção a que uma sociedade livre tem de recorrer inclui-se neste tipo de coerção que pode ser evitada. A maioria das normas que ela faz cumprir, em especial as leis que dizem respeito a questões privadas, não obriga os indivíduos (aqui Hayek não alude aos funcionários do Estado) a executar ações específicas. As sanções da lei destinam-se unicamente a impedir que os indivíduos pratiquem certos atos ou a fazê-los cumprir obrigações voluntariamente assumidas.

A perfectibilização de um estado de liberdade demanda que se coíba a coerção, a violência, a fraude e o estelionato. Nesse cenário, somente o governo poderá empregar coerções para a aplicação de normas conhecidas, destinadas a assegurar aos indivíduos as melhores condições para que suas atividades se desenvolvam de modo coerente e racional. Contudo, Hayek afirma que não é apenas esta a função dos Estados contemporâneos – as atividades coercitivas. Contudo, as atividades governamentais não coercitivas ou de simples prestação são geralmente financiadas por meios coercitivos (Cf. HAYEK, 1983, p. 158).

Hayek adverte que, fora do campo da taxação, é recomendável que a coerção exercida pelo Estado só seja empregada para impedir formas mais graves de coerção. Este é o critério que deveria nortear todo o ordenamento jurídico na perspectiva hayekiana. Entretanto, o conceito geral de interferência, ou não, se baseia na suposição da existência de uma esfera privada, delimitada por normas gerais aplicadas pelo Estado. Portanto, o verdadeiro problema está na necessidade de o Estado restringir seu poder coercitivo à implementação destas normas ou ir além desse limite (Cf. HAYEK, 1983, p. 158).

Apesar disso, as coerções morais podem continuar existindo (pressão ou desaprovação pública). Hayek exclui este tipo de pressão do conceito de *coerção*. Para o autor, a coerção é uma questão de grau e, a coerção que o Estado deve impedir e, ao mesmo tempo usar como ameaça para o bem da liberdade, é tão-somente a coerção no seu grau mais intenso, aquela que, quando aplicada, impede um indivíduo dotado de capacidade normal de perseguir um propósito importante para ele.

As formas mais brandas de pressão social contra indivíduos não conformistas, que muitos entendem como coerção, oferecem orientação

útil e reduzem a incerteza em relação a certos grupos. Embora o respeito por estas normas não impeça que as pessoas ocasionalmente se comportem de um modo que a grande maioria desaprova, elas acabam por limitar estes comportamentos aos casos em que é importante para o indivíduo desrespeitá-las.

Algumas vezes, estas normas não coercitivas representam uma fase experimental daquilo que posteriormente será conteúdo de normas legais sob uma forma modificada. Mais frequentemente, elas propiciam um contexto flexível de hábitos mais ou menos inconscientes que servem para orientar o comportamento da maioria dos indivíduos. Em geral, essas convenções e normas de inter-relacionamento social e conduta individual “não constituem uma séria restrição à liberdade individual, mas asseguram um mínimo de uniformidade de conduta que facilita, mais do que limita, os esforços individuais” (Cf. HAYEK, 1983, p. 160-161).

2.5.2 O império da lei como garantia aos direitos fundamentais

Conquanto Hayek não tenha construído o ideal político com base em direitos individuais, a perspectiva dos direitos é essencial para a compreensão do *império da lei*. Não os *direitos naturais* no sentido lockeano como já foi explicitado, mas como direitos que evoluíram historicamente e encontraram guarida nas mais variadas disposições constitucionais. Estas disposições podem complementar o prisma de Hayek quanto ao âmbito da liberdade individual englobar todas as espécies de ações não impedidas por normas gerais e abstratas, formuladas com base na moral da liberdade.

Os direitos mais essenciais, segundo Hayek, são aqueles associados à vida, à liberdade e à propriedade, além daqueles conectados à liberdade de expressão, religião, imprensa e reunião. O autor insiste no direito à propriedade desde que as regras que a envolvam determinem os limites de uma esfera de atuação privada.

2.6 A ASCENSÃO DO TOTALITARISMO E DO WELFARE STATE COMO RESULTADOS DO DECLÍNIO DO IMPÉRIO DA LEI

Em suas principais obras sobre filosofia política, Hayek defende o *declínio do império da lei* a partir da exigência de que o governo se colocasse como planejador da justiça distributiva ou social (liberdades positivas conceituadas por Berlin). Hayek afirma que por volta de 1890 estas ideias já haviam afetado profundamente a doutrina do Direito.

Naquela mesma época, o teórico socialista do Direito, A. Menger, expressou da seguinte maneira essa mudança de paradigma:

Concedendo-se a todos os cidadãos um tratamento perfeitamente igual, independentemente de suas qualidades pessoais e posição econômica, e permitindo uma concorrência ilimitada entre eles, a produção de bens cresceu desmedidamente, mas ao pobre e ao fraco coube apenas uma pequena parcela daquele produto. A nova legislação social e econômica pretende, portanto, proteger o fraco contra o forte e garantir-lhe uma participação moderada nas coisas desejáveis da vida. Isto ocorre porque hoje se compreende que não há maior injustiça do que tratar como igual o que é, de fato, desigual (1904 apud HAYEK, 1983, p. 283).

Hayek dedicou mais de 40 anos a investigar o sentido que os termos *social* e *sociedade* haviam adquirido no paradigma insurgente. O autor defende que a palavra *sociedade* se tornou um rótulo conveniente às mais variadas demagogias e oportunismos “um artifício que as pessoas recorrem quando não sabem o que estão falando”. Isso porque, do modo como é empregada pressupõe a existência de propósitos comuns entre os indivíduos que, em geral, apenas podem ser alcançados pela colaboração consciente e concreta (Cf. HAYEK, 1995, p. 153).

Para os demagogos que se valem deste vocábulo é como se um povo, uma nação, uma empresa, uma associação, um grupo, uma horda, um bando, uma tribo, os membros de uma raça, de uma religião, de uma modalidade esportiva, de um espetáculo, os habitantes de qualquer lugar específico constituíssem a *sociedade*. Hayek defende que a expressão é comumente utilizada por planejadores que nutrem o desejo oculto de moldar a ordem espontânea a partir do apelo as nossas emoções (Cf. HAYEK, 1995, p. 153-154).

Mesmo assim, Hayek afirma que a expressão *sociedade* é inofensiva quando comparada ao vocábulo *social*, “que se tornou talvez a expressão mais confusa em todo o nosso vocabulário moral e político”. Hayek assevera que *social* se tornou sinônimo de *bom* desde então. Explica que embora o abuso do termo *social* seja internacional, “a palavra assumiu talvez suas formas mais radicais na Alemanha Ocidental onde a Constituição de 1949 empregava a expressão *sozialer Rechtsstaat* (estado social de direito)” (Cf. HAYEK, 1995, p. 158).

Em um primeiro momento, os socialistas ambicionavam a propriedade comum dos meios de produção, para que estes fossem utilizados por todos os indivíduos sem a perspectiva de lucro. Todavia, a derrocada dos experimentos calcados nesta ideologia não demoveu os indivíduos a abandonarem o ideal *de justiça social*. Ao contrário, houve a reformulação destas ideias para a contínua manipulação da economia com a pretensão de redistribuir renda.

Hayek pontua que os “velhos socialistas” descobriram que já se avançou tanto na direção de um Estado redistributivista, “que ficou bem mais fácil prosseguir nesse rumo do que lutar pela socialização”. A ascensão desmedida do *Welfarismo* ou do *Estado previdenciário*, na terminologia hayekiana, criou enormes desafios aos defensores da liberdade no período contemporâneo. Na hipótese, houve uma nítida *corrupção nas mentalidades individuais* em prol da ideologia tutelar do *Welfarismo* rumo à proteção indiscriminada *do berço à sepultura*, em remissão a uma metáfora muito utilizada por Milton Friedman.

O avanço do socialismo tanto nos Estados totalitários no século passado, quanto pela ideologia do *Welfare State* no momento atual, dimanou do declínio da perspectiva do *império da lei* para Hayek. A partir disso, o autor formula duras críticas aos “quatro principais movimentos que perseguiram esses objetivos no direito”: o *positivismo legal*, o *historicismo*, a *escola do direito livre* e a *escola da jurisprudência dos interesses*.

Hayek preconiza a necessidade de uma definição mais clara de *historicismo*, a fim de distingui-lo nitidamente das grandes escolas históricas que o precederam (na jurisprudência e em outras áreas). Segundo informa, o *historicismo* defendia reconhecer leis necessárias da evolução histórica e, com base neste entendimento, poderia se colocar a refletir sobre as instituições mais adequadas à situação presente (Cf. HAYEK, 1983, p. 283-284).

Conforme Hayek, esta ideia redundou em um “relativismo extremo”, uma vez que intuía que os indivíduos eram produtos de seu próprio tempo, e que assim poderiam transcender essas limitações e reconhecer explicitamente de que forma suas concepções presentes eram determinadas por circunstâncias passadas, e utilizar este conhecimento para recriar as instituições de modo mais adequado ao seu tempo. Para o autor, aludida concepção conduziria naturalmente à rejeição de todas as normas que não pudessem ser justificadas racionalmente, ou não tivessem sido elaboradas para alcançar determinado fim. Desse modo, de acordo com Hayek, “o historicismo defende a premissa essencial do positivismo jurídico” (Cf. HAYEK, 1983, p. 284).

Por sua vez, a *jurisprudência dos interesses* foi uma modalidade de enfoque sociológico, “algo semelhante ao ‘realismo jurídico’ dos Estados Unidos de hoje”. Hayek afirma que, “pelo menos em suas formas mais radicais”, a *jurisprudência dos interesses* pretendia afastar-se do tipo de interpretação lógica implícita na decisão de questões, mediante aplicação de normas legais estritas, substituindo-a por uma avaliação direta dos “interesses” em jogo no caso concreto. Já a *escola do direito livre* era, de certo modo, um movimento paralelo que se interessava principalmente pelo direito penal. O objetivo desta escola era o de “libertar” o juiz, tanto quanto possível, dos grilhões representados pelas normas fixas, permitindo-lhe decidir os casos individuais, sobretudo com base no “senso de justiça”. Consoante adverte Hayek este movimento de ideias também teria aberto caminho à arbitrariedade do Estado totalitário (Cf. HAYEK, 1983, p. 284).

Hayek foi um aguerrido crítico do positivismo jurídico. Segundo sustenta, as doutrinas do positivismo se desenvolveram em oposição a uma tradição de mais de dois mil anos (a tradição do direito natural). O autor evita analisar qualquer problema à luz deste conceito (Hayek possui uma ideia muito clara do que seria o *direito natural*, consoante foi exposto na seção 2.2.2), uma vez que “numerosas correntes de pensamento que ostentam essa denominação defendem, na realidade, teorias bastante diferentes”. Não obstante, Hayek informa que as diferentes escolas do direito natural possuem um ponto em comum: “elas se preocupavam com o mesmo problema” (Cf. HAYEK, 1983, p. 285).

O grande conflito entre os defensores do direito natural e os positivistas legais permite-nos verificar que, enquanto aqueles reconhecem a existência de tal problema, estes a negam totalmente, ou, pelo menos, negam que mereça um lugar legítimo no campo da jurisprudência. Todas as correntes do direito natural concordam que há normas que não são criação deliberada de um legislador, que toda lei positiva é validada por normas que não foram criadas pelos homens, mas que podem ser “descobertas” e que essas normas proporcionam o critério de justiça do direito positivo e justificam sua observância. Quer procurem a resposta na inspiração divina ou nos poderes inerentes à razão humana ou, ainda, em princípios que não são parte da razão humana mas

constituem fatores não racionais que regem o funcionamento do intelecto humano, quer concebam a lei natural permanente e imutável ou variável quanto ao conteúdo, todas buscam responder a uma questão que o positivismo não reconhece. Para este, a lei, por definição, consiste exclusivamente em ordens ditadas pela vontade humana (HAYEK, 1983, p. 285).

Hayek afirma que “o positivismo jurídico não poderia simpatizar com aqueles princípios metalegais que são incorporados ao ideal de Estado de Direito, ou *Rechtsstaat*”³⁰ no significado original do conceito como “princípios que implicam limitação do poder de legislar”, e tampouco julgava adequado empregá-los. Conforme defende, em nenhum outro país o positivismo teve tanta influência, na segunda metade do século passado, como na Alemanha (Cf. HAYEK, 1983, p. 285).

Hayek também explica o desaparecimento do ideal do *império da lei* no regime comunista, a partir de 1870; na Inglaterra, pelos juristas socialistas e, nos Estados Unidos, contra a concepção em que se fundava a Constituição Americana. O autor sustenta *sinais de renascimento da lei* após os acontecimentos trágicos que marcaram o último século, até mesmo uma atitude *mais respeitosa* em relação às salvaguardas

³⁰ “Dada a notoriedade que a Prússia alcançou no século XIX, o leitor poderia surpreender-se ao saber que as origens do movimento alemão em favor do Estado de Direito devem ser buscadas nesse país. [...] Os escritores alemães costumam atribuir às teorias de Kant o impulso inicial ao movimento que visava ao *Rechtsstaat*. Embora essa interpretação exagere a originalidade da filosofia do direito de Kant ele, provavelmente, conferiu a essas ideias a forma com a qual exerceram a máxima influência na Alemanha. A principal contribuição de Kant é certamente uma teoria geral da moral na qual o princípio da supremacia da lei surgia como uma aplicação especial de um princípio mais genérico. Seu famoso ‘imperativo categórico’, a norma pela qual o homem deve sempre ‘conduzir-se de tal modo que o motivo que o levou a agir possa tornar-se lei universal’, constitui de fato uma extensão ao campo geral da ética da ideia básica que norteia o ideal da supremacia da lei. Tal imperativo, assim como o ideal da supremacia da lei, oferece apenas um critério ao qual as normas específicas devem conformar-se para que sejam justas. Entretanto, ao enfatizar a necessidade do caráter geral e abstrato de todas as normas para que possam orientar um indivíduo livre, o conceito revelou-se da máxima importância na medida em que preparava o terreno para a posterior evolução do direito” (HAYEK, 1983, p. 235-236).

tradicionais da liberdade, pelos socialistas. Conforme entende Hayek, poucos expressaram de maneira tão clara esta mudança de opinião quanto o decano dos filósofos do direito socialistas Gustav Radbruch, que em uma de suas últimas obras afirmou:

Embora a democracia seja certamente um valor louvável, o *Rechtsstaat* é como o pão de cada dia, a água que bebemos e o ar que respiramos; e o maior mérito da democracia é que só ela pode preservar o *Rechtsstaat* (1950 apud HAYEK, 1983, p. 301).

A descrição de Radbruch sobre os acontecimentos na Alemanha vai ao encontro da perspectiva hayekiana, porquanto não visualiza na democracia uma consequência necessária para a preservação do ideal do *império da lei*. “É mais correto dizer que a democracia acabará, a menos que contribua para preservar o Estado de Direito” (Cf. HAYEK, 1983, p. 301).

Estes breves elementos da jusfilosofia hayekiana, sobretudo o conceito de *império da lei*, emoldurarão as discussões dos próximos capítulos em que se tentará deslindar o problema e a hipótese do presente estudo.

3 O IMPACTO DA MUDANÇA DE PARADIGMA, QUANTO AO CONSUMO DO CIGARRO, NAS REGULAMENTAÇÕES AO DIREITO DE FUMAR NO BRASIL

Todos os anos, em 31 de maio, celebra-se o dia mundial do combate ao tabagismo. Em 2014 nesta data, o governo brasileiro anunciou a promulgação de novas regras para combater o consumo de cigarro. O Decreto nº 8.262/14, publicado em 2 de junho de 2014, redefiniu o conceito de *recintos coletivos*, e manteve a extinção dos fumódromos nos espaços coletivos fechados, que havia sido promovida pela Lei nº 12.546/2011.

O interdito em referência encontra-se compreendido no forte movimento mundial pela redução na oferta e na demanda por cigarros, sobretudo entre adolescentes e jovens, também em razão da elaboração, em 2003, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), da nominada *Convenção-Quadro*, que conta atualmente com a adesão de mais de 170 países.

A intensa atividade legislativa com a pretensão de restringir o consumo do cigarro, tanto no Brasil, quanto em outros países, parece apontar para o amplo respaldo social que o proibicionismo adquire nestes dias.³¹ Conquanto os interditos gozem de ampla legitimidade, sobejam questionamentos a respeito de eventuais violações às liberdades dos fumantes.

Apesar da frequente alegação dos proibicionistas de que as leis promulgadas ambicionam somente conferir liberdade aos fumantes passivos, em circular em ambientes desimpedidos de fumaça tóxica, as restrições mais atuais, a exemplo da vedação ao cigarro em espaços coletivos abertos, como no *Central Park*, em Nova York, parecem

³¹ Proibições de 100% ao ato de fumar em restaurantes, e bares fechados (com fumódromos ou sem eles), foram adotadas em pelo menos 11 (onze) países (Irlanda, Noruega, Nova Zelândia, Butão, Uruguai, Lituânia, Islândia, Reino Unido, Jibuti, Panamá, Turquia), em 24 (vinte e quatro) Estados norte-americanos (inclusive Washington DC), 12 (doze) províncias e territórios do Canadá, 7 (sete) Estados e territórios australianos, 4 (quatro) províncias argentinas, em “Swiss Canton of Geneva”, no Estado mexicano de Tabasco, e na Cidade do México), bem como em Bermudas, Guernsey, Jersey, Porto Rico, Ilhas Virgens Britânicas, Ilha de *Man*, e Hong Kong. Para informações sobre os países, e Estados, que baniram fumódromos, ou restringiram o fumo em ambientes fechados confira-se: *National and Subnational Legislation Requiring Enclosed Restaurants and Bars to be 100% Smoke-free* (Cf. ACT, 2008).

apontar para o caráter meramente moralizante dos interditos e, neste âmbito, embasaram a hipótese que orientou o presente trabalho.

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PERCURSO HISTÓRICO DO CONSUMO DE CIGARRO NO BRASIL

No presente tópico pretende-se pontuar, com bastante brevidade, o percurso histórico do consumo do tabaco no Brasil, em um paralelo rápido ao movimento do consumo também no mundo, apenas com a pretensão de assinalar a mudança recente de paradigma quanto à cultura do produto.

Existem duas versões concorrentes para a origem do fumo. A versão mais aceita pela Associação Brasileira da Indústria do Fumo (ABIFUMO), e pela Associação dos Fumicultores do Brasil (AFUBRA) é a de que o fumo teve origem nas Américas, ao contrário da Ásia (Cf. BOEIRA, 2000, p. 11).

A pesquisa do historiador Jean-Baptiste Nardi embasou a versão mais aceita pelas associações acima citadas, de que o fumo era conhecido pela maior parte das tribos indígenas do continente americano e o uso era mágico-religioso e medicinal. No Brasil, “era particularmente importante na civilização dos tupis-guaranis, sobretudo dos grupos que viviam pelas costas e até o cultivavam” (Cf. BOEIRA, 2000, p. 11-12)

O tabaco é usado nos rituais de iniciação dos líderes (curandeiros) para que estes atuem como protetores espirituais de suas tribos diante de adversidades intangíveis. Isto confere aos líderes um aspecto sobrenatural, que é parte integrante de sua posição social. Mais especificamente: durante o ritual de iniciação, o sujeito passa por um estado semelhante ao de morte, associado a uma transitória depressão e redução de sua capacidade respiratória. A recuperação posterior equivale, na interpretação indígena, a um renascimento que confere poderes sobrenaturais ao iniciado. [...] (BOEIRA, 2000, p. 14).

As evidências apontam para 1542 como o ano em que o português Luís de Góis levou do Brasil para Portugal as primeiras mudas de tabaco. Em seguida, em 1560, o embaixador francês Jean Nicot reconheceu o valor medicinal do tabaco e enviou o produto, como

remédio, à rainha Catarina de Médicis que sofria de enxaqueca. Apesar de a história não revelar se o tabaco curou a moléstia da rainha, acredita-se que a partir de então os nobres da corte começaram a fumar e o nome de Nicot deu origem ao termo *nicotina* (Cf. BOEIRA, 2000, p. 17).

Segundo Miguel Maldonado-Fernandez, a primeira descrição detalhada da planta é feita por Gonzalo Fernandez de Oviedo, em sua *Historia general y natural de las Indias*, publicada na Espanha em 1535. E consta que, a partir da segunda metade do século XVI, vários médicos e boticários espanhóis publicaram livros em que se prescrevia o uso terapêutico da planta. Francisco Hernandez foi um destes homens e escreveu, por exemplo, que o hábito do tabaquismo:

Recupera a falta de fôlego, diminui a aflição e a angústia que dela procede, e não somente é útil este vapor e fumo aspirado para as doenças já salientadas, senão que é também aproveitado para mitigar as indisposições das gestantes [...] conforta a cabeça, provoca o sono, diminui a dor, colabora para o estomago e cura o resfriado (FERNÁNDEZ-MALDONADO, 2005).

A primeira região fumageira do país se consolidou na Bahia por volta de 1570. No ano de 1674, Portugal estabeleceu o “monopólio real dos tabacos”, e transformou a Bahia em região produtora, exclusivamente voltada para o mercado externo. Desde então, o fumo de qualidade passou a ser exportado para a Europa, enquanto que o fumo de refugo passou a ser enviado para a Costa da Mina, na África Ocidental, onde servia de moeda para comprar escravos (Cf. NARDI, 1996, p. 22).

Quando da Independência, a produção brasileira de fumo equivalia a 9,5 mil toneladas (9 mil pela Bahia e 500 por Minas Gerais). O historiador Jean Baptiste Nardi observou que, naquela época, a produção fumageira do Brasil era composta quase que exclusivamente por fumo de corda. A produção de fumo em folha, embora tenha começado por volta de 1750, representava apenas 1% das exportações e era destinada à Índia Portuguesa (Cf. NARDI, 1996, p. 25).

Após a Independência, a produção brasileira de fumo se modificou. Até a extinção do tráfico negreiro, em 1850, a produção de corda, na Bahia, ainda era importante. Não obstante, no espaço de poucos anos ela foi substituída pela produção de fumo em folha, destinado à fabricação de charutos, principal produto consumido no

mundo no século XIX. Nas palavras de Jean Baptiste Nardi: “trata-se da primeira revolução fumageira brasileira” (Cf. NARDI, 2002, p. 34).

Ao passar pela Europa e pelo mundo, o fumo não levou seu valor religioso e ficou para os povos pelo puro prazer. O sociólogo cubano Fernando Ortiz diz que com o fumo ocorreu um dos maiores fenômenos de transculturação no mundo (NARDI, 1985, p. 13).

Esta transformação ocorreu no Recôncavo baiano, de modo que a área cultivada se expandiu na periferia da região para a produção de fumo de corda (Sertão). Naquele período, a despeito do grande desenvolvimento da indústria dos charutos na Bahia, a maior parte do fumo em folha era exportada para a Alemanha (na época grande consumidora, e centro do comércio internacional do fumo). O fumo de corda da Bahia era destinado ao mercado interno, mas pelas dificuldades das comunicações internas todas as províncias, depois Estados, começaram a produzir o produto em quantidades variáveis (Cf. NARDI, 2002, p. 36).

A produção cresceu, sobretudo, em Minas Gerais, São Paulo e no Rio Grande do Sul. Em 1920, estes três Estados mais a Bahia representavam 80% da produção brasileira. O fumo de corda era picado pelo próprio consumidor, que enrolava seu cigarro. Mas também era desfiado de forma semi-industrial, e servia para a fabricação manual de cigarros. Dentro desse contexto, surgiram as fábricas de fumo desfiado e cigarros nas principais capitais do país, ainda que as maiores indústrias se desenvolvessem no Rio de Janeiro e em São Paulo. A partir de 1880, a fabricação dos cigarros passou a ser totalmente mecanizada graças à invenção de máquinas bastante sofisticadas. Depois de 1910, o cigarro tornou-se o principal produto do fumo consumido no mundo (Cf. NARDI, 2002, p. 38).

Um fato marcante na disseminação do consumo do tabaco foi a Segunda Guerra Mundial. O acontecimento histórico proporcionou o aumento na demanda e, em consequência, nos volumes plantados e exportados pelo Brasil, a partir também da procura no mercado interno, movida pelo processo de urbanização e pela participação das mulheres neste mercado.

A título de curiosidade, a inserção das mulheres como consumidoras de cigarro teve a decisiva participação do célebre primo de Sigmund Freud, Edward Bernays, também conhecido como precursor

da atividade de relações públicas associada à propaganda. Bernays iniciou o processo de associação de palavras e ideias a determinadas emoções, e assim tornou possível o “controle dos sentimentos das massas por meio da propaganda”. Muitos autores consideram Bernays a mente por trás da sociedade de consumo (Cf. BRANDT, 1996).

No desejo de aumentar os lucros, as empresas tabaqueiras visualizaram nas técnicas de Bernays a possibilidade de quebrar o tabu relacionado ao uso do cigarro pelas mulheres nos espaços públicos. O publicitário então pensou o cigarro como símbolo fálico e o conectou à ideia de desafiar o poder masculino. Bernays utilizou as lições do renomado psiquiatra Abraham Arden Brill, que explicou: “para algumas mulheres o cigarro é o símbolo da liberdade. Fumar sublima as pulsões eróticas, ao passo em que o cigarro na boca excita a zona oral da mulher” (Cf. BRANDT, 1996).

Nos dias atuais a emancipação das mulheres parece ter suprimido muitos de seus desejos femininos. Várias mulheres, nesses dias, desempenham as mesmas atividades dos homens, algumas optam por não ter filhos; aquelas que se decidem pela maternidade resolvem-se por poucas crianças. Nesse processo, características eminentemente femininas acabam por ficar mascaradas. Cigarros, que tradicionalmente se ligam aos homens, tornam-se tochas da liberdade, quando fumados por mulheres (BRANDT, 1996).

Bernays aproveitou a metáfora das *tochas da liberdade* para se opor ao tabu do fumo público pelas mulheres e, assentado nesta ideologia, reuniu lindas garotas no dia 1º de abril de 1929 para que, sob os olhares de inúmeros repórteres, sacassem cigareiras de suas meias-calças e fumassem em público em pleno domingo de Páscoa na cidade de Nova York. Nas semanas seguintes as vendas de cigarro dispararam.

Dentro desse contexto mundial, o tabaco conquistou enorme espaço na história do Brasil, sobretudo no Estado do Rio Grande do Sul, local em que o desenvolvimento da cultura do fumo se une à trajetória da imigração alemã, à conquista das terras e à evolução industrial e comercial.

Por sua antiquíssima presença no país, o fumo é, talvez, de todos os produtos brasileiros, o mais genuíno. Se houve, outrora, produtos mais

valiosos como o açúcar, o ouro ou o café, todos foram vítimas das conjunturas e das crises. O fumo prevaleceu sobre as tempestades (Cf. NARDI, 1985, p. 37).

O pesquisador Rodrigo Zingales Oller do Nascimento indicou que, em 1900, o consumo total de cigarro nos Estados Unidos era de cerca de 2,5 bilhões de unidades e o consumo *per capita* anual, de 53 unidades. Em 1911, este volume total teria quadruplicado (10,1 bilhões) e o consumo *per capita* anual mais do que triplicado (173 unidades). Nas décadas seguintes, o crescimento no consumo total, e no *per capita*, foi ainda maior, alcançando, respectivamente, 484,4 bilhões de unidades no total e 4.171 unidades *per capita* vendidas, em 1960. Destacou que, muito embora o pico no consumo total de cigarros tenha ocorrido em 1981 (640 bilhões), em 1963 se deu o maior consumo *per capita* anual, equivalente a 4.345 unidades (Cf. NASCIMENTO, 2011, p. 11).

Quanto aos consumidores nos dias atuais, os relatórios da *World Health Organization* (WHO) apontam para a existência do número de 1,3 bilhão de fumantes no mundo, considerando-se pessoas com idade igual ou superior a 15 anos (WHO, 2008). Os números do relatório indicam que pelo menos 900 milhões (70%) de indivíduos estão em países em desenvolvimento, e 250 milhões (19,2%) são mulheres. O consumo anual, consoante as estatísticas do Organismo Internacional, é de 7,3 trilhões de cigarros, correspondendo a 20 bilhões ao dia. Cerca de 75 mil toneladas de nicotina são consumidas ao ano, das quais 200 toneladas são diárias (Cf. WHO, 2008).

No Brasil, as estatísticas apontam para o percentual de 14,7% de fumantes. Os homens são os que mais usam produtos do tabaco (19,2%), contra 11,2% das mulheres. A faixa etária com maior prevalência é de 40 a 59 anos (19,4%), enquanto os jovens de 18 a 24 anos apresentaram a menor taxa (10,7%). Os dados informam sobre o número de 200 mil óbitos, por ano, relacionados ao tabagismo (INCA, 2014).

A *World Health Organization*, em seu *Report on the Global Tobacco Epidemic, 2011 – Implementing smoke-free environments*, informa sobre os “dados alarmantes da epidemia” em todo o mundo (WHO, 2011). De acordo com o diretor-geral da organização, Dr. Ala Alwan, o tabaco mata aproximadamente 6 milhões de pessoas no mundo a cada ano, e este número inclui mais 600 mil não fumantes que morrem devido à exposição à fumaça do tabaco. Além disso, assevera que mais da metade do 1 bilhão de fumantes do mundo morrerá de doenças relacionadas ao cigarro (Cf. WHO, 2011).

O relatório comunica que a maioria destas mortes ocorre em países de baixo ou médio rendimento. A publicação anuncia que, caso as tendências atuais persistam, “o tabaco matará mais de 8 milhões de pessoas em todo o mundo a cada ano por volta de 2030, e 80% dessas mortes prematuras ocorrerão em países pobres” (Cf. WHO, 2011).

3.2 A MUDANÇA DE PARADIGMA EM RELAÇÃO AOS CONSUMIDORES: DA GLAMOURIZAÇÃO À DEMONIZAÇÃO

O jornalista Eric Burns, na obra *The Smoke of the Gods: A Social History of Tobacco*, afirma que a batalha contra o tabaco não é nova na história. Descreveu a existência de um decreto restritivo de 1639, nos Estados Unidos, que coincidiu com a primeira plantação de fumo na colônia de Nova Amsterdam (Cf. ROBERTS, 2011).

Em 1817, um visitante estrangeiro apontou para a excentricidade que consistia em fumar cigarros nas ruas, por vezes acompanhado de crianças. Em 1839, o periódico *The Evening Post* reclamou do incômodo pelo aumento do número de fumantes nas ruas e pela atmosfera em partes da Broadway, cujo ar podia ser comparado ao das doentias tabernas holandesas: “sem dúvida muitas dessas pessoas que se entregam ao hábito em praça pública o fazem sem pensar o quanto tal hábito é ofensivo aos outros e ficariam surpresas em ouvir que são culpadas pela corrupção dessa prática” (Cf. ROBERTS, 2011).

O jornal *The New York Times*, em 1853, assim questionou:

Que direito possui qualquer homem em se tornar um incômodo ambulante – uma chaminé que caminha – um vulcão que se movimenta – deixando um rastro de seu nauseante odor no ar, o qual o seu vizinho não pode evitar, mas deve forçosamente respirar? (ROBERTS, 2011).

Em que pese o relativo desagrado social que o fumante provocava nos períodos anteriores à contemporaneidade, foi a massificação do hábito, a partir de 1880, via industrialização do processo de produção, e a publicidade ostensiva, os motivos que desencadearam os primeiros estudos que associavam o cigarro a doenças letais. A guinada do sentimento social, em relação ao fumante, deu-se a partir do enorme amparo às conclusões emitidas pela comunidade médica. Ao contrário de um passado próximo glorioso, estampado nos filmes de *Hollywood*,

no paradigma cultural que se inaugurava, os fumantes passaram a ser considerados suicidas ambulantes.

Na pesquisa intitulada *Caça às bruxas: um estudo sobre o combate ao tabagismo*, a antropóloga Samira Correia Dias realizou um relatório iconográfico da trajetória do cigarro no século XX até os dias atuais. Os dados que observou objetivaram comprovar a guinada no sentimento em relação ao tabaco num breve intervalo de tempo. Em oposição a um passado próximo, em que o cigarro se associava à virilidade, ao *glamour* e à liberdade, no momento atual o consumo vincula-se à doença, à morte e à impotência (Cf. DIAS, 2011, p. 9).

Ao analisar as fotografias de personagens cinematográficas de *Hollywood* dos anos 30 e 40 do século passado, a antropóloga apontou para a atriz Rita Hayworth no clássico *Gilda* como ícone de beleza e de sensualidade. A atriz fumava com charme e elegância, e a chamada do filme bem traduzia o que o cigarro representava na mão da atriz: “Nunca existiu uma mulher como Gilda” (Cf. DIAS, 2011, p. 11-12).

A pesquisa mostrou também que anúncios médicos, e de dentistas, endossavam o consumo de cigarros. Em uma interessante imagem analisada pela antropóloga, o maço de cigarros apareceu envolto em flores, a mão que o segurava era feminina, com esmalte rosa nas unhas, e o próprio cigarro possuía detalhes florais no filtro. De acordo com a pesquisadora, as figuras exploravam “diferentes tipos de feminilidade, a busca pelo belo e pela independência” (Cf. DIAS, 2011, p. 16).

Nos últimos anos, a mudança de percepção em relação aos fumantes pode ser visualizada também nas fotografias estampadas nos maços de cigarro, que se tornaram obrigatórias no Brasil em 2001. A antropóloga constatou que as imagens mais impactantes foram aquelas alteradas digitalmente ao apresentarem o fumante como um indivíduo impuro, poluidor, contaminado (Cf. DIAS, 2011, p. 18-16).

Hoje em dia as empresas de tabaco estão proibidas de vincular o cigarro à sensualidade. No entanto, “vários produtos usam a mesma abordagem, como as bebidas, por exemplo, que não são legalmente proibidas ou coibidas” (Cf. DIAS, 2011, p. 20-30). Na dissertação *Cinema clássico americano e produção de subjetividades: o cigarro em cena*, o pesquisador Miguel Angel Schmitt Rodriguez destacou “o rápido processo de demonização do tabaco”:

Pode-se dizer que nas décadas em que os grandes astros e estrelas do cinema eram fumantes inveterados, o consumo de cigarros satisfazia não

somente uma vontade fisiológica. No Brasil, por exemplo, ao comprar os cigarros Hollywood, o fumante comprava, também, a ideia do sucesso e do estrelato. Nesse sentido, ocorre a partir desse consumo uma produção de subjetividade que atribui uma significação sobre os valores relativos ao sucesso. Fuma-se por que se quer ser reconhecido partilhando do mesmo “bom gosto” das celebridades do cinema (RODRIGUEZ, 2008, p. 28).

Se nos filmes hollywoodianos, até aproximadamente a década de 70, todos, incluindo, as mocinhas e mocinhos – que são a personificação do modelo a ser seguido – fumavam, hoje em dia o que se vê é exatamente o contrário. Só os malfeitores fumam, pois o cigarro tomou status de vilão e passa longe do núcleo dos “bonzinhos”, só as pessoas desequilibradas fumam em filmes, pois já não é um hábito “bom”/“normal” (RODRIGUEZ, 2008, p. 10-11).

A fumaça do cigarro pode ser visualizada como uma espécie de desordem, e os fumantes como uma categoria de indivíduos impuros no cenário atual. No caso, parecem existir fumaças mais danosas à saúde, a exemplo da emissão de CO₂ pelos carros. Não obstante, a perturbação pela do tabaco hoje é visualizada como desordem social, contaminação, impureza e perigo.

Impuro é aquele indivíduo que não pode ser incluído com base na eleição de um padrão moral como o socialmente desejável. É comum que os elementos destoantes, em certos contextos sociais, acabem por sofrer segregações e banimentos, a fim de que não *contaminem* os demais, tanto física quanto moralmente. O fumante, nos dias atuais, é uma anomalia, aquilo que foge à regra, e que, por isso, deve ser separado, banido ou anulado.

Curiosamente, o conceito de *pureza* era muito caro aos nazistas, em sua ambição pela fabricação do homem ideal. Sabe-se que Hitler não só abandonou o cigarro como também se tornou adversário da substância, a partir da extensão de seus interditos de higiene, e de pureza corporais, à sociedade alemã da época. No caso, Hitler era abstinente e também vegetariano devido bem mais a um dogma complexo do que às evidências médicas que apoiam o combate ao cigarro na atualidade (Cf. BURNES, 2007).

Na obra *Racial Hygiene: Medicine Under the Nazis*, o professor Robert Proctor analisa a corrupção dos valores intelectuais pelos próprios cientistas que participaram da política racial nazista. O livro relata o envolvimento da comunidade médica com as leis de esterilização e de castração, leis estas que também proibiam o casamento entre judeus e não judeus. Para Proctor, este pensamento não era exclusividade da Alemanha, porquanto foi justamente o darwinismo social, do final do século XIX, nos Estados Unidos e na Europa, que ensejou as teorias de higiene (Cf. PROCTOR, 1988).

O historiador também apresenta um relato do movimento *orgânico* pela saúde que floresceu no período do nazismo, em que existiam campanhas para a redução do cigarro e das bebidas, além de esforços para exigir que as padarias produzissem pães integrais. De acordo com a antropóloga Samira Correia Dias, “o cigarro parece ir contra os discursos mais latentes da saúde: o discurso da juventude eterna e da longevidade. Estaria contra a promoção da saúde que é um dos cernes da medicina moderna” (Cf. DIAS, 2011, p. 30).

Na atualidade, o estilo de vida propagandeado pelas mídias, e celebrado pelas ciências médicas, promete maior sobrevivência aos indivíduos que se abstiverem de hábitos pouco saudáveis, uma vez que existe um novo consenso quanto ao conceito de saúde. Tanto publicações jornalísticas, quanto programas para a televisão, a partir da apresentação de novas pesquisas ao redor do mundo, bombardeiam leitores e expectadores com o cereal mais orgânico do mercado, ou com o legume capaz de somar mais anos às frágeis vidas humanas, quase como certezas, independentemente de que estas *certezas* sofram contestação de tempos em tempos.

Na expectativa de continuar *fabricando certezas*, as empresas, agora sob a roupagem do sustentável – e isso não é uma crítica à sustentabilidade, mas apenas uma constatação dos valores do momento – lançam diariamente no mercado novidades que pretendem garantir saúde e vida longa aos corpos humanos.

O livro *A saúde perfeita: crítica de uma nova utopia*, do sociólogo francês Lucien Sfez, revela a presença avassaladora de uma nova utopia nos anos 2000: a saúde perfeita. Consoante o sociólogo, os discursos de disciplina, e de autocontrole dos desejos, garantiriam aos indivíduos a recompensa por um corpo belo e saudável rumo à eternidade (Cf. SFEZ, 1996). Para endossar o argumento, a OMS define *saúde* como “o completo estado de bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de enfermidade”. O conceito consta do preâmbulo da Constituição da Assembleia Mundial da Saúde, adotada

pela Conferência Sanitária Internacional realizada em Nova York, em 1946 (Cf. OMS, 1946).

Os críticos apontam para o anacronismo, bem como para a utopia, presente no conceito de *saúde* manejado pela OMS, porquanto invoca um estado orgânico de perfeição de difícil concretização. Isso porque, a ideia do que seja *saúde* possui enorme grau de subjetividade desde determinantes históricos, sociais e políticos.

O médico psiquiatra, e psicanalista francês, Christophe Dejours adverte que saúde não é algo que se possa ter como uma propriedade, uma vez que se refere a estados instáveis de bem-estar. Para Dejours, saúde como um quadro estático é mera “ilusão”, pois “saúde é alguma coisa que muda o tempo todo” (Cf. DEJOURS, 1986).

3.3 O NOVO PARADIGMA COMO FUNDAMENTO ÀS INTERVENÇÕES ESTATAIS NAS QUESTÕES DO TABACO

Os primeiros estudos que relacionaram o consumo de cigarro ao câncer de pulmão e às doenças cardíacas, foram realizados pelos epidemiologistas britânicos Richard Doll e Austin Bradford Hill, e as conclusões, publicadas em 1950 e 1954, no *British Medical Journal* (Cf. SURGEON, 2014).

Estes artigos chamaram a atenção das autoridades públicas de países europeus, tais como Itália, Dinamarca e Reino Unido, que a partir dos anos de 1940-1950 passaram a adotar medidas regulatórias para inibir a propaganda de cigarros em seus territórios. O processo foi bastante expressivo nos Estados Unidos, com a criação, pelo *Surgeon General*, de uma Comissão formada por médicos e cientistas, que tinham por objetivo avaliar os problemas que o consumo destes produtos poderia efetivamente gerar à saúde pública (Cf. OLLER DO NASCIMENTO, 2011, p. 11-12).

Esta Comissão foi criada no início de 1962, apresentando, em 1964, ao *Surgeon General*, seu relatório final: *Smoking and Health – Report of the Advisory Commitee*. Sucintamente, nesse relatório foram analisados mais de 7.000 trabalhos científicos de diferentes naturezas, os quais apontaram fortes evidências sobre: (i) a presença de substâncias cancerígenas no cigarro e na fumaça gerada pelo seu consumo, o que levaria a danos celulares e à formação de tumores [...]; (ii) a maior incidência de algumas enfermidades

cardiovasculares, respiratórias e associadas ao câncer; (iii) o maior nível de óbitos na população de fumantes, se comparado com aquela de não fumantes [...] bem como [...] a redução no peso médio de recém-nascidos de gestantes fumantes, quando comparado ao peso médio de recém-nascidos de não fumantes (OLLER DO NASCIMENTO, 2011, p. 11-12).

Estas robustas evidências quanto ao nexo de causalidade entre cigarro e doenças endossaram o reconhecimento do tabagismo como doença epidêmica (síndrome da tabaco-dependência), classificada pela OMS no grupo dos transtornos mentais e de comportamento decorrentes do uso de substâncias psicoativas na Décima Revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID-10) (OMS, 1997).

A pesquisadora Marcela Pompeo de Sousa Campos Sogocio, ao analisar os dados dos relatórios produzidos pela *World Health Organization* (WHO), informou que o cigarro está entre os maiores fatores de risco para desenvolver as doenças que causam um terço das mortes no mundo, juntamente com baixo peso, sexo desprotegido, hipertensão arterial, consumo de álcool e de água impura, falta de higiene, deficiência de ferro, contato com fumaça de combustíveis sólidos, colesterol elevado e obesidade. Informou, ainda, que 75% das doenças cardiovasculares, maior causa absoluta de morte no mundo, decorrem do uso de tabaco, da hipertensão ou do colesterol elevado, ou da combinação desses três fatores (Cf. SOGOCIO, 2011, p. 51).

Dentro deste contexto de *epidemia generalizada em escala global*, a primeira proposta de “reunir, aprimorar, integrar e difundir a experiência acumulada pelo conjunto dos países”, mediante uma estratégia internacional de controle do tabaco, foi apresentada em maio de 1995, na 48^a *World Health Assembly*, da OMS (Cf. WHO, 1995). Em 1999, na 52^a edição da referida Assembleia, o comitê de decisão estabeleceu um grupo intergovernamental de negociação aberto a todos os Estados participantes para rascunhar, e negociar, a proposta da Convenção-Quadro para Controle do Tabaco (CQCT) e protocolos relacionados (Cf. WHO, 1999).

Na 53^a *World Health Assembly*, em 2000, o governo brasileiro foi eleito para conduzir as negociações do tratado. Três anos depois, na 56^a reunião, foi aprovado por unanimidade o texto final da CQCT/OMS (WHO, 2003).

No preâmbulo da mencionada convenção encontra-se exposta a “preocupação da comunidade internacional com as devastadoras consequências sanitárias, sociais, econômicas e ambientais geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, em todo o mundo”, sobretudo em razão:

Do aumento do consumo e da produção mundial de cigarros e outros produtos de tabaco, particularmente nos países em desenvolvimento, assim como o ônus que se impõe às famílias, aos pobres e aos sistemas nacionais de saúde (Cf. BRASIL, 2006).

Além disso, a Convenção-Quadro enfatiza a “demonstração inequívoca pela ciência” de que:

O consumo e a exposição à fumaça do tabaco são causas de mortalidade, morbidade e incapacidade e que as doenças relacionadas ao tabaco não se revelam imediatamente após o início da exposição à fumaça do tabaco e ao consumo de qualquer produto derivado do tabaco (Cf. BRASIL, 2006).

Com efeito, o Brasil ratificou o texto do mencionado documento. E, segundo já se afirmou, a CQCT/OMS é uma reação à pandemia do tabagismo para responder aos impactos sanitários, sociais, econômicos e ambientais gerados pelo consumo do cigarro e pela exposição à fumaça dele no ambiente social. Como parte de seu conjunto de políticas e diretrizes, a Convenção recomenda o banimento do fumo em locais fechados, para prevenir a exposição involuntária à fumaça do tabaco. Prescreve a Convenção em seu artigo 4º:

1. Toda pessoa deve ser informada sobre as consequências sanitárias, a natureza aditiva e a ameaça mortal imposta pelo consumo e a exposição à fumaça do tabaco e medidas legislativas, executivas, administrativas e outras medidas efetivas serão implementadas no nível governamental adequado para proteger toda pessoa da exposição à fumaça do tabaco (BRASIL, 2006).

Para atender a estes objetivos, os Estados-membro se comprometeram a implementar políticas públicas, e a proteger tais políticas de interesses comerciais, sempre respeitando os princípios e as leis nacionais. O tratado em referência divide as políticas públicas em cinco grandes grupos: (i) medidas para redução da demanda de derivados do fumo, em especial do cigarro; (ii) redução da oferta; (iii) proteção do ambiente e da saúde dos indivíduos que tenham contato com os derivados de tabaco e sua fumaça; (iv) previsão de regras de responsabilização civil e criminal; e (v) cooperação científica, financeira e informacional entre os países membros.

Nesse contexto, e como se destacará na próxima seção, o que se tem verificado no Brasil a partir de meados da década de 1990, sobretudo em razão do movimento antitabagista em todo mundo, é a adoção de austeras políticas públicas que têm buscado, prioritariamente: (i) a elevação de barreiras à entrada de novas empresas no setor; (ii) a criação de dificuldades à divulgação e promoção de cigarros; e (iii) a elevação dos preços dos cigarros, por meio de medidas fiscais (Cf. OLLER DO NASCIMENTO, 2011, p. 55).

3.4 TENTATIVA DE ERRADICAÇÃO DA DEMANDA POR CIGARRO NO BRASIL: RESTRIÇÕES AOS LOCAIS DE CONSUMO

A Constituição Federal limitou a atuação do Estado, como agente econômico, aos casos “imperativos à segurança nacional ou de relevante interesse coletivo” (artigo 173, *caput*). Por sua vez, o artigo 174 ainda prevê que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, “exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento”.

Na hipótese, “os termos trazidos pela Constituição Federal Brasileira para designar quando e como o Estado intervirá na economia são relativamente abertos”. Em consequência disso, é possível afirmar que o Poder Legislativo detém ampla competência para editar legislações que garantam a intervenção direta, ou indireta, do Poder Público nas atividades econômicas dentro do território nacional. Portanto, o poder político está, de certa forma, “livre para definir as atividades econômicas que estarão suscetíveis a sofrer uma intervenção regulatória indireta do Estado, bem como a forma como tal intervenção ocorrerá” (Cf. NASCIMENTO, 2011, p. 55).

Nesse âmbito, o artigo 220, parágrafo 4º, da Constituição proíbe certas medidas antitabagistas:

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º - Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade (BRASIL, 1988). (Grifou-se)

Dentro dessa moldura constitucional, consoante já se informou, desde meados da década de 1990 o Brasil tem adotado austeras políticas antitabagistas. O proibicionismo ensejou estudos específicos que apontam para distorções à competitividade no mercado nacional de

cigarro, em um cenário que já contava com uma empresa com posição dominante.³²

Dentre os efeitos à concorrência decorrentes de tais medidas e o impacto que trouxeram à competitividade no setor, especialmente àquela de pequenos e médios fabricantes, destacam-se: (i) o incremento na adoção de acordos de exclusividade de venda, publicidade, *merchandising* e exposição de cigarros, após a edição de leis mais rígidas que proibiram a propaganda e a exposição de cigarros em todas as mídias e eventos, à exceção dos pontos de venda; e (ii) a mudança no sistema de cobrança do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI incidente sobre a fabricação e comercialização do cigarro (IPI Cigarro), que foi, senão a principal, uma das principais medidas para aniquilar qualquer possibilidade de os pequenos e médios fabricantes nacionais concorrerem e contestarem a posição dominante

³² Para maior aprofundamento quanto às distorções à competitividade em razão das intervenções governamentais, no mercado de tabaco brasileiro, confira-se a dissertação de mestrado *As políticas públicas antitabagistas e os efeitos à competição no mercado brasileiro de cigarro: uma análise crítica para debate*, da onde se retira: “O mercado brasileiro de cigarros tem se caracterizado pela presença de uma empresa com participação histórica superior a 70% e que, estrategicamente, tem reagido eficientemente à entrada no mercado de novos competidores e ao lançamento de novos produtos e marcas por concorrentes já estabelecidos. As medidas antitabagistas, atualmente adotadas no Brasil, tendem a fortalecer a posição dominante da empresa líder. A introdução do Regime Especial, por exemplo, tem dificultado a entrada de novos competidores no mercado doméstico, por meio da instalação de planta produtiva ou exportação para o país, reduzindo, assim, os riscos de pressões competitivas externas às empresas instaladas. A restrição de publicidade, exposição e *merchandising* de cigarros apenas aos pontos de venda, além de aumentar as barreiras à entrada de novos concorrentes, mitigou as chances de novas marcas ou produtos serem lançados no mercado doméstico. Com esse tipo de restrição, os investimentos das empresas no lançamento de novas marcas ou produtos passam a ser proporcionalmente maiores, já que para atingir um volume eficiente de consumidores, as empresas precisarão investir em contratos de exclusividade com um grande número de pontos de venda [...]” (OLLER DO NASCIMENTO, 2011, p. 109-110).

das empresas líder e vice-líder (OLLER DO NASCIMENTO, 2011, p. 56).

Ricardo Zingales Oller do Nascimento divide as políticas públicas em cinco grupos, no Brasil, adotadas para restringir a oferta e a demanda de cigarro. O primeiro grupo contempla aquelas restrições à propaganda, publicidade e *merchandising*, cujo impacto à competitividade do mercado se dá tanto em relação à demanda quanto à oferta. O segundo grupo envolve as providências de controle de entrada de novos agentes no mercado e, portanto, estão intrinsecamente associadas à oferta. Por sua vez, as medidas de controle às substâncias existentes no cigarro, que integram o terceiro grupo, têm maiores implicações na demanda, ainda que, em termos de oferta, também poderiam ser vistas como indutoras de inovações. O quarto grupo envolve restrições a locais de consumo com o propósito de reduzir a demanda por cigarros. Por fim, no quinto grupo se encontram as determinações de natureza fiscal e de combate ao contrabando (Cf. OLLER DO NASCIMENTO, 2011, p. 57).

O recorte temático da presente pesquisa diz respeito ao quarto grupo das políticas públicas acima elencadas: restrições a locais de consumo para a redução da demanda por cigarros.

A restrição ao consumo em certos locais foi uma das primeiras medidas antitabagistas introduzidas no Brasil. Conforme destacado no artigo 2º, da Lei nº 9.294/1996, tornou-se proibido o consumo de cigarro e outros derivados de tabaco em recintos coletivos, privados ou públicos, a não ser que tivessem uma área isolada especificamente destinada para os fumantes. O dispositivo em referência considerou recintos coletivos: repartições públicas, hospitais e postos de saúde, salas de aula, bibliotecas, recintos de trabalho coletivo e salas de teatro e cinema (Cf. BRASIL, 1996).

No final da década de 2000, iniciou o movimento que pugnava pela vedação ao consumo de cigarro, e derivados de tabaco, em qualquer local coletivo, público ou privado, independentemente da existência de áreas reservadas para fumantes. A justificativa relacionava-se aos malefícios à saúde decorrentes do fumo passivo. Apesar das disputas judiciais em torno das regulamentações municipais, e estaduais, a Lei nº 12.546/2011 excluiu a parte final do artigo 2º da Lei nº 9.294/1996, que excetuava o consumo da substância aos fumódromos (Cf. BRASIL, 2011).

Prescreve então o artigo 2º, da Lei nº 9.294/1996: “É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro

produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo fechado, privado ou público”. A definição de recinto coletivo foi pontuada pelo § 3º: “Considera-se recinto coletivo o local fechado, de acesso público, destinado a permanente utilização simultânea por várias pessoas” (Cf. BRASIL, 1996).

Os estabelecimentos comerciais destinados especificamente à comercialização de produtos de fumo, e os ambientes fechados onde o fumo será permitido, como tabacarias, locais de pesquisas e *sets* de filmagens, deverão possuir uma área exclusiva para o consumo, com sistema de ventilação por exaustão capaz de reduzir o acúmulo de emissões de fumaça no seu interior e evitar a contaminação dos demais ambientes. Nestes locais, não será permitida a venda e fornecimento de alimentos e bebidas. Os fumantes, no entanto, poderão levar para o interior do local o que forem consumir (Cf. BRASIL, 1996).

Com a vigência da Lei nº 12.546, aprovada em 2011, mas regulamentada em 2014, fica proibido fumar cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos, narguilés e outros produtos: (i) em locais de uso coletivo, públicos ou privados, como *hall* e corredores de condomínio, restaurantes e clubes; (ii) em ambiente parcialmente fechado por uma parede, divisória, teto ou até toldo; e (iii) em fumódromos, que devem ser extintos. Portanto, fica autorizado o fumo: (i) em residências; (ii) em áreas ao ar livre, parques, praças, em áreas abertas de estádios de futebol e em vias públicas; (iii) em tabacarias voltadas especificamente para este fim e; (iv) em cultos religiosos, caso faça parte do ritual.

3.4.1 O discurso proibicionista da ausência de responsabilidade individual no âmbito do tabaco

As intervenções governamentais para limitação aos espaços de uso atendem, sobretudo, a duas finalidades: (i) preservar a liberdade dos não fumantes em respirar ar desimpedido de fumaça tóxica; e (ii) causar embaraços ao fumante, a fim de suprimir a demanda por tabaco.

As legislações impeditivas, nos ambientes coletivos fechados, primeiro ao segregarem os fumantes, dos não fumantes, por intermédio dos fumódromos, visavam à proteção dos segundos, em conviverem nos mesmos ambientes, mas sem serem obrigados a aspirar fumaça tóxica. Por sua vez, a extinção dos fumódromos se deu com o objetivo de proteger a integridade dos trabalhadores que desempenham funções em estabelecimentos coletivos fechados.

A segregação materializada pelos fumódromos decorria dos males advindos do fumo passivo, que assim foi conceituado:

Fumo passivo é a inalação por não-fumantes da fumaça da queima de produtos derivados do tabaco, como cigarro, cigarro de palha, cigarro de cravo, bali hai, cigarrilha, charuto, cachimbo e narguilé. É também chamado de tabagismo passivo e de exposição involuntária ao fumo ou à poluição tabagística ambiental (PTA). Segundo a Organização Mundial da Saúde, a PTA é o principal agente poluidor de ambientes fechados e o fumo passivo é a 3ª maior causa de morte evitável no mundo (ACT).

As associações antitabagistas informam sobre a aprovação de 93% da população brasileira, em relação às proibições do fumo em locais fechados, o que legitimaria as medidas restritivas contrárias aos interesses dos fumantes (Cf. ACT, 2013b).

Com efeito, para o discurso legitimador das proibições ao cigarro os indivíduos adultos não fumam por livre e espontânea vontade, mas sim pelo constrangimento do vício em nicotina. Este discurso fica bem evidente em relatórios como: *Evidências científicas sobre tabagismo para subsídio ao Poder Judiciário*:

A partir da instalação da dependência, definida por domínio, posse, subordinação e sujeição, a capacidade de decidir de forma livre e autônoma, ou seja, com livre arbítrio, está comprometida. O fumante é uma pessoa que contraiu uma doença crônica, uma dependência química à nicotina, que o obriga a se expor a mais de 4.700 substâncias tóxicas, e que leva ao óbito metade de seus usuários (ACT, 2013).

Nesse cenário, a linguagem proibicionista não mais admite a utilização de expressões como “fuma quem quer”, e que os fumantes, mesmo prejudicando a si mesmo e aos outros (fumantes passivos), possam manter, em qualquer circunstância, sua responsabilidade pelo vício “pois o fumante, como dependente químico que é, não tem domínio nem racionalidade quanto à sua dependência” (Cf. ACT, 2013).

3.4.2 Objeção ao discurso proibicionista pela ausência de responsabilidade individual no âmbito do tabaco: a teoria do vício racional

Para as agências do governo, os indivíduos adultos não fumam por livre e espontânea vontade, mas sim pelo constrangimento do vício em nicotina. As empresas contestam este argumento e fundamentam a divergência na complexidade do ato de fumar, que não se restringiria às forças inarredáveis do vício. Segundo as empresas tabaqueiras:

Muitos fumantes podem encontrar dificuldades para parar de fumar, mas tanto a decisão de parar, como a decisão de começar a fumar e continuar fumando, dependem das particularidades de cada indivíduo e de motivação pessoal (SOUZA CRUZ, 2011).

Defendem estas empresas que os efeitos farmacológicos da nicotina, que possui potencial estimulante, a exemplo da cafeína, mas também um efeito relaxante, constituem substancialmente a experiência de fumar, razão por que informam sobre a pouca aceitação que cigarros sem nicotina têm mostrado no mercado. Sustentam, outrossim, que a sensação proporcionada pelo ato de fumar não se restringe aos efeitos da nicotina. “Fumar é um ato complexo e traz consigo um ritual que envolve vários sentidos, além de aspectos sociais, culturais e comportamentais” (Cf. SOUZA CRUZ, 2011).

Alegam que os fumantes descrevem o prazer de sentir um cigarro entre os dedos, até o sabor e aspectos visuais associados ao consumo. “Além disso, especialmente em ambientes sociais, o ato de fumar envolve uma ‘sensação de compartilhamento’ com outros fumantes” (SOUZA CRUZ, 2011).

Frequentemente, quando perguntadas se querem parar de fumar, as pessoas dizem que sim. Mas para entender por que alguns fumantes continuam fumando, mesmo quando dizem que querem parar, é importante considerar todos os aspectos que envolvem a experiência de fumar, que incluem variáveis particulares a cada indivíduo. Uma pesquisa oficial realizada recentemente pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), como parte de uma pesquisa global da

Organização Mundial de Saúde (OMS), demonstrou que, na verdade, quase metade dos fumantes entrevistados não estão interessados em parar de fumar, mesmo cientes dos riscos associados à saúde (SOUZA CRUZ, 2011).

Portanto, as próprias empresas tabaqueiras admitem que o cigarro é um bem de vício que gera externalidades negativas e, conseqüentemente, custos à sociedade. A divergência, contudo, reside no fato de os fumantes terem, ou não, consciência sobre os riscos à saúde associados ao seu consumo.

Becker e Murphy desenvolveram a *teoria do vício racional* para lidar com o problema. A teoria em questão parte do pressuposto de que os indivíduos maximizam consistentemente sua utilidade durante a vida, levando em consideração as escolhas passadas e as conseqüências que suas escolhas presentes (e passadas) podem gerar em seu consumo futuro.

No desenvolvimento da teoria do vício racional, Becker e Murphy (1988) consideraram que o consumo decorrente do vício seria uma “complementaridade adjacente”. Segundo esses autores, o conceito de “complementaridade adjacente” seria similar àquele de reforço do hábito de consumir, no sentido de “um consumo presente servir de reforço/aumento para o consumo futuro”. Ou seja, “quanto maior for o consumo presente de um bem, maior será o seu consumo futuro”. Em contrapartida, “tolerância significaria que um certo nível de consumo presente seria menos satisfatório se o consumo passado foi elevado”. No caso específico de bens de vício que geram danos, como, por exemplo, o cigarro, Becker e Murphy (1988) apontam que um comportamento racional implicaria em uma ação de “tolerância”, no sentido de que o consumo presente será menor do que aquele passado, já que o indivíduo terá reduzida a sua utilidade pelo bem danoso, dado o mesmo nível de consumo passado. Se o usuário mantiver ou aumentar o seu consumo futuro, significa, ainda segundo os autores, que a sua utilidade em relação ao consumo presente é maior do que o dano, trazido ao valor presente,

decorrente do consumo futuro (OLLER DO NASCIMENTO, 2011, p. 27).

Becker e Murphy consideram que o estado de vício de um bem pode variar de pessoa para pessoa, e que uma mesma pessoa pode ser viciada em um produto, porém não em outro. Desse modo, o estado de vício dependerá da interação entre os indivíduos e os bens consumidos. Essa teoria vai, de certo modo, contra o pensamento dos sanitaristas de que o cigarro seria, necessariamente, um produto de vício puro, bem como explicaria a razão por que certas pessoas conseguem facilmente parar de fumar e outras não. Ou seja, se o cigarro fosse um bem de vício puro, as características do vício deveriam aparecer em todos os indivíduos e as dificuldades em parar de fumar seriam muito similares para todos os fumantes (Cf. BECKER; MURPHY, 1988).

3.4.3 Objeção moral ao discurso proibicionista da proteção à saúde pública

O empenho do ex-prefeito Michael Bloomberg, em prol da saúde dos cidadãos nova-iorquinos, foi decisivo para a aprovação das proibições ao cigarro em ambientes coletivos abertos em Nova York, e também contou com a construção de quase 700 quilômetros de ciclovias na cidade. Além disso, Bloomberg constrangeu a maioria das cadeias de *fast food* a exibir o número de calorias em seus menus. Durante seu terceiro mandato, o prefeito esmerou-se na fixação de um tamanho máximo para os copos de refrigerante (Cf. BARON, 2013).

O movimento antitabagista, endossado por Bloomberg nos Estados Unidos nos últimos anos, pretende, ao que parece, liberar os espaços coletivos abertos da inconveniente fumaça dos cigarros. No entanto, muitos médicos alertam para a fragilidade das evidências que indicam o comprometimento da saúde dos fumantes passivos em ambientes abertos.

Antes da promulgação das leis na cidade de Nova York, o médico americano Michael B. Siegel, professor da *Boston University School of Public Health*, manifestou-se publicamente e fez um importante alerta no *New York Times* (Cf. SIEGEL 2011).

Disse testemunhar há mais de 25 anos reuniões prévias aos processos judiciais ocorridas no conselho da cidade de Nova York, além de participar de audiências no Congresso em apoio à proibição do tabaco nos locais de trabalho, e também nos bares e em cassinos. Defendeu seu ponto de vista com base em dados científicos que

demonstram a lesividade da exposição crônica ao fumo passivo, uma vez que este aumenta significativamente o risco de doenças respiratórias e cardíacas, e câncer de pulmão (Cf. SIEGEL 2011).

Afirmou que a aprovação das novas restrições pela Câmara Municipal de Nova York ocorreu em razão do princípio de que os não fumantes devem ficar imunes a qualquer quantidade de fumo passivo, seja em um bar, seja no *Central Park*. Advertiu que a reação negativa a estas leis poderia, inclusive, minar as pretensões do movimento antitabagista e alertou sobre as constantes indagações a ele formuladas pelos adversários das proibições: “O que virá depois? A proibição de fumar ao ar livre?” (Cf. SIEGEL 2011).

Siegel aduziu conhecer algumas evidências médicas que revelam a nocividade da fumaça do cigarro aos fumantes passivos, também em espaços abertos. Pontuou a existência de pesquisas na Universidade de Stanford que igualam a exposição ao cigarro tanto em ambientes abertos quanto nos fechados caso o fumante passivo permaneça a três metros de distância da fumaça do tabaco. Não obstante, desconhece descobertas científicas que comprovem danos consideráveis à saúde em locais em que as pessoas possam se movimentar livremente (Cf. SIEGEL 2011).

Malgrado o movimento antitabagista tenha sempre lutado com o respaldo das ciências, disse que a proibição de fumar ao ar livre em Nova York parece corroborar o discurso dos adversários da causa, que a percebem norteadada por um ódio irracional aos fumantes. Alertou para o fato de que, na tentativa de convencer as pessoas de que mesmo a exposição temporária ao fumo passivo oferece risco potencial à saúde, os adversários do cigarro correm o risco de perder a credibilidade científica em suas afirmações (Cf. SIEGEL 2011).

Sustentou que a vitória dos movimentos com estas proibições pode colocar em risco outras frentes mais importantes na luta contra o cigarro, em particular aquela travada nos 21 Estados americanos que ainda permitem o fumo em bares e restaurantes. Desse modo, embora constitua uma vitória simbólica, asseverou que a medida é inútil do ponto de vista da saúde pública. Em vez disso, defendeu que as organizações antifumo concentrassem a extensão das proibições aos ambientes de trabalho, uma vez que 100 milhões de americanos ainda não adquiriram o direito de trabalhar sem ter de inalar fumaça de “segunda mão” (Cf. SIEGEL 2011).

Jeffrey Schaler defende que a expansão dos programas de *saúde pública*, em relação aos comportamentos individuais anteriormente confinados à esfera da médica, é a marca das últimas décadas. A partir do momento em que *saúde e doença* se transformam em metáforas

aplicáveis a qualquer esfera de atividade humana, é indispensável permanecer alerta quanto à possibilidade do emprego da retórica pelo Estado, a fim de legitimar a intromissão governamental em assuntos meramente privados. Este problema de demarcação conceitual aparece de modo mais incisivo nos casos de tratamentos sem o consentimento individual, desde a ideia de que os comportamentos podem constituir ameaça à *saúde pública* (Cf. SCHALER, 2002, p. 63).

Schaler aponta para três situações em que a intervenção médica pode ocorrer sem a autorização do paciente: (i) quando o indivíduo adulto não pode manifestar sua vontade, em razão de algum tipo de inconsciência, ou seja, quando não possui capacidade cognitiva para compreender as consequências da recusa ao tratamento; (ii) nos casos de crianças, ou devido a danos cerebrais que provoquem incapacidades; e (iii) no caso de doenças infecciosas, uma vez que poderão infectar outras pessoas (Cf. SCHALER, 2002, p. 63).

A visão tradicional afirma que estas três hipóteses de tratamento, não consensuais, apresentam-se apropriadas em uma ordem política em que a atividade governamental se encontre bem decotada. Além disso, existem motivos não médicos para uma intervenção sem o consentimento individual. Caso alguém se coloque a infligir danos a outrem, existe a possibilidade de legítima defesa para autoproteção, ou proteção de terceiros. Com efeito, estas últimas ações estão fora do âmbito daquilo que se convencionou chamar “tratamento médico”, uma vez que os indivíduos formados em medicina não possuem competência especial para se pronunciar nestas esferas, embora possam emitir opiniões como qualquer outro cidadão (Cf. SCHALER, 2002, p. 63).

Referidos assuntos podem ser tratados por intermédio de metáforas. *Doença* pode servir de representação a comportamentos indesejáveis, e *tratamento* pode servir como resposta às doenças. Metáforas, consoante Schaler, são excelentes “mecanismos politizadores” para obter a persuasão do público. Quando os burocratas se movem pela ideia de que os comportamentos intencionais podem ser tratados como se *doenças* fossem, é comum que uma metáfora ganhe literalidade. Em nome da proteção do indivíduo contra sua própria insensatez, ou como corruptor dos demais, os *tratamentos* se racionalizam de maneira paternalista. Proteger os indivíduos contra sua própria insensatez é a *raison d'être* da ideologia da saúde pública (Cf. SCHALER, 2002, p. 63-64).

Schaler traça um paralelo entre a ideologia da saúde pública e a “higiene racial”, uma vez que o pensamento de nosso tempo parece bem afinado a uma “moral da higiene” com a intenção de confinar toda a

atividade humana aos domínios da medicina e da saúde pública. O ideário em referência opera por meio da homogeneização via Estado, e assemelha-se à homogeneidade demandada pelo Estado Nacional-Socialista. Não obstante as radicais diferenças entre ambos os modelos, existe um elemento comum: a saúde pública como discurso legitimador às coerções em proveito da homogeneidade dos comportamentos desaprovados pela maioria da sociedade em certo tempo (Cf. SCHALER, 2002, p. 64).

A retórica da saúde pública alarga as fronteiras da saúde de duas maneiras: (i) a primeira é a visualização de todas as questões de saúde como casos de *saúde pública*, mesmo derivadas de comportamento humano voluntário; (ii) a segunda se dá pela incidência da metáfora médica a todos os aspectos da vida humana, como os hábitos de comprar, jogar, fazer sexo, usar a *internet* de modo compulsivo, comportamentos que serão tratados pelos profissionais da saúde mental como *doença mental* e, portanto, problemas de *saúde pública* (Cf. SCHALER, 2002, p. 64).

Schaler defende que o ponto em debate não é o fato de cigarros, bebidas ou comidas gordurosas serem bons ou ruins para a saúde, mas atribuir ao Estado a decisão sobre o que ingerir, fazer ou pensar. O autor sustenta o absurdo de se defender a ideia de que os fumantes não conseguem se livrar do vício sozinhos. Para ele, certos indivíduos não conseguirão parar de fumar, assim como outros não conseguirão deixar de ir à igreja, por exemplo. Schaler assevera que estes comportamentos pertencem às esferas privadas e voluntárias, e que em um ambiente livre sempre haverá pessoas que escolherão de modo insensato (Cf. SCHALER, 2002, p. 64).

As doenças, literalmente falando, são resultados do mau funcionamento dos corpos físicos. Não obstante, escolhas equivocadas no campo da ética não podem ser identificadas com doenças. Segundo Schaler, a ética é um ramo da filosofia, e não da medicina. Naturalmente a medicina e a ética são campos interligados, mas os problemas éticos não são problemas médicos de maneira lógica. Escolhas comportamentais podem afetar as chances de um indivíduo adoecer, contudo, nenhuma escolha ética é em si mesma uma doença (Cf. SCHALER, 2002, p. 64).

Schaler, numa linha similar a Hayek, defende que os conceitos de *liberdade* e de *responsabilidade* são indissociáveis. Quanto mais liberdade os indivíduos possuem, maior responsabilidade também devem ter em relação às consequências de suas ações. Indivíduos reclusos em penitenciárias recebem hospedagem e alimentação do

Estado, porquanto foram privados de sua liberdade, e também da possibilidade de manter seu sustento. Daí por que muitos indivíduos preferem viver em uma *prisão*, na medida em que preferem que sua hospedagem, alimentação e bem-estar sejam providos por terceiros. É como se estes indivíduos não desejassem qualquer responsabilidade, e o preço que pagam por sua irresponsabilidade é a perda da liberdade (Cf. SCHALER, 2002, p. 65).

A confusão conceitual contemporânea impede que se visualize o contraste entre *saúde pública* e *saúde privada*. Há muito epidemias de gripe eram consideradas problemas de saúde pública. Conquanto a saúde pública se preocupasse com questões como a dieta dos pobres, este temor era mais preventivo e pedagógico, ao contrário de regular o comportamento individual por meio de legislação. Nesse âmbito, a atuação estatal detinha-se à educação das pessoas pobres ao contrário de uma imposição coercitiva quanto às dietas (Cf. SCHALER, 2002, p. 66).

As políticas e práticas concernentes à saúde pública de início se baseavam na tríade: hospedeiro, agente infeccioso e meio ambiente. O hospedeiro se referia a um indivíduo membro da comunidade. O agente infeccioso geralmente se referia a um organismo vivo, como parasitas, bactérias ou vírus. Com efeito, as políticas de saúde pública embasadas neste modelo possuíam bons níveis de sucesso em controlar, se não em erradicar, ameaças à saúde pública sob a forma de doenças literais (Cf. SCHALER, 2002, p. 65-66).

Não obstante, o momento atual revela uma modificação de paradigma. Os *hospedeiros* passaram a ser interpretados como organismos não vivos, enquanto que os *agentes infecciosos* passaram a ser tratados como agentes morais. Este desvirtuamento no modelo de saúde pública original é parte integrante da prática cada vez mais frequente de medicalizar os comportamentos humanos.

A violência, o crime, o suicídio, o analfabetismo, as armas, as drogas, a depressão, o excesso de comida, a má alimentação, a ausência de prática de exercícios físicos, a compulsão por compras ou sexo, tudo passa a ser visualizado como “problema de saúde pública” (Cf. SCHALER, 2002, p. 66).

No momento em que os indivíduos atribuem a responsabilidade por seu comportamento, não a si mesmos, mas aos vícios, às drogas, ao

ambiente, ocorre a racionalização e a legitimação do paternalismo (Cf. SCHALER, 2002, p. 67).

As evidências apontam para uma espécie de obrigação moral nos dias atuais, que é a obrigação de ser saudável. Schaler defende que no lugar da antiga ideia que associava pureza à divindade, a visão contemporânea pressupõe a eliminação de todas as substâncias nocivas para a conquista da saúde física (a divindade contemporânea dos corpos físicos). O autor ironiza com o fato de que até para Jesus Cristo as substâncias que o homem ingeria não o contaminavam, mas sim aquilo que ele professava. Daí porque Schaler conclui que essa visão atual, quanto à perfeição dos corpos humanos, via abstenção de substâncias nocivas, é bastante religiosa (Cf. SCHALER, 2002, p. 67).

A doutrina de que os indivíduos possuem a obrigação moral de se tornarem saudáveis é, para Schaler, uma doutrina religiosa. Nesse caso, o governo não poderia promover uma ideologia que prega a saúde como valor supremo sem que isso deixasse de configurar o estabelecimento laico de uma religião, prática vedada pela Constituição, nos termos da liberdade religiosa (Cf. SCHALER, 2002, p. 67).

A arrogância quanto à higiene moral fica bastante evidente nas regulamentações ao tabaco. De acordo com Schaeeler, indivíduos que voluntariamente escolhem um passatempo encontram-se por um lado perseguidos como desviantes e, por outro, recompensado como vítimas. As indenizações milionárias que as tabaqueiras pagam a fumantes, nos Estados Unidos, materializam o argumento de Schaler quanto à ausência de responsabilidade individual por escolhas morais. Estas decisões judiciais possuem o efeito de incentivar a irresponsabilidade generalizada, uma vez que os indivíduos são incentivados a supor que a culpa por suas ações é de algum agente totalmente estranho a eles próprios (Cf. SCHALER, 2002, p. 68).

Schaler defende a necessidade de se encarar o fato de que “a vida é difícil”. “Crescer é difícil, ir para a escola é difícil, ir para o trabalho é difícil, casar e criar uma família é difícil, tudo isso para não mencionar as inúmeras e diversas tragédias, doenças, acidentes e perda, que todos enfrentam diariamente para sobreviver”. Não obstante, quando se trata de fumantes, acredita-se que eles não podem abdicar dos cigarros porque são viciados, não podem se privar da tentação dos prazeres temporários porque é muito difícil fazê-lo (Cf. SCHALER, 2002, p. 68-69).

3.4.4 Objeção moral ao discurso proibicionista da insensatez do ato de fumar

Como se viu, a filosofia moral de Hayek se coloca no âmbito de um *consequencialismo evolucionista*. Ao contrário de um utilitarismo de fins, o autor invoca uma espécie de utilitarismo de meios (o atributo de ser capaz de usos potenciais). Hayek aponta para a falha de toda a abordagem utilitarista, porquanto pretende explicar a existência de um corpo de normas com a eliminação, por completo, do fato que o torna necessário: a *ignorância*.

Os indivíduos desenvolveram normas de conduta por desconhecerem todas as eventuais consequências de suas ações. O elemento mais característico da moral e do direito, para Hayek, é o fato da obediência individual às normas mesmo sem a consciência quanto aos efeitos das ações particulares. Caso os indivíduos fossem oniscientes não haveria a necessidade de normas, que não foram construídas para atender aos intentos particulares específicos, mas porque se apresentaram úteis em inúmeras situações (Cf. HAYEK, 1985b, p. 22-23).

Portanto, existe um erro básico do utilitarismo ao enunciar que os julgamentos morais são, em última análise, julgamentos relativos ao valor dos fins. Para Hayek, “é justamente isso que eles não são”. Caso a concordância quanto a fins específicos fosse realmente a base dos julgamentos morais, as normas morais, tais como as conhecemos, seriam desnecessárias (Cf. HAYEK, 1985b, p. 24).

As sociedades norteadas pelo princípio da liberdade individual admitem a importância dos erros para o aprimoramento das instituições. Isso porque, os erros podem ser corrigidos automaticamente quando detectados. A preferência de Hayek, consoante já apontado, é pela observância voluntária às convenções e aos costumes inerentes às relações humanas. Para o autor, é recomendável que os indivíduos possam ser capazes de transgredir as normas quando julgarem que, a despeito da reprovação social, ainda assim seja válido transgredir. Além disso, Hayek julga importante que “a força da pressão social e do hábito que garante sua observância seja variável”, uma vez que é “a flexibilidade das normas voluntárias que possibilita a evolução gradual e o desenvolvimento espontâneo no campo da moral”.

Nesse contexto, o vício em tabaco parece estar compreendido na categoria de *transgressão moral* nos ambientes contemporâneos. E, mesmo quando informados sobre os efeitos maléficos do produto à saúde individual, optarem por continuar fumando, não é legítimo que o

Estado oponha sua força contra estes indivíduos na hipótese de inexistência de danos às liberdades dos não fumantes.

Com o propósito de defender moralmente vícios como o do tabaco, o filósofo político Lysander Spooner, numa linha consentânea à filosofia moral de Hayek neste ponto específico, propõe uma clara distinção entre vícios e crimes. Vícios, segundo o autor, definem-se por atos em que o homem prejudica a si mesmo ou a sua propriedade, “são simples erros cometidos por um homem em sua busca pela felicidade” e que “não implicam nenhuma malícia em relação aos outros e nenhuma interferência em suas pessoas ou propriedades”. Nos vícios encontra-se ausente “a própria essência do crime”, que é o *animus* de prejudicar a pessoa ou a propriedade de outrem (Cf. SPOONER, p. 1-2).

Spooner expõe a máxima legal de que “não é possível haver crime sem intento criminoso”; isto é, sem a intenção de invadir a pessoa ou a propriedade de outrem. Segundo defende, as leis devem distinguir claramente os vícios dos crimes, porquanto sem esta separação “não é possível que existam na terra quaisquer direitos, liberdades ou propriedades individuais”. Para o autor, quando o governo declara que um vício é um crime e exerce a punição sobre aquele, como se fosse este, “há uma tentativa de falsear a própria natureza das coisas. É tão absurdo quanto seria uma declaração de que uma verdade é uma mentira, ou de que uma mentira é uma verdade” (SPOONER, p. 2-3).

O autor discorre sobre as opções individuais, e ressalta que o exame sobre o perfil de ações que podem levar um homem à felicidade ou à infelicidade é “o estudo mais profundo e complexo ao qual a mente humana já pode jamais se dedicar”. A análise depende da conclusão de cada homem “desde seus berços até seus túmulos”. A questão da virtude, e do vício, também é uma “questão de quantidade e de grau, e não do caráter intrínseco de qualquer ato único por si mesmo”. Desse modo é praticamente impossível impor uma linha exata e definitiva que separe virtudes de vícios, “isto é, dizer onde acaba a virtude e começa o vício”. Spooner aponta para os estudos de filósofos importantes que não lograram êxito em delimitar, de maneira precisa, a fronteira entre as virtudes e os vícios (Cf. SPOONER, p. 2-3).

Em consequência disso, o filósofo orienta que toda a matéria da virtude e do vício deve ser deixada a critério de cada indivíduo. Àqueles que se arrogam detentores de um conhecimento supremo suficiente a punir os vícios dos outros, Spooner aconselha um autoexame, a fim de voltarem o pensamento sobre si mesmos e, assim, constatarem que possuem bastante trabalho em relação aos seus próprios vícios, de maneira que ao completarem a hercúlea tarefa “não terão disposição

para fazer mais do que deixar que os outros conheçam os resultados de suas experiências e observações” (Cf. SPOONER, p. 5).

Spooner percebe a impraticabilidade de um governo que tome conhecimento dos vícios para puni-los como crimes. Isso porque, todo o ser humano possui inúmeros vícios de ordens bastante diversas “fisiológicos, mentais, emocionais; religiosos, sociais, comerciais, industriais, econômicos etc”. Caso o governo pretendesse punir esta infinidade de vícios, como se crimes fossem, haveria de puni-los todos, sem exceção, já antecipando Spooner que “todos estariam na prisão por seus vícios” (Cf. SPOONER, p. 5).

Para Spooner é uma “lei da natureza” que “para adquirir conhecimento e para incorporar esse conhecimento em sua pessoa, cada indivíduo deve obtê-lo por si próprio”. De acordo com o autor, nem Papas, nem governos e nem os próprios genitores podem dizer ao homem qual é a natureza do fogo. “Ele precisa experimentá-lo, ser queimado pelo fogo, antes que possa conhecer sua natureza” (Cf. SPOONER, p. 6).

Em um trecho muito belo do texto, Spooner fala como psicólogo e adverte que “as tentativas dos pais de tornarem virtuosos seus filhos em geral nada mais são que tentativas de os manter em ignorância dos vícios”. Consoante Spooner é bastante natural esse comportamento dos pais em relação aos filhos que “nada mais são que tentativas de tornar seus filhos felizes mantendo-os na ignorância de tudo o que os torna infelizes”. Mas adverte que “a prática da coerção em questões nas quais as crianças são razoavelmente competentes para julgar por si mesmas é apenas uma tentativa de mantê-las na ignorância” (Cf. SPOONER, p. 6-8).

Segundo o autor “é uma tirania e uma grave violação ao direito das crianças de adquirir conhecimento por si mesmas da forma que desejarem”. Este tipo de coerção, praticada sobre crianças, “é uma negação do direito delas ao desenvolvimento das faculdades que a Natureza lhes concedeu e do direito delas a serem o que a Natureza lhes capacitou para ser” (Cf. SPOONER, p. 6-8).

Para Spooner, essas coerções, ao contrário de tornarem as crianças mais sábias e mais virtuosas acabam por torná-las mais ignorantes e, conseqüentemente, mais fracas e mais viciosas. A coerção assim “perpetua através das crianças, de era para era, a ignorância, as superstições, os vícios e os crimes de seus pais. Isto é provado por toda página da história mundial”. O motivo por que os homens sustentam opiniões contrárias a estas:

São aqueles cujas teologias falsas e viciosas, ou cujas ideias viciosas em geral, os ensinaram que a raça humana é naturalmente inclinada ao mal em vez do bem, ao falso em vez do verdadeiro; que a humanidade não volta naturalmente seus olhos para a luz, que ama a escuridão em vez da luz; que encontra sua felicidade apenas naquelas coisas que levam à sua miséria (SPOONER, p. 9-11).

Àqueles que advogam a tese de que os vícios conduzem a transtornos sociais que devem ser combatidos pelo Estado, Spooner responde:

Mas quando isso ocorrer, em qualquer caso, o transtorno poderá ser suprimido pela punição do proprietário e de seus consumidores, e, se necessário, pelo fechamento do estabelecimento. Mas uma reunião de bebedores não é um transtorno maior que qualquer outra reunião barulhenta. Um bebedor alegre ou jovial não perturba mais a quietude de uma vizinhança que a gritaria de um fanático religioso. Uma reunião de bebedores barulhentos não é um transtorno maior que uma reunião de fanáticos religiosos barulhentos. Ambos são transtornos quando perturbam o descanso, o sono ou a quietude de seus vizinhos. Até mesmo um cachorro latindo, e assim perturbando o sono ou a quietude de uma vizinhança, é um transtorno (SPOONER, p. 12).

Spooner afirma que muitas pessoas têm o hábito de dizer que as bebidas alcoólicas são a maior fonte de crimes; que “elas enchem nossas prisões de criminosos”, e que este é motivo suficiente para proibir sua venda. Para o autor, tal fala pertence a indivíduos “cegos e tolos”. A pretensão dos que advogam a referida tese é afirmar “que uma grande percentagem de todos os crimes que são cometidos entre os homens o são por pessoas cujas paixões criminosas estão excitadas, no momento, pela ingestão de bebidas” (Cf. SPOONER, p. 12-14).

Mencionada ideia é totalmente absurda aos olhos de Spooner, porquanto defende que “os grandes crimes cometidos no mundo são incitados pela avareza e pela ambição”. Consoante adverte: “o maior de todos os crimes são as guerras engendradas pelos governos para saquear, escravizar e destruir a humanidade” (Cf. SPOONER, p. 12-14).

Spooner sustenta que a atitude de se apiedar dos viciosos é superior àquelas que exortam punições, uma vez que “foi a pobreza e a miséria, não a paixão pela bebida ou pelo crime, que os levaram a beber e a cometer seus crimes sob a influência do álcool”. De acordo com Spooner, a acusação de que a bebida “enche nossas prisões de criminosos” é feita apenas por aqueles homens que não são capazes de fazer mais do que chamar um bêbado de criminoso, e que não têm melhores fundamentos para suas acusações do que o vergonhoso fato de “sermos pessoas tão brutais e insensíveis a ponto de condenar pessoas tão fracas e infelizes quanto os alcoólatras, como se eles fossem criminosos” (Cf. SPOONER, p. 15-17).

Somente essas pessoas que têm pouca capacidade ou disposição para esclarecer, incentivar ou auxiliar a humanidade são possuídas pela paixão violenta de governar, comandar e punir. Se, em vez de apenas observarem e darem consentimento e sanção a todas as leis pelas quais o fraco é explorado, oprimido, desencorajado e, então, punido como criminoso, elas voltassem sua atenção para o dever de defender os direitos dele e de melhorar sua condição, de fortalecê-lo e permitir que ele ande com as próprias pernas, suportando as tentações que o rodeiam, elas teriam, penso eu, pouca necessidade de falar sobre leis e prisões para vendedores ou bebedores de rum, ou mesmo para qualquer outra classe de criminosos comuns (Cf. SPOONER, p. 17-18).

De acordo com Spooner “uma resposta diferente e definitiva ao argumento de que o uso de bebidas alcoólicas tende a levar à pobreza é a de que, via de regra, ele coloca o efeito à frente da causa”. Consoante esta fala, o uso de bebidas gera a pobreza, em vez de ser a pobreza a causa do uso de bebidas (Cf. SPOONER, p. 17-18).

A pobreza é a mãe natural de quase toda a ignorância, todo o vício, todo o crime e toda a miséria que há no mundo. Por que é que uma parte tão grande da população trabalhadora da Inglaterra é bêbada e viciada? Certamente não é por que os trabalhadores são de natureza pior que a dos outros homens. É porque a pobreza extrema a que eles estão submetidos os mantém em

ignorância e servidão, destrói suas coragens e respeitos próprios, os sujeita a constantes insultos e injustiças, a amargas e incessantes misérias de todos os tipos, e finalmente os leva a tal desespero que a pequena trégua que a bebida e outros vícios possibilitam é, por ora, um alívio. Essa é a causa principal do alcoolismo e dos outros vícios de que sofrem os trabalhadores da Inglaterra (SPOONER, p. 18-21).

Para o filósofo, tanto o alcoolismo quanto qualquer outro vício possuem o condão de piorar as situações, porquanto a “natureza humana”, ou a “fraqueza da natureza humana”, faz com que a esperança e a coragem desapareçam nos homens por não suportarem certo nível de miséria, daí que cedem facilmente a qualquer coisa que prometa alívio às suas dores “embora ao custo de uma miséria ainda maior no futuro” (Cf. SPOONER, p. 18-21).

Portanto, “pregar moralidade ou temperança para tais infelizes pessoas, em vez de aliviar seus sofrimentos ou melhorar suas condições, é um insulto à condição delas”. Segundo Spooner, o grande problema mundial não são os vícios, mas sim a pobreza (Cf. SPOONER, p. 18-21).

Diante da fundamentação moral conferida ao tema, tentar-se-á conferir bases também jurídicas para a defesa da liberdade de fumar desde a obra de Hayek. Para tanto, o objetivo será compreender a ideia de constitucionalismo neste autor, a fim de cotejar sua perspectiva liberal ao modelo político-jurídico intervencionista brasileiro.

4 A INCOMPATIBILIDADE DE LEGISLAÇÕES RESTRITIVAS AO DIREITO DE FUMAR EM RECINTOS COLETIVOS PRIVADOS FECHADOS E, EM AMBIENTES ABERTOS, NO BRASIL

As restrições ao consumo do tabaco são de duas ordens no Brasil: (i) as relativas à proteção do próprio fumante, para que possa se preservar quanto aos efeitos danosos do produto; e (ii) as relacionadas à proteção da saúde dos não fumantes.

A discussão do tema, na doutrina constitucional brasileira, ocorre na disciplina de *teoria constitucional* pelo viés dos *direitos fundamentais*. A despeito disso, o presente estudo enfocou na compreensão hayekiana de *constitucionalismo* como *limitação de poderes governamentais*, ao contrário de uma possível perspectiva que concebe a Constituição como fundamento da ordem jurídica (soberania do texto político). A pesquisa se propôs a uma crítica externa do modelo constitucional brasileiro, em uma tentativa de conciliação apenas remota com os pressupostos internos do sistema pátrio.

4.1 CONSTITUCIONALISMO: UM VOCÁBULO, MUITOS SENTIDOS

O vocábulo *constitucionalismo* possui incontáveis sentidos. Alguns teóricos o traduzem como “movimento político-jurídico datado historicamente”, que almejou estabelecer governos limitados pelo uso de Constituições escritas. Por sua vez, outros autores defendem que o significado de *Constituição*, e de *constitucionalismo*, deve ser buscado nos princípios básicos deduzidos das instituições político-sociais: “a ideia do governo limitado, submetido ao Direito, o contrário do arbitrário ou despótico” (NETO DUARTE, 2009, p. 19).

Inocência Mártires Coelho afirma que noções, por mais elementares que sejam, sobre o conceito e o objeto de *Constituição*, estarão condicionadas até certo ponto “pelo que desde logo – a partir de uma posição, de uma visão e de uma concepção prévias – nós acharmos que é ou deve ser, e o que contém ou deve conter toda Constituição” (Cf. COELHO, 2000, p. 25).

Nesse contexto, é premente decidir se a Constituição deve ser pensada apenas como uma lei do Estado, e só do Estado, ou se também pode possuir o estatuto jurídico de fenômeno político, “um plano normativo global, não apenas do Estado, mas também de toda a sociedade”. A resposta à indagação quanto à natureza e à função de uma

lei constitucional é do escopo do debate “teorético-jurídico e teorético político travado no âmbito da Teoria da Constituição, que é precisamente onde se inicia toda a compreensão constitucional” (Cf. COELHO, 2000, p. 26-27).

As mais diversas concepções quanto ao significado de *Constituição* possibilitam as mais variadas noções de *constitucionalismo* (constitucionalismo liberal, de bem-estar social, dentro outros). Além disso, o conceito também é determinado por instituições, doutrinas e pensamentos de épocas distintas e de nações diferentes, “o que acertadamente exige que se fale em *constitucionalismos* e não *constitucionalismo* no singular”. Este quadro fático revela a existência de “um Constitucionalismo da Antiguidade, outro da Idade Média, um terceiro da Idade Moderna e das Revoluções Liberais, e uma das reivindicações sociais e do Pós-Guerra” (Cf. NETO DUARTE, 2009, p. 19-20).

O denominador comum desta gama de significados é a *limitação do poder político*. Ainda que formado por um corpo de doutrina, o *constitucionalismo* não se assemelha com a *teoria constitucional*. Ambos se inserem na ampla rubrica relativa ao pensamento constitucional, mas possuem enfoques diferentes porque são conceitos distintos. A teoria da constituição, em regra geral, surgiu nas primeiras décadas do século XX, como indagação sistemática de problemas bem definidos de natureza constitucional.

A análise do famoso ensaio *Constitucionalismo antigo e moderno*, de Charles Howard Mc Ilwain, possibilitou que Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirmasse “não se reduzir o constitucionalismo ao projeto de implantação de Constituições escritas em todo o mundo desde o século XVIII” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 11).

Ferreira Filho informa sobre a existência de um *constitucionalismo antigo* que teria sido substituído, no século das luzes, por um *constitucionalismo moderno*. A fonte de inspiração da maior parte dos institutos do constitucionalismo moderno repousa nas experiências e lições da Antiguidade, sobretudo extraídas do pensamento filosófico, ou das instituições da democracia ateniense ou da república romana.³³ A elas, acrescentam-se outras vindas do ideário e

³³ Manoel Gonçalves Ferreira Filha enumera as principais contribuições para o ideário do constitucionalismo moderno: “1) a conveniência do governo das leis; 2) a existência de direitos suprapositivos; 3) a origem popular do Poder; 4) os freios e contrapesos decorrentes da divisão do Poder; 5) a necessidade

das práticas medievais, precipuamente da Inglaterra com a Magna Carta de 1215, além de algumas doutrinas políticas dos séculos XVI, XVII e XVIII (Cf. FERREIRA FILHO, 2012, p. 11).

Para a doutrina clássica, *Constituição* correspondia a *organização política*. Entretanto, desde o final da Primeira Guerra Mundial predomina a interpretação quanto à influência da ordem social, principalmente econômica, sobre a ordem política. Estas características marcam um novo tipo de Estado: o de bem-estar social.

Pierre Rosanvallon informa que esta transformação foi “consequência natural” do Estado absolutista, ou *Estado-protetor*. Informa que as tarefas inaugurais do Estado absolutista eram a produção da segurança, e a redução da incerteza, “que podem ser dimensionadas pelos direitos à vida, integridade física e propriedade”. A ascensão do movimento democrático demandou novas tarefas pelo Estado, e a incerteza da providência religiosa foi substituída pela “certeza da providência estatal, agora elevada a dever constitucional do Estado” (Cf. ROSANVALLON, 1997, p. 18-22).

Os dois mais conhecidos documentos constitucionais que marcaram a consagração de direitos sociais, no século XX, foram a Constituição do México, de 1917, e a Constituição Alemã, de 1919. O texto mexicano é reconhecido por ter albergado, pela primeira vez, a previsão de limitações às relações trabalhistas com o propósito de proteção à saúde dos empregados. Já a Constituição Alemã, conhecida como Constituição de Weimar, estabeleceu a vinculação da vida econômica aos princípios da justiça, e da dignidade da pessoa humana, e determinou a proteção à saúde dos assalariados por meio de um sistema de seguros (Cf. MÂNICA, 2009, p. 40-42).

Nesse rumo, a Constituição portuguesa de 1976 não abordou os campos econômico e social como meramente suplementares, mas se lançou ao projeto de estabelecer uma “Constituição política, econômica e social” por inspiração do ideário marxista. “Fácil é vê-lo, pois o texto de 1976 é explícito ao registrar o propósito de transformar Portugal numa sociedade sem classes (artigo 1º) e ao falar em ‘transição para o socialismo’ (artigo 2º)” (Cf. FERREIRA FILHO, 2012, p. 38).

O Brasil se espelhou na Constituição de Weimar na confecção da Carta Política de 1934, a primeira a prever uma “ordem econômica e social”, como fizeram também os documentos posteriores de 1937, 1946 e 1967. E a Constituição Federal de 1988 possui nítida inspiração na

das assembleias representativas; e 6) a própria noção de supremacia da Constituição” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 13).

Carta marxista portuguesa, porquanto no Título VII – Da organização econômica e financeira dispõe sobre a edição de uma “verdadeira Constituição econômica”, e no Título VIII – Da ordem social, enuncia normas sobre pontos fundamentais da organização social, como família, educação, cultura etc., ou seja, “as bases para a organização social” (Cf. FERREIRA FILHO, 2012, p. 38-39).

Este brevíssimo panorama a respeito de alguns dos textos constitucionais contemporâneos, responsáveis por influenciar o brasileiro, revela o quão distante do modelo liberal hayekiano se encontra o documento supremo do país, porquanto extrapola os aspectos políticos rumo a toda espécie de dirigismo e de intervencionismo, a exemplo da ideologia relativa à *economia social de mercado*.

Quanto à classificação no âmbito da teoria constitucional brasileira, as Constituições se agrupam em *materiais* ou *formais*. A *Constituição material* é o conjunto de regras jurídicas que aborda matéria constitucional, e referidas regras podem constar do texto constitucional ou mesmo estar fora dele. Por sua vez, uma *Constituição formal* se refere a um conjunto de regras jurídicas que tem a forma de regra constitucional e diga, ou não, respeito à matéria constitucional (Constituição escrita).

As Constituições podem ser não escritas/costumeiras ou escritas naquilo que diz respeito à *forma*. As regras que embasam uma Constituição não escrita são: usos/costumes, precedentes jurisprudenciais e textos escritos esparsos (atos do Parlamento). Nas Cartas não escritas, os textos escritos não são as únicas fontes constitucionais, mas apenas uma parte delas. Existem textos escritos nestas Constituições, no entanto a maioria das fontes são usos e costumes. Estes escritos não são consolidados e pode existir, entre eles, um período de até 400 anos. O melhor exemplo de Constituição não escrita é a do Reino Unido.³⁴

³⁴ Sobre o constitucionalismo no Reino Unido, explana Luis Roberto Barroso: “Na quadra atual, início do século XXI, a estrutura de poder no Reino Unido funda-se em três grandes instituições: o Parlamento, a Coroa e o Governo. A supremacia do Parlamento é o princípio constitucional maior, e não a supremacia da Constituição, como ocorre nos países que admitem o controle de constitucionalidade dos atos legislativos. Na típica equação de poder dos sistemas parlamentares, o Parlamento tem competência para indicar e destituir o Primeiro-Ministro, que, por sua vez, pode dissolver o Parlamento e convocar eleições. Além disso, o Poder Judiciário, cujo órgão de cúpula é formalmente inserido na Câmara dos Lordes (*Lords of Appeal in Ordinary* ou *Law Lords*), é dotado de independência e garantias. A organização judicial,

As Constituições escritas são compostas por um conjunto de regras codificadas, e sistematizadas em um único documento, e podem ser sintéticas (concisas, com regras exclusivamente de matéria constitucional, a exemplo da dos EUA), ou analíticas (documento extenso com regras formalmente constitucionais). E a Constituição brasileira é o melhor exemplo de texto analítico.

No tocante à estabilidade, as Constituições podem ser rígidas, flexíveis ou semirrígidas. Os textos rígidos dependem de um processo especial para sofrerem modificações, a exemplo do brasileiro. Já a Carta Política flexível pode ser modificada por procedimento comum. A parte escrita das Constituições costumeiras é um exemplo de Constituição flexível. Por sua vez, as semirrígidas necessitam de um procedimento especial, e a modificação das regras formalmente constitucionais pode ser feita por procedimento comum.

Na tese de doutorado *Rigidez e estabilidade constitucional*, José Duarte Neto informa que “as Constituições rígidas, a exemplo da brasileira, são criações do Constitucionalismo Moderno”, porquanto a Antiguidade não as teria conhecido. Referidos documentos surgiram sob

todavia, sofreu profundas transformações, vigentes a partir de 2008, que serão objeto de referência logo adiante. A Constituição inglesa, portanto, é produto de longo desenvolvimento histórico, tendo lastro nas (i) convenções e nas (ii) leis constitucionais. As convenções são práticas consolidadas ao longo dos séculos no exercício do poder político, incluindo sua organização e a repartição de competências. Os papéis desempenhados pelo Primeiro-Ministro, pelo Gabinete e pelo Monarca, por exemplo, são fruto de convenções. Já as leis constitucionais são atos do Parlamento e têm natureza constitucional não em razão da forma de votação, mas do seu conteúdo, por lidarem com matérias afetas ao poder político e aos direitos fundamentais. Já se fez menção às mais conhecidas delas - a *Magna Charta*, a Petição de Direitos e a Declaração de Direitos. Nas últimas duas décadas intensificou-se a produção legislativa do Parlamento, em um progressivo processo de transformação do direito constitucional inglês em direito legislado. Precisamente por não se materializar em um texto escrito, a Constituição inglesa tem natureza *flexível*, podendo ser modificada por ato do Parlamento. Tal flexibilidade decorre, como já registrado, do princípio da supremacia parlamentar, conceito-base da denominada democracia de Westminster. A doutrina da supremacia, desenvolvida analiticamente em obra de A. V. Dicey, no final do século XIX, apresenta uma dimensão positiva - o Parlamento pode criar e revogar qualquer lei - e outra negativa - nenhuma lei votada pelo Parlamento pode ser afastada ou invalidada por outro órgão. Vale dizer: não há uma lei superior à vontade do Parlamento e, conseqüentemente, não existe controle de constitucionalidade” (BARROSO, 2009, p. 12-13).

o ideário do Iluminismo, durante as revoluções liberais, com o discernimento de que a organização política estava ao alcance e sujeita à *razão*. O estabelecimento deste perfil de texto ocorreu como “solução formal para conferir estabilidade e permanência às normas fundamentais” (Cf. DUARTE NETO, 2009, p. 15).

Duarte Neto afirma que referidos documentos ainda hoje ocupam a mesma função no ideário coletivo, ou seja, “o mito de que são mais estáveis por gozarem de um procedimento solene de alteração, instituído em respeito a um momento originário fundador”. De qualquer maneira, estabilidade não é sinônimo de rigidez (Cf. DUARTE NETO, 2009, p. 15). Na obra *O Idealismo da Constituição*, Oliveira Viana aponta:

O que realmente caracteriza e denuncia a presença do idealismo utópico num sistema constitucional é a disparidade que há entre a grandeza e a impressionante eurtmia de sua estrutura e a insignificância do seu reconhecimento efetivo – e isto quando não se verifica a sua esterilidade completa (OLIVEIRA VIANA, 1939, p. 10).

Ferreira Filho argumenta que a disparidade é produto do descompasso entre o constitucionalizado e o possível, num dado momento, para um determinado povo. Significa a consagração “de fórmulas abstratamente ideais”, sem levar em conta o povo que deve vivenciá-las e os fatores condicionantes de sua cultura. Estas fórmulas abstratas produzem uma ineficácia por idealismo (Cf. FERREIRA FILHO, 2004, p. 98).

Portanto, as Constituições se classificam em rígidas ou flexíveis, independentemente de serem estáveis ou instáveis. Muito embora em uma Constituição a rigidez seja técnica jurídica para consecução da estabilidade, nem sempre lhe assegura. Quando conjugado o conceito de estabilidade com o de Constituição, conforme a concepção que se tenha desta última, obtêm-se também combinações de ordens diferentes. Tradicionalmente, são utilizadas três acepções frequentes e distintas: formal, material e institucional (Cf. DUARTE NETO, 2009, p. 18).³⁵

³⁵ “A Constituição formal, identificada com um texto escrito, diferencia-se das demais leis por sua alteração e reforma dificultada. Consiste, na verdade, na totalidade dos preceitos jurídicos existentes em um determinado texto sistematizado. Compreende-se aquilo que se chamou até agora por Constituição Rígida, que é um instrumento de consecução de estabilidade normativa. A estabilidade da Constituição formal existe centrada em si,

4.1.1 O constitucionalismo de Hayek

Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera que a concepção contemporânea de *constitucionalismo* como *limitação do Poder* se encaminha rumo a três direções. Na primeira existe o reconhecimento de um Direito ou de direitos superiores ao Estado. Já a segunda concepção compreende a Constituição como fundamento da ordem jurídica (supremacia do texto) e, por sua vez, na terceira direção há o entendimento de que o Poder deve se sujeitar ao direito positivado em conformidade à Constituição e aos direitos dela derivados (Cf. FERREIRA FILHO, 2012, p. 89).

Hayek não endossa o movimento da teoria constitucional contemporânea que compreende a Constituição como *fundamento da ordem jurídica, a mais elevada espécie de lei*, ou regras a que são atribuídas uma dignidade especial. Para o autor, entre as normas que comumente se nominam *leis*, mas que são normas de organização, e não de *conduta justa*, estão em primeiro lugar todas aquelas relativas à distribuição e à limitação dos poderes governamentais compreendidas no direito constitucional.

Na perspectiva hayekiana as normas de direito constitucional devem ser concebidas somente como “uma superestrutura erigida para garantir que o Direito seja mantido, um aparato meramente formal e não a origem de todos os outros direitos, como geralmente se pretende” (Cf. HAYEK, 1985a, p. 157).

enquanto dificuldade formal de transformação das regras constitucionais. Em um sentido material, enquanto conjunto de preceitos jurídicos — quer estejam ou não em um texto submetido a requisitos especiais de modificação — cujo objeto é a organização do Estado, de seus poderes, de seus órgãos e também da relação entre: Estado e órgãos, órgãos entre si, Estado e destinatário das normas constitucionais. Em relação a essa acepção, a estabilidade toma características próprias, porque está em discussão a permanência ou não de uma dada forma de organizar as relações entre Estado, entre esse e seus órgãos, entre órgãos estatais e cidadãos. Por fim, útil investigar a estabilidade na acepção institucional: a idéia de Constituição enquanto instituição, estrutura e organização material dos diversos elementos de uma sociedade política. Mesmo que hoje não seja muito utilizada, é especialmente antiga, pois na verdade é a concepção aristotélica sobre as formas de governo nas politéias. Tendo por concepção a organização institucional propriamente dita, será possível analisar sua permanência ou não no decorrer de uma experiência histórico- constitucional de uma respectiva nação ou povo” (NETO DUARTE, 2009, p. 18).

A sagacidade de Hayek em intuir a importância de limitação ao princípio do contrato é a marca de seu liberalismo. Isso porque, para ele é bastante claro que “após a conquista do monopólio o governo se converte na principal ameaça à liberdade individual”. Portanto, a pretensão mais elementar dos fundadores do governo constitucional nos séculos XVII e XVIII era justamente refletir sobre os limites ao poder de governar. Apesar disso, o referido empenho foi abandonado quando se passou a acreditar na “falsa ideia de que o controle democrático do exercício do poder constituiria uma salvaguarda suficiente contra seu crescimento excessivo” (Cf. HAYEK, 1985c, p. 133).

A Constituição formal, em Hayek, nada mais é do que uma “superestrutura erigida sobre um sistema jurídico preexistente, para organizar a aplicação do mesmo”, ao contrário da teologia política contemporânea que a infere como soberana tanto material quanto formalmente, a despeito de seu real conteúdo (Cf. HAYEK, p. 157-158).

Hayek culpa o declínio do império da lei, no ambiente contemporâneo, pela *superstição construtivista-positivista* de que é necessário um poder supremo único e ilimitado de que derivam todos os outros poderes. Por sua vez, endossa a afirmação de que “o direito público passa, mas o direito privado permanece”. Inclusive quando, em decorrência da revolução ou conquista, toda a estrutura governamental se modifica, “a maior parte das normas de conduta justa, o direito civil e o penal, permanecerá em vigor”, mesmo nos casos em que o desejo de modificar algumas delas possa ter sido a principal causa da revolução. “Isso ocorre porque só satisfazendo expectativas gerais pode um novo governo obter a fidelidade de seus súditos e, assim, torna-se legítimo” (Cf. HAYEK, p. 157-158).

As Constituições determinam o poder dos diferentes órgãos governamentais, bem como limitam o poder dos corpos legislativos. Para tanto, os textos normativos definem as propriedades formais que uma lei deve possuir para ser válida. Consoante Hayek, “tal definição das normas de conduta justa não seria em si uma norma de conduta justa”. Hayek se remete ao conceito oferecido por Hart quanto às “normas de identificação”, aquelas que permitem aos tribunais verificarem se determinadas normas possuem ou não essas propriedades; “mas não seriam elas mesmas uma norma de conduta justa”. Além disso, estas normas de identificação não poderiam conferir validade ao direito preexistente; apenas poderiam fornecer uma orientação para o juiz, mas, “como todas as tentativas de formular concepções subjacentes a um sistema de normas existente, poderia revelar-se inadequada”, e o

juiz talvez ainda tivesse de ir além do significado literal das palavras empregadas (Cf. HAYEK, p. 158).

Segundo Hayek, mais do que em qualquer outra área do direito público, é muito grande a resistência dos teóricos em considerar que o direito constitucional não possuiria necessariamente os atributos das normas de conduta justa somente por que possuem a especificação *constitucional*. Para o autor, a maioria dos estudiosos da matéria “parece julgar simplesmente abusivo e indigno de consideração” o argumento de que “o direito constitucional não é direito no mesmo sentido em que assim chamamos o conjunto de normas de conduta justa” (Cf. HAYEK, p. 158).

Esta constatação de Hayek, quanto à ausência dos atributos de *norma de conduta justa* à grande parte das normas constitucionais, foi evidenciada em alguns elementos da Constituição intervencionista em vigor no Brasil.

4.2 FRAGMENTOS DE LIBERDADE NA CARTA POLÍTICA INTERVENCIONISTA DO BRASIL

Roberto Campos promoveu severas críticas à Assembleia Constituinte brasileira de 1986. Qualificou o movimento como a vitória do “nacional obscurantismo”. Arnaldo Godoy argumenta que Campos teria profetizado que “a cultura antiempresarial de que se impregnou a Constituição em breve fará o Brasil o país ideal onde não investir”. De fato, o intervencionismo, fruto do patrimonialismo e do cartorialismo que predominam na cultura brasileira, faz com que no ano de 2016 a profecia de Campos se materialize com perfeição (Cf. GODOY, 2012).

A Constituição de Portugal, a que Campos se refere, foi promulgada dois anos após a revolução socialista, de 25 de abril de 1974, e impôs a um grupo de jovens juristas e intelectuais o desafio de conferir ao texto conformação e legitimidade jurídica. Um desses juristas era José Joaquim Gomes Canotilho, que se consagrou com a obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, texto que mais repercutiu sobre a teoria constitucional brasileira.³⁶

³⁶ Gomes Canotilho, no prefácio da segunda edição de sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, consignou sua relativa mudança de opinião em relação às ideias constantes da obra. Em linhas gerais, o que sustentou o autor foi um deslocamento da Constituição como agente central na condução e concretização das tarefas assumidas pelo Estado; com isso, deixa-se de assumir um modelo estatizante único para oferecer a possibilidade

A Carta Política brasileira, a exemplo da portuguesa, possui o caráter técnico de uma “Constituição-dirigente” ou “Constituição plano”, “para usar uma expressão correspondente à ideia de uma Constituição diretora da atuação governamental, sem, todavia, a conotação marxiente”. Consoante afirma Ubiratan Borges de Macedo, este caráter de plano acarreta as numerosas normas programáticas da Constituição em vigor (Cf. MACEDO, 1995, p. 136). Ferreira Filho, ao contrário, defende que o texto brasileiro não é dirigente, mas sim “garantia” (Cf. FERREIRA FILHO, 2012, p. 39).

Roberto Campos enfatiza que a anacrônica Carta Política recém-promulgada colocava o Brasil na contramão do processo de abertura mundial, inspirado pelo *neoliberalismo* que o mundo então vivia. Economistas como Hayek, consoante se viu, pretenderam revitalizar os princípios do liberalismo frente ao agigantamento dos Estados de bem-estar sociais no século passado (do mesmo modo que liberais como Smith se opuseram ao mercantilismo de seu tempo). O excesso de regulamentação, e o velho apego ao Estado de bem-estar social nos alijariam, conforme Campos, da “distribuição das benesses que esse ambiente de globalização estaria prestes a nos proporcionar” (Cf. GODOY, 2012).

Na época da Constituinte, Roberto Campos mencionou as Constituições inglesa, americana e japonesa como exemplos de Constituições duradouras. Campos defendia para o Brasil uma constituição sintética, limitada a princípios gerais de organização do Estado e de seus poderes, e às garantias das liberdades individuais. Para o autor, as Constituições de preceitos, a exemplo da brasileira, chamadas também de instrumentos, tendem a refletir a configuração partidária do momento e participam da instabilidade das opções vitoriosas em determinados tempos históricos (Cf. REIS, 2011, p. 60).

de novos modelos de autodireção social. Isso consta expressamente nas páginas X e XIII da obra em referência. Além disso, Canotilho criticou a hipertrofia de imposições estatais decorrentes de momentos históricos de ruptura, com alta carga ideológica, bem como a consagração constitucional específica de tarefas, como, em seu exemplo, a gratuidade de todos os graus de ensino. Sustentou o autor lusitano expressamente que: “Uma Constituição deve estabelecer os fundamentos adequados a uma teoria da justiça, definindo as estruturas básicas da sociedade sem se comprometer com situações particulares” e concluiu: “[...] dir-se-ia que a Constituição Dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias” (CANOTILHO, 2001, p. XXI-XXIX).

A título de ilustração quanto aos problemas desde o início detectados por Campos na Assembleia Constituinte, José Osvaldo de Meira Penna aponta para as incoerências da Carta Política brasileira, que no artigo 170 enuncia:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I — na liberdade de iniciativa [...] (BRASIL, 1988).

Afirma a Carta Magna, no artigo 173, parágrafo 4º: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Dispõe, ainda, no artigo 173 que: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. E o artigo 174 pontua de *modo triunfal*: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (Cf. MEIRA PENNA, 1988, p. 169-170).

Consoante Meira Penna, nenhum legislador, nos últimos 20 ou 30 anos, preocupou-se com estes dispositivos, uma vez que 60% ou 70% da economia do país se submetem ao controle direto do Estado. E questiona:

Cabe então ao Estado possuir fábrica de tecidos? Um banco falido? Uma companhia de ônibus? A indústria de cinema nacional? Cabe ao Estado, como ocorre, abusar do poder econômico, controlar preços e salários, impor monopólios, eliminar a concorrência, aumentar arbitrariamente seus lucros? (MEIRA PENNA, 1988, p. 169-170).

A denúncia sistemática ao capitalismo ocorre, sobretudo, pela *concentração de renda*, mas segundo Meira Penna esta concentração se materializa com perfeição no Brasil, pelas mãos de um Estado patrimonial, que o autor nomina *Dinossauro* de uma “economia social-

estatizada”.³⁷ Meira Penna sustenta que a maioria dos integrantes da Constituinte era composta de “ideólogos reacionários, obstinados, míopes, empenhados em manter o poder do Estado patrimonialista, empreguista e clientelista” (MEIRA PENNA, 1988, p. 169-170).

Luis Roberto Barroso pontua a “triste verdade”, a respeito do fato de o Brasil nunca ter se libertado da herança patrimonialista portuguesa, uma vez que por séculos a fio se coloca numa esfera de má definição entre público e privado. Sustenta, nesse cenário, “a atávica apropriação do Estado e do espaço público pelo interesse privado dos segmentos sociais dominantes” (Cf. BARROSO, 2009, p. 67).

Autores como Hayek e Mises empenharam-se em revitalizar os princípios liberais, sobretudo, para pontuar a premência de um Estado limitado, o Estado *vigia noturno*, uma opção pelo minimalismo jurídico em benefício das forças espontâneas sociais e econômicas. Não obstante, os críticos sempre ridicularizaram esta espécie de liberalismo. Nas palavras de Mises:

O socialista alemão Ferdinand Lassalle tentou ridicularizar o conceito de um governo exclusivamente limitado a esta esfera, ao chamar o Estado, constituído, com bases nos princípios liberais, de “o Estado vigia-noturno”. Mas é difícil divisar a razão pela qual “o Estado vigia-noturno” devesse ser mais ridículo ou pior do que o Estado que se preocupa com a preparação do chucrute, com a fabricação de botões para calças ou com a

³⁷ Raymundo Faoro, na obra *Os donos do poder*, aponta para a estrutura do Estado brasileiro como *patrimonial-estamental*. Fábio Konder Comparato sustenta que: “Para Raymundo Faoro, a sociedade brasileira – tal como a portuguesa, de resto – foi tradicionalmente moldada por um estamento patrimonialista, formado, primeiro, pelos altos funcionários da Coroa, e depois pelo grupo funcional que sempre cercou o Chefe de Estado, no período republicano. Ao contrário do que se disse erroneamente em crítica a essa interpretação, o estamento funcional governante, posto em evidência por Faoro, nunca correspondeu àquela burocracia moderna, organizada em carreira administrativa, e cujos integrantes agem segundo padrões bem assentados de legalidade e racionalidade. Não se trata, pois, daquele estamento de funcionários públicos encontrável nas situações de ‘poderio legal com quadro administrativo burocrático’ da classificação weberiana, mas de um grupo estamental correspondente ao tipo tradicional de dominação política, em que o poder não é uma função pública, mas sim objeto de apropriação privada” (COMPARATO, 2003).

publicação de jornais. Para compreender o efeito que Lassalle buscava criar com esse dito espiritualoso, é preciso ter em mente que os alemães de sua época não haviam ainda esquecido o Estado dos déspotas monárquicos, com sua vasta multiplicidade de funções administrativas e regulatórias, e que continuavam ainda sob forte influência da filosofia de Hegel, que elevava o Estado à posição de entidade divina. Se se considera o Estado, assim como Hegel, como “a substância moral autoconsciente”, como o “universo em si e por si, a racionalidade da vontade”, então, sem dúvida, deve-se considerar blasfema qualquer tentativa de limitar a função do Estado de atuar como um vigia-noturno (MISES, 2010, p. 65-66)

A crítica de Lassalle somente faria sentido, conforme Mises, caso houvesse uma oposição do liberalismo a toda atividade governamental na esfera econômica, que fosse além da proteção da propriedade, uma aversão contra qualquer atividade por parte do Estado. Mises nega, de modo veemente, que o liberalismo que professa contenha estes elementos. Segundo defende, a razão por que o liberalismo se opõe à maior extensão da esfera de ação do governo é, precisamente, porque isso significaria, com efeito, a abolição da propriedade privada dos meios de produção, que é o princípio mais apropriado à organização do homem em sociedade.

Mises sustenta que só assim consegue compreender aqueles que condenam o liberalismo pela “hostilidade”, ou “inimizade” ao Estado. Para o autor, é apenas desaconselhável atribuir ao governo a tarefa de operar ferrovias, hotéis ou minas. Em razão disso, não seria mais “inimigo” do Estado do que “inimigo do ácido sulfúrico”, por ser da opinião de que, “embora útil em muitas finalidades, o ácido sulfúrico não se presta para beber, nem para lavar as mãos” (Cf. MISES, 2010, p. 65-66).

4.2.1 Breves apontamentos sobre o debate dos direitos fundamentais

Com efeito, um dos teóricos mais expressivos da teoria constitucional contemporânea, Robert Alexy, conceitua os direitos fundamentais como “direitos do homem transformados em direito

positivo” (Cf. ALEXY, 1999, p. 73).³⁸ A partir disso, encontram-se enumerados no Título II, nominado *Direitos e Garantias Fundamentais*, bem como aqueles a que se refere a norma do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal, ao estabelecer “cláusulas pétreas” não sujeitas à deliberação de reforma constitucional.³⁹

Carl Schmitt estabelece critérios de ordem material, e estrutural, para além dos critérios meramente formais, conforme especifica Alexy. Para Schmitt, seriam direitos fundamentais aqueles vinculados às bases do Estado liberal (critério material), e com estrutura idêntica a dos direitos individuais de liberdade (critério estrutural) (Cf. ALEXY, 1997, p. 63).

Alexy, ao examinar a Constituição alemã, critica os parâmetros materiais e estruturais de Schmitt, uma vez que estes estabeleciam um vínculo entre os direitos fundamentais e a concepção de Estado liberal, e enclausuravam o conceito de direito fundamental nas normas de direito de liberdade concernentes ao Estado liberal. A partir destas críticas, Alexy erigiu um critério formal de identificação dos direitos fundamentais: “seriam direitos fundamentais aqueles previstos expressamente na Constituição como tais” (Cf. OLSEN, 2006, p. 18-19).

Por sua vez, Ingo Sarlet observa que o critério formal, apesar de relevante, não permite uma identificação completa dos direitos fundamentais na Constituição Federal. E isso se deve, especialmente, ao fato de que o próprio texto previu direitos fundamentais fora do catálogo do Título II, a exemplo de direitos dispersos no texto constitucional (como os direitos fundamentais sociais previstos no título *Da Ordem Social*), e de direitos decorrentes dos princípios e do regime

³⁸ Alexy faz referência à expressão “direitos do homem”, como equivalente a “direitos morais”. Ao que tudo indica, Alexy faz remissão aos direitos concebidos sob a ótica jusnaturalista, anteriores ao Estado, e dignos do homem em virtude de sua condição humana.

³⁹ Artigo 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...];

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (BRASIL, 1988).

constitucional, e de direitos oriundos de tratados internacionais (Cf. SARLET, 2005, p. 87-89).

Ana Carolina Lopes Olsen enumera autores que entendem a existência de direitos apenas “formalmente fundamentais”. Cita Vieira de Andrade na doutrina portuguesa, e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, na doutrina pátria. Segundo os respectivos doutrinadores: “determinados direitos, apesar de inseridos no catálogo de direitos fundamentais, não corresponderiam a direitos materialmente fundamentais”, uma vez que representam apenas normas de cunho organizatório. Referidos direitos, uma vez que não diretamente conectados ao princípio da dignidade da pessoa humana, ou com os princípios fundamentais da Constituição (critérios eminentemente materiais) – seriam fundamentais tão somente no sentido formal. Vieira de Andrade compreende que apenas os direitos individuais de liberdade são direitos fundamentais em sentido formal e material (Cf. OLSEN, 2006, p. 21).

Consoante já se esclareceu, Hayek não enfrentou a temática dos *direitos fundamentais* nos moldes da teoria constitucional contemporânea. Para Hayek, o ideal político da *grande sociedade* deve ser a liberdade, também como metaprincípio a desvelar o Direito. O governo deve se respaldar nas leis *descobertas* pela maioria desde a compreensão do que seriam *leis* em relação a *kosmos*, e não simplesmente o governo da maioria com amparo em *legislação*. Portanto, parece que a teoria do direito, na obra de Hayek, também concebe a liberdade como o único direito fundamental no sentido formal e material.

A oposição de Hayek à crença quase metafísica no ideal de *justiça social* faz com que ataque pseudodireitos, ou direitos baseados em ideais redistributivistas. O autor considera atroz a concepção de que grupos específicos possam se valer da força para determinar as posições materiais dos mais diferentes indivíduos em uma sociedade. Hayek adverte que a luta por justiça social também amparou os direitos humanos econômicos e sociais contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Consoante defende, a Declaração promove um *jogo retórico irresponsável* em relação ao conceito de Direito, e assume a terrível consequência de destruí-lo em um movimento que seria cômico se não fosse trágico pelas ilusões que o acompanha.

A despeito disso, a teoria constitucional brasileira compreende que prestações positivas, a exemplo da saúde, são direitos que se encontram no mesmo patamar que valores negativos como a paz, a justiça, a liberdade e a democracia. Esta é a razão porque é usual a

defesa pelo proibicionismo no âmbito do tabaco com base no *direito à saúde*.

Caso a perspectiva de *constitucionalismo* adotada neste estudo fosse a vertente que compreende a Constituição formal e material como fundamento da ordem jurídica, seria imprescindível perscrutar a discussão teórica convencional para investigar eventuais inconstitucionalidades com base na hermenêutica dos direitos fundamentais.

Não obstante, o sentido que Hayek atribui ao termo *constitucionalismo* é quase que incompatível à intuição majoritária sobre o tema. Daí porque o parâmetro para aferir eventuais incompatibilidades normativas deve ser o direito supraconstitucional de liberdade e não a Constituição.

Importante pontuar que a doutrina constitucional brasileira elenca duas “principais ferramentas dogmáticas que permitem decidir em casos de colisão entre direitos fundamentais”. A primeira é a interpretação sistemática da Constituição, ao se levar em consideração todas as disposições relacionadas ao caso concreto com a identificação dos parâmetros que o Constituinte mesmo estabeleceu para a solução do problema. Segunda, o critério da proporcionalidade, que mostra se determinada limitação é lícita, adequada e necessária para permitir o exercício de outro direito fundamental ou se é injustificada e, portanto, inconstitucional (Cf. DIMOULIS, 2012, p. 149-150).

Não obstante, como a direção deste estudo vai de encontro à ideia de *constitucionalismo* como *soberania da Constituição*, também deixará de analisar a doutrina especializada sobre discussões em casos de colisão entre direitos fundamentais. Na hermenêutica hayekiana, consoante já se afirmou, a compatibilidade dos preceitos normativos decorre da aferição ao parâmetro da liberdade individual como princípio para a ação política.

4.3 ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS AO IMPÉRIO DA LEI NO BRASIL

Diante do que já se expôs no segundo capítulo, a reivindicação de um Estado submetido ao Direito, e que atuasse pelo Direito, foi generalizada nas revoluções liberais. No artigo 30 da Declaração dos Direitos adotada pelo Estado de Massachusetts, em 1779, encontra-se a essência do Estado de Direito: “governo das leis e não dos homens” (Cf. FERREIRA FILHO, 2012, p. 185). A fórmula consagra os dois principais valores de um ordenamento: a justiça e a segurança. A justiça

repousa na aspiração de lei como norma de conduta justa estribada no ideal de liberdade, ao contrário de comandos advindos da razão iluminista, da natureza, da divindade ou da vontade do legislador. E a segurança se manifesta na proibição ao arbítrio, e na sujeição de governantes e governados a regras de conduta justa.

Não obstante, o ideal foi sufocado pelos Estados totalitários e pela ascensão do *Welfare State*. O paradigma que identificava o Direito com a vontade do legislador ganhou protagonismo, “momento em que o Estado de Direito se esvazia num Estado legal que procede pelo Direito que edita, sem ser necessariamente limitado por ele” (Cf. FERREIRA FILHO, 2012, p. 187).

A designação *Estado democrático de direito* consta do artigo 1º da CRFB/88. Ferreira Filho registra que a expressão foi cunhada pelo jurista espanhol Elias Diaz com um sentido preciso: “o de um Estado de transição para o socialismo”. Diaz insiste na ideologia de que o fundamento deste Estado é dado pelo socialismo. A expressão foi proposta na Constituinte com este mesmo prisma socializante, mas perdeu seu teor original. Contudo, ainda subsiste a perspectiva de um “Estado de Direito democrático com conteúdo social” (Cf. FERREIRA FILHO, 2012, p. 187). Este sentido vai ao encontro da constatação formulada por Hayek a respeito do significado que o termo *democrático* assumiu no século passado, como sinônimo de igualdade de resultados propiciada pela justiça social.

4.3.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade (artigo 5º, II, da CRFB/88) prescreve que os indivíduos são livres para fazerem tudo, exceto o que a lei os proíbe. Importante acentuar a defesa de Hayek por um conteúdo moral ao princípio da legalidade. Na hipótese, não bastaria que as normas sejam emitidas por autoridade legítima para restringir as condutas individuais (critério da validade). Para Hayek mostra-se imprescindível que as normas sejam desveladas desde a moralidade da liberdade.

A despeito da interpretação recorrente de que leis promulgadas pela maioria estariam amparadas pelo princípio da legalidade, Hayek insiste na hipótese de que os métodos do regime democrático são bastante pródigos em comprometer as liberdades individuais. Consoante defende, uma sociedade politicamente democrática não é necessariamente livre, porquanto *lei difere de legislação* elaborada pela maioria. Mesmo nos espaços democráticos o governo deverá ser o do Direito, ao contrário do governo da maioria escorada em legislação.

Portanto, em Hayek, existe a efetiva limitação do princípio do contrato pelo princípio da liberdade individual.

Luis Roberto Barroso resgata a concepção imortalizada por Constant quanto à liberdade dos modernos, a liberdade como autonomia. Sustenta Barroso que as esferas autônomas compreendem o indivíduo consigo próprio, abrigado em sua consciência (intimidade) ou com sua família, protegido por seu domicílio (privacidade). O espaço privado, mas não reservado, é o do indivíduo em relação com a sociedade, na busca da realização de seus interesses privados, individuais e coletivos. O autor afirma que pertence ao espaço público a relação dos indivíduos com o Estado, com o poder político, mediante o controle crítico, a deliberação pública e a participação política (Cf. BARROSO, 2009, p. 62).

A autonomia pressupõe o direito à privacidade que contempla duas faces, consoante o Juiz Stevens da Suprema Corte Americana, no famoso aresto *Whalen versus Roe*:

A de evitar a divulgação de questões pessoais (*avoiding disclosure of personal matters*) e a independência em tomar determinada espécie de decisões importantes (*independence in making certain kinds of important decisions*). Incluem-se no âmbito da privacidade decisões relativas ao próprio corpo; concepção e contracepção; tratamentos médicos; estilo de vida; plano de vida etc.” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 348).

Outra face do direito à liberdade é o princípio da segurança. Um governo limitado por leis públicas, formuladas em estrita afinidade ao ideal de liberdade, representa a garantia contra o arbítrio e promove um ambiente de segurança e previsibilidade. Além disso, da legalidade decorre como princípio também a igualdade formal, ou jurídica, e ambos, legalidade e igualdade, estão sob o crivo da justiça (princípio da justicialidade como explica Ferreira Filho).

4.3.2 Princípio da igualdade

Também é essencial à perspectiva do Estado de Direito o princípio da igualdade. As revoluções liberais tinham em mente a igualdade jurídica e não a igualdade de condições fáticas, ou a igualdade de resultados via justiça social. Como ensinou Hayek, *isonomy*

prescrevia um estado de leis gerais, aplicáveis igualmente a todos, e de responsabilidade dos magistrados. Este termo continuou vigorando durante o século XVII até ser substituído, gradativamente, pelas expressões *igualdade perante a lei*, *governo da lei* ou *Estado de Direito*.

A igualdade jurídica, ou igualdade formal, assume três aspectos para a doutrina tradicional: (i) a igualdade do direito; (ii) a uniformidade de tratamento; e (iii) a proibição de discriminação. Isso significa que a lei deve ser a mesma para todos sem que se estabeleçam privilégios em razão do berço, da religião ou da nacionalidade por exemplo. As distinções arbitrárias, impróprias e inadequadas devem ser vedadas (Cf. FERREIRA FILHO, 2012, p. 211-213).

Em oposição à igualdade formal se situa a igualdade de resultados na acepção contemporânea de *justiça social*, que segundo Hayek não possui qualquer conteúdo material, e funciona apenas como retórica para forçar um igualitarismo de resultados. Para o autor, existe toda uma diferença entre tratar os homens de modo igual e coagi-los a serem iguais.

O princípio da legalidade – liberdade, somado ao princípio da igualdade jurídica e ao da judicialidade formam a tríade elementar do *império da lei*, ou do Estado de Direito também no Brasil, e com base em uma leitura hayekiana a eles se examinará o problema deste estudo e se esboçará uma tentativa de hipótese em resposta ao problema.

4.4 O DIREITO DE FUMAR

No Brasil o consumo e a produção de tabaco são condutas lícitas e disciplinas por lei, porquanto a Constituição Federal assegura o exercício de direitos individuais desde seu Preâmbulo. Por sua vez, o artigo 5º garante a inviolabilidade do direito à liberdade, assim como à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem dos indivíduos. Desse modo, a disciplina do tabaco é do campo da adequação, ao contrário ao da restrição, a exemplo do artigo 220, § 4º da Constituição Federal.

Conquanto ausente, no texto constitucional, a garantia expressa ao *direito de fumar*, a defesa a que nos propomos é pela existência de um direito implícito, que se incluiria no preceito genérico de liberdade geral do artigo 5º, *caput*, da Carta Magna.

A existência do direito de fumar decorre, também, de questões consuetudinárias peculiares do país, advindas dos tempos de sua colonização. Segundo se descreveu na seção 3.1, o cigarro serviu de base, nos séculos XVII e XVIII, ao incremento da renda dos agricultores, e de ricos negociantes na Bahia com posterior investimento

de capital na indústria brasileira. Este comércio primordial de fumo, no período colonial, igualmente forneceu de modo indireto todos os ingredientes para a formação da cultura negra no Brasil, quais sejam: população, religião, cozinha, música etc. Além disso, no Brasil colônia o fumo foi um “gênero de grande valor econômico” (Cf. OLIVEIRA, 2012, p. 8503).

A existência do direito de fumar advém do direito à privacidade naquilo que concerne à independência em se adotar determinada espécie de decisão importante. A característica que diferencia um Estado liberal de um Estado totalitário é a preservação da autonomia privada em relação ao controle coercitivo. Nos regimes totalitários, consoante defende Hayek, ocorre a padronização dos indivíduos por meio da devassa às esferas privadas, que passam para o controle do Estado.

A interpretação do direito de fumar como liberdade negativa vai ao encontro da perspectiva hayekiana de que apenas os direitos individuais de liberdade são direitos fundamentais em sentido formal e material. Disso se infere que não pode ser suprimido por meio de emendas à Constituição, mas apenas adequado ao demais direitos, já que permanece impróprio se referir a direitos fundamentais como direitos absolutos (artigo 60, parágrafo 4º, da CRFB/88).

4.4.1 Objeções à existência de um direito de fumar

Damião Alexandre Tavares elenca alguns contra-argumentos à tese da liberdade de fumar como direito, que somados as nossas objeções podem ser assim enumerados: (i) o direito à saúde compromete a conclusão quanto à existência de um direito de fumar; (ii) a não essencialidade do cigarro à vida; (iii) a possibilidade de vedação ao consumo, e à produção, de cigarro pelo Estado; (iv) o paradoxo materializado pelo dever de proteção em relação ao direito à vida dos fumantes; e (v) o argumento SUS: os elevados custos do Sistema Único de Saúde com os fumantes (Cf. OLIVEIRA, 2012, p. 8534-8535).

A tentativa de respostas às objeções ao direito de fumar será ensaiada com base no marco teórico que orientou a hipótese do presente trabalho, Friedrich von Hayek, desde as reflexões formuladas no segundo capítulo.

4.4.1.1 O direito à saúde compromete a conclusão quanto à existência de um direito de fumar

Os opositores do direito de fumar o combatem, sobretudo, porque compreendem que o direito à saúde deve prevalecer quando da *colisão entre direitos fundamentais*. Não surpreende o intervencionismo com o objetivo de promover a saúde, porquanto é dever do Estado a efetivação do respectivo *direito fundamental*. Conquanto a teoria constitucional brasileira situe o direito à saúde como direito fundamental, a perspectiva hayekiana parece apontar para a saúde não como um direito, mas como um bem ou um serviço.

O minimalismo jurídico de Hayek não nega que o governo possa assumir certas atividades securitárias, principalmente para amparar os desfavorecidos com um mínimo existencial também para a saúde. Não obstante, os métodos liberais se revelam diferentes dos métodos socialistas para a realização dos mesmos propósitos. Para Hayek, os métodos coercitivos dos redistributivistas vão de encontro ao princípio da liberdade individual, uma vez que as atividades fiscais do Estado são sempre exercidas por meios coercitivos.

Hayek aponta para o inevitável conflito que é preservar a liberdade individual por um lado e, por outro, tornar mais *justa* a distribuição de bens na sociedade. Isso porque é muito difícil que o ideal redistributivista se pautar por regras de conduta justa quando existe a necessidade de um planejador central, um distribuidor de bens com autoridade suficiente a se colocar a manipular a economia para a consecução da justiça social. Consoante o autor, a única garantia que a sociedade possui contra a tirania dos controles é o *império da lei*, uma vez que o preceito faculta aos indivíduos serem avaliados não pelo mérito determinado por um distribuidor, mas pelo talento em detectar demandas e oferecer aos indivíduos aquilo que eles querem receber.

Este é o motivo da oposição hayekiana aos programas de medicina socializada como o SUS no Brasil. O autor defende a substituição do modelo socialista por um seguro médico-hospitalar compulsório, “pois muitos dos que poderiam prover a si mesmos talvez constituíssem ônus para o público se não o fizessem”. Hayek parece antecipar o que ocorre nos países que adotaram estes modelos, o fato de que se trata de “uma medida politicamente irrevogável” (Cf. HAYEK, 1983, p. 361).

As medicinas socializadas se baseiam em duas premissas equivocadas. A primeira é a intuição de que os problemas de saúde são em geral objetivamente verificáveis, e de natureza tal, que podem e

devem ser totalmente atendidos em todos os casos, não importando considerações de ordem econômica. E a segunda consiste na percepção de que o atendimento é economicamente viável, porque um bom serviço médico normalmente resulta numa restauração da eficiência econômica, ou da capacidade de trabalho, e assim compensaria os custos (Cf. HAYEK, 1983, p. 361).

Os problemas decorrentes de uma assistência médica gratuita são mais complexos pelo fato de o progresso da medicina tender a intensificar seus esforços não principalmente no sentido de restaurar a capacidade de trabalho, mas no de aliviar o sofrimento e prolongar a vida, o que, evidentemente, não se pode justificar em bases econômicas, mas unicamente em bases humanitárias. Todavia, embora combater as graves doenças que atacam e tornam alguns de nós incapazes na idade adulta seja uma tarefa relativamente limitada, refrear os processos crônicos que conduzem todos à decrepitude é uma tarefa ilimitada. Esta última apresenta um problema que em nenhuma circunstância concebível pode ser resolvido por meio de uma oferta ilimitada de cuidados médicos e que, portanto, continuará a representar uma difícil escolha de objetivos concorrentes. Em um sistema de medicina estatizada tal escolha terá de ser imposta aos indivíduos pela autoridade (HAYEK, 1983, p. 362).

O descompasso da teoria constitucional brasileira em relação a esta perspectiva é flagrante⁴⁰. O anacrônico conceito de saúde manejado

⁴⁰ O pesquisador Fernando Mânica aponta para papel decisivo que o *movimento sanitário* da década de 70, do século passado, desempenhou para a disciplina constitucional da saúde hoje vigente no Brasil. “Uma das bandeiras do movimento sanitário era a estatização dos serviços, de modo que o Estado efetivamente assumisse a gestão sistematizada e a prestação dos serviços de saúde, que até então eram objeto de domínio da iniciativa privada”. Na Assembleia Constituinte, instalada no ano de 1987, houve a elaboração do anteprojeto disciplinando o direito à saúde pela Subcomissão de Saúde, Seguridade e Meio-Ambiente, uma das três subcomissões da Comissão da Ordem Social. Fernando Mânica informa que as discussões se deram sob a pressão de dois grandes grupos de interesse: (i) a do movimento sanitário,

pela OMS como “completo bem-estar físico, social e mental” foi indiretamente acolhido pelo artigo 196 da Constituição, porquanto enuncia: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Marlon Alberto Weichert afirma que o “direito à saúde compreende o estar e o permanecer são”. Para o autor, “a perspectiva apenas individual do direito à saúde, com enfoque no acesso a serviços assistenciais, não garante a real promoção do bem jurídico”. Defende que o Estado deve atuar inclusive sobre o meio que cidadão vive no sentido de perscrutar condições de insalubridade e atuar preventivamente. Não obstante, isso não afasta “o dever estatal e o direito subjetivo do cidadão de prestar, e receber, assistência individual” (Cf. WEICHERT, 2012, p. 733). E complementa:

O direito individual e o coletivo se complementam, pois não há saúde com doenças [...]. A missão estatal de prestar serviços de saúde respalda-se nos fundamentos do Estado democrático (cidadania e dignidade da pessoa humana: art. 1º, II e III, da CF) e coaduna-se com a busca de cumprimento dos objetivos fundamentais (construção de uma sociedade livre, justa e solidária; promoção do bem de todos: art. 3º, I e IV, da CF) (WEICHERT, 2012, p. 733).

Para a doutrina constitucional, o direito à saúde deve ser implementado por políticas públicas “que se encontram diretamente ligadas ao orçamento do Estado, e cujas diretrizes encontram-se definidas no próprio texto constitucional”. Nesse âmbito “o mundo da política, do direito e da economia se (des)encontram”. Isso porque se torna importante compatibilizar a vontade política, a legislação adequada (inclusive leis orçamentárias), e a suficiência de recursos (Cf. MÂNICA, 2009, p. 105-106).

vinculado à ala esquerdista da época, na defesa da estatização progressiva da saúde e (ii) a da iniciativa privada, ligada à ala – à época denominada “centrão” e contrária à estatização de tais serviços. Além desses, o pesquisador informa sobre o relevo que o grupo corporativo estatal, e o grupo das entidades filantrópicas teve nas discussões (Cf. MÂNICA, 2009, p. 100).

No momento atual, tanto a prevenção de doenças, quanto a promoção, proteção e recuperação da saúde qualificam-se como direitos subjetivos passíveis de tutela jurisdicional. Para Fernando Mânica, a ordem de ideias compartilhada pela teoria constitucional contemporânea não deveria conduzir à “absolutização do direito à saúde”, interpretação que prevalece em uma série de decisões judiciais, que acabam por desconsiderar, em decisões de casos individuais, toda a organização do sistema público de saúde, e facultam a desestabilização e ofensa ao princípio da isonomia (Cf. MÂNICA, 2009, p. 111).

Mânica também adverte que não se deve entender o direito à saúde como um direito a ser saudável, mas como o direito de proteção à saúde a contemplar: (i) o direito a não sofrer violação por parte de terceiros (direito de defesa); e (ii) o direito de obter ações e serviços voltados tanto à prevenção de doenças quanto à promoção, proteção e recuperação da saúde (direito a prestação em sentido estrito). “Nessa segunda hipótese, como se percebe, respeitar o direito à saúde implica realizar o direito à saúde, dentre outras atividades, por meio da prestação de serviços públicos” (Cf. MÂNICA, 2009, p. 112-113).

A compreensão da saúde como direito fica comprometida na obra de Hayek. Para o autor a saúde é um serviço que custa caro a despeito do mito da saúde gratuita. Caso os indivíduos pretendam conquistar um *estado de saúde*, existe a necessidade de que se engajem no processo de aquisição, e que possuam responsabilidade pelas práticas e hábitos de vida. É importante que se alimentem com diligência, pratiquem esportes, desfrutem de aprimoramento intelectual, tenham relacionamentos saudáveis, gozem de vícios com parcimônia. E, ainda assim, correm o risco de não se comprazerem com a saúde por fatores aleatórios, como a carga genética por exemplo. A saúde não cairá no colo dos indivíduos como um maná vindo dos céus somente porque a Constituição os garante o *direito à saúde*.

Por sua vez, em uma tentativa de lidar com o quadro fático e normativo brasileiro, a interpretação da saúde como um serviço pode ser compreendida pela garantia a um mínimo existencial, ao contrário de um dever de promover a *saúde* dos indivíduos. Este mínimo se daria pelo seguro à saúde ao contrário da medicina socializada estatal. A ideia se harmoniza em parte às prioridades estabelecidas pela Constituição para a área da saúde (desde que existe a perspectiva de concorrência nos serviços monopolizados pelo Estado): (i) a prestação do serviço de saneamento (artigos 23, inciso IX; artigo 198, inciso II e artigo 200 inciso IV); (ii) o atendimento materno-infantil (artigo 227, parágrafo 1º,

inciso I); (iii) as ações de medicina preventiva (artigo 198, inciso II); e (iv) as ações de prevenção epidemiológica (artigo 200, inciso II).

Portanto, danos genéricos à saúde não podem ser suscitados para justificar restrições às liberdades dos fumantes. Apenas danos à liberdade dos não fumantes, a exemplo de aspirarem ar desimpedido de fumaça tóxica, justificam a intermediação do Direito na hipótese.

4.4.1.2 A não essencialidade do cigarro à vida

A liberdade individual como princípio norteador do Direito impediria que o Estado indagasse se o ato de fumar é, ou não, essencial. De fato, parece óbvio que não é essencial que os indivíduos fumem. Todavia, é essencial que possuam liberdade para decidir sobre o que consideram apropriado para suas vidas.

O problema que se coloca, como se insiste, não é o fato de cigarros, bebidas ou comidas gordurosas serem bons ou ruins para a vida, mas atribuir ao Estado a decisão sobre o que os indivíduos devem ingerir, fazer ou pensar.

Na seção 3.4.2, atentou-se para as especificidades individuais que estampam diferentes constituições físicas, mentais e emocionais. Na hipótese, esta é a principal razão por que a matéria da virtude, e do vício, deve ser deixada a critério de cada indivíduo quando não se materializar agressão à liberdade de terceiros. Nessa linha, adverte Mises:

A propensão de nossos conterrâneos em exigir uma proibição autoritária sempre que veem algo não lhes agrada, bem como sua solicitude em submeter-se a tais proibições mesmo que o proibido lhes seja agradável, mostra o quanto ainda permanece profundamente arraigado neles o espírito de servilismo. Serão necessários muitos anos de autodidatismo até que o súdito possa transformar-se em cidadão. Um homem livre deve ser capaz de suportar que seu conterrâneo aja e viva de modo diferente de sua própria concepção de vida. Precisa livrar-se do hábito de chamar a polícia sempre que algo não lhe agrada (Cf. VANCE, 2013).

Mises defende que a abolição da liberdade de um homem em determinar o seu próprio consumo, como no caso do cigarro,

compromete todas as outras liberdades. Este também é o principal motivo por que liberais como Mises, e Hayek, defendem o fim da guerra às drogas:

E por que limitar a benevolente providência do governo apenas à proteção do corpo? Por acaso os males que um homem pode infringir à sua mente e à sua alma não são mais graves do que os danos corporais? Por que não impedi-lo de assistir a filmes e a demais espetáculos de mau gosto? Por que não impedi-lo de ouvir músicas de baixa qualidade? Mais ainda: por que não proibi-lo de ler livros ruins? As consequências causadas por ideologias nocivas são, certamente, muito mais perniciosas, tanto para o indivíduo como para a sociedade, do que as causadas pelo uso de drogas (VANCE, 2013).

4.4.1.3 A possibilidade de proibição do consumo, e da produção, de cigarro pelo Estado

Hayek distingue *lei* de *legislação* em seus trabalhos para afirmar que a segunda é muito pródiga em comprometer a moralidade da primeira. Para o autor, o simples fato de legislações serem promulgadas com lastro na vontade da maioria, não significa que se encontrem em consonância àquilo que entende por *lei* formulada pela maioria. A simples validade não é suficiente para conferir justiça às normas. Normas válidas podem significar apenas *legislação*, consoante o autor. A proposta de um ordenamento liberal buscar refletir sobre a qualidade das normas para vinculá-las à ideia de Direito em um sentido moral.

Portanto, caso houvesse a proibição ao tabaco, mesmo que fosse norma válida, promulgada a partir de procedimentos democráticos, ela não teria o conteúdo moral da liberdade. As *leis* hayekianas são instrumentos para a preservação e ampliação da liberdade, e funcionam como limites para que os indivíduos possam perseguir os mais variados propósitos.

Além disso, a produção e o consumo de fumo, no Brasil, fazem parte de uma rede de práticas e tradições. Fumar é um hábito cultural e a existência de contrabando confirma a hipótese quanto à existência de uma cultura tabagista no país.

Portanto, não é legítimo que o Estado interdite a produção e o consumo de um produto apenas com o potencial de causar danos à

liberdade. Na hipótese, somente a existência de danos concretos à liberdade poderia autorizar a restrição. As prerrogativas de produzir, e de consumir, inserem-se nos direitos protegidos por cláusula pética (artigo 60, 4º, IV, da Constituição Federal).

4.4.1.4 O paradoxo materializado pelo dever de proteção em relação ao direito à vida dos fumantes

A plausibilidade deste paradoxo é duvidosa, porquanto são robustas as evidências quanto aos malefícios do cigarro à vida, suficientes a respaldar uma atuação estatal moderada. A legislação antitabagista é muito austera no Brasil, e as políticas públicas bastante expressivas, a exemplo das restrições à propaganda, regras de controle de entrada de novos agentes no mercado, medidas de gestão às substâncias existentes no cigarro, restrições a locais de consumo e normas de natureza fiscal e de combate ao contrabando.

Importante salientar que, com base na defesa liberal que se faz da atuação do Estado, seria necessário que todas as políticas públicas fossem enfocadas desde um exame quanto à eventual violação de liberdades. E, também, a partir das consequências ocultas, uma vez que toda política pública possui efeitos não premeditados e/ou indesejados (legislações produzidas sem a dimensão de *kosmos* e de *taxis* para Hayek). Por exemplo, o Estado brasileiro intervém, por meio da ANVISA, no controle das substâncias existentes no cigarro. Apesar da importância desta supervisão, é inegável que deve haver um cuidado para não ocorrer a inibição de inovações no setor, inovações que poderiam ir ao encontro de uma maior segurança para os fumantes.

4.4.1.5 O argumento SUS: os elevados custos do Sistema Único de Saúde com os fumantes

É recorrente o argumento suscitado pelas agências do governo quanto aos gastos do SUS com os fumantes, em oposição ao direito de fumar. Consoante afirmam, a sociedade assume os custos pela irresponsabilidade de indivíduos sem qualquer compromisso com a integridade corporal, a ponto de consumirem um produto tão nocivo quanto o cigarro.

Parece bastante lógico o interesse dos governos em eliminar o consumo de produtos prejudiciais à saúde. Isso porque, em grande parte dos países, a exemplo do Brasil, a saúde adquiriu o status de direito. O governo, nesse cenário, possui interesse direto em promover a redução

de custos de seu sistema de saúde socializado. O fato de que os custos são pagos com o dinheiro extraído da população via impostos, e que a demanda por eles é infinita, faz parecerem lógicas as estratégias para lidar com a oferta finita de serviços em razão da inexorável escassez. Dentro desse contexto, parece também lógico que um produto supérfluo e prejudicial, como o cigarro, materialize a culpa pela sobrecarga nos serviços de saúde pública.

O *argumento SUS* funciona como retórica para justificar toda espécie de intervenção estatal em relação aos mais variados comportamentos humanos capazes de gerar riscos à vida, a exemplo de atividades sexuais sem proteção, excesso de açúcares e gorduras na alimentação, consumo desenfreado de bebidas alcoólicas, dentre outros, quando existem estruturas estatais de medicina socializada.

Para que o *argumento SUS* seja coerente é importante que todos os grupos em uma sociedade sejam devidamente responsabilizados por onerar os cofres públicos, como os obesos, os alcoólatras e os *promíscuos*. Parece fazer pouco sentido responsabilizar apenas um grupo por este ônus.

Mesmo que se considere a premissa do *argumento SUS*, o quadro 1 (anexo I) contém os dados de internações relacionadas a doenças variadas entre 2009 e 2014. As informações dão conta do número de 1.381.081 internações por doenças do aparelho respiratório, que incluem aquelas decorrentes do uso de cigarro. Referido grupo de doenças é o segundo maior, após “Gravidez, parto e puerpério – 2.352.624”, seguido por “Doenças do aparelho circulatório – 1.143.717” e “Doenças do aparelho digestivo – 1.038.981”.

No ano de 2013, os dados fornecidos pelo SUS informaram sobre gastos de 1,4 bilhão com o tratamento de doenças relacionadas ao cigarro (Cf. CLICFOLHA, 2014). Naquele mesmo ano, a arrecadação informada pela Receita Federal, principalmente via IPI pela fabricação de cigarro, foi de 7,950 bilhões, e a arrecadação total com os demais impostos importou no valor de 17.655.943.340 bilhões (anexo II). A carga tributária do cigarro chegou a 75%, majoritariamente IPI e ICMS (Cf. OGLOBO, 2013).

Portanto, o *argumento SUS* também fica comprometido caso invocado como premissa para se opor ao direito de fumar, porquanto a arrecadação excede, e muito, os gastos com os fumantes na rede de saúde pública.

4.5 VIOLAÇÃO AO DIREITO DOS FUMANTES, E DOS PROPRIETÁRIOS, EM RAZÃO DA PROIBIÇÃO AO CIGARRO EM RECINTOS COLETIVOS PRIVADOS FECHADOS

Como informado na seção 3.4, no final da década de 2000 iniciou o movimento que pugnava pela vedação ao consumo de cigarro, e derivados de tabaco, em qualquer local coletivo, público ou privado, a despeito da existência de áreas reservadas para fumantes. A justificativa para as medidas relacionava-se aos malefícios à saúde decorrentes do fumo passivo. Apesar das disputas judiciais em torno das regulamentações municipais, e estaduais, a Lei nº 12.546/2011 excluiu a parte final do artigo 2º da Lei nº 9.294/1996, que excetuava o consumo da substância aos fumódromos.

Com a vigência da Lei nº 12.546, aprovada em 2011, mas regulamentada em 2014, fica proibido fumar cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos, narguilés e outros produtos: (i) em locais de uso coletivo, públicos ou privados, como *hall* e corredores de condomínio, restaurantes e clubes; (ii) em ambiente parcialmente fechado por uma parede, divisória, teto ou até toldo; e (iii) em fumódromos, que devem ser extintos. Portanto, a legislação permite o fumo nos seguintes locais: (i) em residências; (ii) em áreas ao ar livre, parques, praças, em áreas abertas de estádios de futebol e em vias públicas; (iii) em tabacarias voltadas especificamente para esse fim; e (iv) em cultos religiosos, caso faça parte do ritual.

Conquanto se conheça o argumento mais radical em defesa do total controle da propriedade privada, pelos indivíduos, sem qualquer ingerência estatal, Hayek opta por pensar estratégias de mediação entre *liberdades e coerções*. Mesmo assim, a intervenção estatal somente se justifica em caso da existência de danos concretos à liberdade em Hayek. O argumento pela necessidade de restrições aos locais de consumo de cigarro com base em *danos* potenciais e aleatórios que não à liberdade, a exemplo de prejuízos à saúde, é bastante pródigo em autorizar toda espécie de incremento de poderes estatais com a consequente supressão da autonomia privada.

Com efeito, o choque entre o direito de fumar e o direito à vida (liberdade dos não fumantes) parece claro nos espaços coletivos fechados, privados e públicos, quando se assume a premissa de que o fumo passivo oferece danos concretos às liberdades dos não fumantes. A colisão destes arbítrios encontrava nos fumódromos uma boa estratégia para lidar com o problema. A despeito disso, um empresário/comerciante não poderia ser obrigado a construir áreas

específicas para fumantes, porquanto resguardado pelo direito de propriedade e liberdade de comércio/iniciativa.

Portanto, os interditos que proibiram o cigarro em espaços privados fechados (atividade restrita a tabacarias hoje no Brasil) violam tanto o direito de propriedade (artigo 5º, XXII da CFRB/88), quanto a livre iniciativa (artigo 170, da CFRB/88), uma vez que pertence à esfera privada dos proprietários a liberdade de receber em seus estabelecimentos apenas fumantes, ou apenas não fumantes. Os ambientes mistos demandariam os fumódromos, daí sim a coerção se justificaria apenas nos ambientes mistos.⁴¹

⁴¹ Registra-se, por oportuno, a recente discussão sobre a colisão entre o direito de fumar o e direito de propriedade, na Alemanha. Naquele país, Friedhelm Adolf, um aposentado de 75 anos, fumante desde os 15, foi ameaçado de despejo pela proprietária do apartamento onde mora de aluguel há 40 anos, em *Düsseldorf*. A locadora quer rescindir o contrato por causa do mau cheiro de cigarro que sai do apartamento de Friedhelm Adolf e se espalha pelas escadas, incomodando demasiadamente seus vizinhos. Ela alega que o aposentado, que consome diariamente cerca de 15 cigarros, não ventila suficiente o imóvel e nem esvazia seus cinzeiros com regularidade, o que poderia minimizar o odor desagradável que exala do apartamento. Todavia, o aposentado se recusa a sair do local, onde vive há quase meio século. Ele alega que o fumo sempre foi tolerado pelos vizinhos e pela proprietária, que na verdade pretende despejá-lo para poder aumentar o valor do aluguel. Além disso, afirma ter direito de fumar dentro de sua própria casa, uma vez que nenhuma lei o proíbe. Karina Nunes Fritz informa que o caso tomou enorme dimensão, e “que o simpático aposentado já virou ícone entre simpatizantes sensibilizados com sua situação e entre os fumantes, que se sentem cada vez mais tolhidos com as restrições antifumo”. E se, além disso, um fumante ainda puder ser expulso de seu próprio lar por causa do vício, então “não se pode mais falar em autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade, direitos fundamentais previstos no artigo 2º I da Lei Fundamental (*Grundgesetz* – GG)”, que abrangem o direito do indivíduo de satisfazer suas necessidades individuais básicas (fumar) dentro dos já estreitos limites legais (Cf. FRITZ, 2015). A proprietária ganhou em primeira e segunda instâncias ao argumento de que a conduta do aposentado representa grave violação de deveres laterais de conduta. O caso chegou ao *Bundesgerichtshof* (BGH) em fevereiro de 2015, que determinou o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* por falhas processuais e materiais no julgamento. Segundo o BGH, o tribunal de *Düsseldorf* deveria ter examinado se o incômodo dos vizinhos em função do odor excessivo de cigarro (que pode ser evitado pelo inquilino através de medidas simples e razoáveis) pode ser considerado no caso concreto como perturbação da paz local ou violação do dever lateral de consideração, o que se configura principalmente quando tal

Também é flagrante a violação ao princípio da igualdade (artigo 5º, *caput*, e § 2º, da da CFRB/88) porquanto a lei trata como desiguais (em locais coletivos, públicos e privados, fechados) pessoas iguais, prejudicando e restringindo de maneira desnecessária apenas os direitos dos fumantes que, a partir da publicação da norma, tiveram diminuídas consideravelmente suas liberdades de ir e vir, permanecer e ficar nos recintos coletivos fechados.

As medidas proibicionistas de cunho paternalista segregaram injustamente os fumantes dos espaços fechados comuns, e os condenaram à reclusão de seus lares ou aos espaços abertos (é possível que em breve nem mais nestes locais possam fumar), em um isolamento inadmissível em relação a indivíduos que exercem um hábito não beligerante apesar de repulsivo para a moralidade deste tempo.

Quanto aos trabalhadores, a situação é análoga ao comerciante, porquanto possuem liberdade para escolher o emprego. Caso se insista na tese proibicionistas sugere-se a aplicação do artigo 7º, incisos XXII e XXIII, da CFRB/88 (uma estratégia a partir da teoria constitucional) a “[...] redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança [...]”, e o “[...] adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei [...]”. Outrossim, os trabalhadores são protegidos, nesse aspecto, pela Seção XIII da CLT (artigos 189 a 197, da Lei 6.514/77), que cuida das atividades insalubres ou perigosas, limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição, eliminação e neutralização dos agentes nocivos, e os adicionais remuneratórios de acordo com graus máximo, médio e mínimo de classificação (Cf. OLIVEIRA, 2012, p. 8541-8543).

incômodo atinge proporções insuportáveis ou põe em risco a saúde dos demais (Cf. FRITZ, 2015). Dessa forma, consoante Karina Nunes Fritz, o BGH, embora sem decidir o mérito da lide, sinalizou que apenas em casos excepcioníssimos, em que os incômodos causados pelo fumo possam ser razoavelmente qualificados como insuportáveis ou lesivos à saúde dos vizinhos, justificar-se-ia uma restrição do direito de fumar dentro de quatro paredes. O tribunal de *Düsseldorf* ainda não se manifestou sobre o caso, de modo que o idoso fumante ainda pode permanecer em sua casa. No caso em apreço parece flagrante que deve prevalecer o direito de propriedade da locadora em relação ao direito de fumar do locatário. O direito de fumar apenas preponderaria caso não houvesse a colisão com o direito de propriedade. Se a disputa se desse entre proprietários, daí pareceria intuitivo indagar sobre o direito de fumar.

4.6 A INCOMPATIBILIDADE DE FUTURAS LEGISLAÇÕES RESTRITIVAS AO CIGARRO EM AMBIENTES COLETIVOS ABERTOS

A intensa produção legislativa para restringir a demanda por cigarro, tanto no Brasil quanto em outros países, evidencia o enorme respaldo social que o proibicionismo adquiriu nestes dias. Conquanto os interditos gozem de ampla legitimidade, remanescem questionamentos sobre eventuais violações aos direitos dos fumantes.

No ano de 2011, o conselho municipal de Nova York aprovou uma ampliação na legislação antifumo que se encontrava em vigor. A partir da mudança restou proibido fumar em qualquer um dos parques públicos da cidade, bem como em seus 23 quilômetros de praias. Além disso, nas praças para pedestres o cigarro também foi proibido, como é o caso de *Times Square*, em *Manhattan*, um dos principais pontos turísticos nova-iorquinos.

A despeito da ausência de proibições semelhantes no Brasil, a ampla legitimidade aos interditos que vedaram o fumo em recintos coletivos fechados, públicos e privados, bem como o fato de cidades com destaque mundial, a exemplo de Nova York, terem adotado tais políticas, pode servir de justificativa, e estímulo, à aprovação de leis futuras com os mesmos propósitos.

As austeras proibições à produção, e ao consumo, corroboram o empenho incessante dos ativistas antitabaco em pressionar os governos pelo incremento ainda maior do proibicionismo. Argumenta-se, inclusive, que muitos destes ativistas, apoiados pelos departamentos do governo, apenas se darão por satisfeitos quando conseguirem implementar a proibição total ao consumo, e à produção do tabaco, a exemplo da Lei Seca nos Estados Unidos em 1920.

Com efeito, os prejuízos à saúde dos trabalhadores (danos indiretos à vida) serviram de justificativa ao banimento do cigarro nos recintos coletivos fechados, públicos e privados. E nos ambientes coletivos abertos, quais os motivos para as restrições?

Os proibicionistas argumentam que os transtornos provocados pelas vedações aos locais de fumo fazem parte da estratégia mundial para a redução da demanda pelo produto “com o objetivo de melhorar a saúde da população, eliminando ou reduzindo o consumo e a exposição à fumaça de produtos de tabaco” (CQCT).

Este quadro fático nos permitiu indagar: é legítimo o uso da força contra indivíduos não agressores em nome do ideal de saúde manejado pela OMS? Existem fundamentos jurídicos para o proibicionismo estatal

quando ausente qualquer dano à liberdade, uma vez que o consumo de tabaco não causa prejuízos a terceiros à exceção dos fumantes nos ambientes coletivos abertos? A vontade da maioria confere legitimidade a interditos que suprimem liberdades individuais? É função do governo “melhorar a saúde da população”?

Hayek informa sobre as inúmeras tentativas empreendidas no âmbito da filosofia política, sobretudo por John Stuart Mill⁴², para se definir o alcance da esfera privada que deveria permanecer imune ao poder coercitivo, a partir da distinção entre atividades que afetam apenas o indivíduo em relação àquelas que afetam também terceiros. Para Hayek, “parece impossível que uma ação não afete, pelo menos indiretamente, terceiros”. Portanto, o princípio do dano de Mill não parece adequado ao liberalismo de Hayek: “a distinção apenas se faz importante quando houver uma delimitação quanto à esfera protegida de cada indivíduo” (Cf. HAYEK, 1983, p. 158-159).

Para circunscrever estas esferas autônomas em relação ao poder coercitivo, Hayek se filia à tradição que percebe a liberdade como valor negativo e invoca o princípio do direito estabelecido por Kant (PUD): “é justa toda a ação segundo a qual ou segundo cuja máxima a liberdade do arbítrio de cada um pode coexistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal” (KANT, 2014, p. 34-35). Hayek também se reporta a Savigny para definir o conceito elementar de *lei* que rege a liberdade: “a lei é a norma que permite fixar as fronteiras invisíveis dentro das quais a existência e as atividades dos indivíduos adquirem segurança e liberdade” (HAYEK, 1983, p. 163).

Nos espaços coletivos fechados, públicos e privados, parece flagrante a colisão entre os arbítrios com danos à liberdade dos não fumantes, porquanto o fumo passivo é nocivo à saúde e toca indiretamente no direito à vida destes. Portanto, a situação fática sugere a colisão entre o direito de fumar e o direito à vida, uma vez que Hayek compreende a saúde como um serviço e não como um direito. Os fumódromos permitiriam a coexistência entre os árbitros caso os

⁴² Na obra *Direito, liberdade e moralidade*, Hart analisa o princípio de dano de Mill e a punição da imoralidade por si mesma, ainda que não prejudique outros. De acordo com Hart, a preocupação de Mill em seu ensaio é restringir a coerção, ao contrário de promover a indiferença moral. [...]. O ensaio de Mill, “*On liberty*”, da mesma forma que o livro de Tocqueville *Democracy in America* foi um forte pretexto para uma avaliação lúcida dos perigos que estão associados à regra democrática (HART, 1987, p. 92-94).

proprietários optassem por atender fumantes e não fumantes no mesmo espaço físico.

Por sua vez, em ambientes coletivos abertos não se infere choque entre arbítrios. Nos locais ao ar livre, a exemplo de praças, praias, parques, ruas etc., os pesquisadores apontam para a dificuldade de se discernir entre a fumaça do cigarro em relação a outras fumaças também tóxicas, como as do CO₂ pela poluição do ar nos grandes centros urbanos. Além disso, o inconveniente de se conviver com indivíduos fumantes nestes espaços é um mero dissabor consequente do ônus de se viver em sociedade.

Portanto, o dano à liberdade dos não fumantes deixa de existir nos ambientes coletivos abertos, razão por que a proibição ao fumo nestes espaços não se coaduna à moralidade da liberdade. Conforme Hayek, as ações privadas praticadas por adultos responsáveis, sem qualquer potencial nocivo à liberdade de terceiros, não podem sofrer interferências estatais. Para o autor, a mera desaprovação da conduta alheia, ou mesmo a consciência de que terceiros são prejudicados por suas próprias ações, não oferece legitimidade para o exercício da coerção Estatal.

Em termos gerais, a moralidade da ação praticada dentro da esfera privada de um indivíduo não pode constituir objeto de controle coercitivo do Estado. Talvez uma das mais importantes características que distinguem uma sociedade livre de uma não livre seja o fato de que, em questões de conduta que não afetam diretamente a esfera protegida do indivíduo, as normas realmente observadas pela maioria dos indivíduos são de caráter voluntário e não impostas pela coerção. A recente observação do que ocorre em regimes totalitários demonstra a importância do princípio que diz: “nunca devemos identificar a causa dos valores morais com a causa do Estado”. De fato, é provável que muito mais danos e sofrimento tenham sido causados por indivíduos que se propuseram utilizar a coerção para erradicar um mal moral do que por outros que tencionavam realmente fazer o mal (HAYEK, 1983, p. 159-160).

A atividade de fumar em recintos coletivos privados fechados e em ambientes abertos é um comportamento moral afeto às esferas privadas dos indivíduos. Estas ações não podem ser sequestradas pelas nobres finalidades do governo em poupar os indivíduos contra sua própria insensatez com fundamento no ideal de saúde e saúde pública, por exemplo.

No Brasil pesquisas informam sobre o massivo endosso popular às restrições ao tabaco (93% da população aprova a extinção dos fumódromos). Não obstante, o conceito de democracia em Hayek não significa *governo da maioria*, mas sim *governo das leis da maioria*. Isso porque, para o autor, o princípio do contrato deve se submeter ao princípio da liberdade individual.

Quando os governos confundem *lei*, com *legislação*, ocorre aquilo que Hayek nominou de *oportunismo*. Para Hayek, o oportunismo é o algoz da liberdade, porque se manifesta na ação política instrumental que sacrifica a defesa da liberdade para corrigir supostas distorções, e a dar respostas a supostas necessidades de momento. Hayek pondera que a liberdade só pode ser preservada pela observância a princípios (pela observância da lei), sendo destruída por oportunismo via legislação.

Por tudo isso, as leis que proibiram o fumo, em recintos coletivos privados fechados, não são *leis*, uma vez que não resguardaram as esferas privadas a partir do ideal de liberdade e, assim, violaram tanto as liberdades dos fumantes, quanto a dos proprietários. Também por isso, eventuais legislações que proibam o fumo em espaços abertos não terão o conteúdo de *leis*, mas sim de *legislações*.

5 CONCLUSÃO

O filósofo José Ortega y Gasset certa vez afirmou: “El liberalismo – conviene hoy recordar esto – es la suprema generosidad: es el derecho que la mayoría otorga a las minorías y es, por tanto, el más noble grito que ha sonado en el planeta. Proclama la decisión de convivir con el enemigo; más aún, con el enemigo débil. Era inverosímil que la espécie humana hubiese llegado a uma coisa tan bonita, tan paradójica, tan elegante, tan acrobática, tan antinatural. Por eso, no debe sorprender que prontamente parezca esa misma espécie resuelta a abandonaria. Es un ejercicio demasiado difícil y complicado para que se consolide em la tierra” (ORTEGA Y GASSET, 2009, p. 207).

Hayek aponta para a mesma direção que Ortega y Gasset ao defender que o sucesso do liberalismo ocasionou seu próprio fracasso, uma vez que não prometia aos indivíduos mais do que uma participação no progresso comum. “Devido ao êxito já alcançado, o homem se foi mostrando cada vez menos disposto a tolerar os males ainda existentes, que a essa altura lhe pareciam insuportáveis e desnecessários” (HAYEK, 2010, p. 43-44).

Quando publicou *O caminho da servidão* Hayek tinha uma intuição muito clara quanto às razões que provocaram a ascensão dos regimes totalitários no século passado. Para o autor, a barbárie foi precedida pelo declínio do império da lei também na Alemanha. Mesmo após os escombros da desumanização materializada nos campos de extermínio, o império da lei continua obliterado em benefício de imaginários coletivistas em todo o mundo. A ideologia da igualdade de resultados se renova a cada dia via políticas do *Welfare State*, como promotor da *liberdade* para a *segurança do berço à sepultura*. A tirania dos controles remanesce também no paradigma do Estado interventor corporificado pela *vontade da maioria*, sobretudo por meio do desequilíbrio dos gastos públicos, dos monopólios Estatais, do inflacionismo e do dirigismo sobre as esferas privadas: a *tiranía suave e benevolente* profetizada por Tocqueville.

Para Hayek, as liberdades políticas da modernidade decorrem das liberdades econômicas, e não o contrário, uma vez que apenas no período histórico moderno as primeiras se fizeram possíveis, sobretudo em consequência do destrancamento do potencial econômico. A ausência de correlação entre as causas e os efeitos dos fenômenos sociais perpetua o endosso ao dirigismo em grande parte dos países, fomentado pela lúdica propaganda estatal e suas promessas salvíficas.

Consoante o autor, as liberdades econômicas são condições essenciais para as liberdades políticas, uma vez que a cooperação espontânea entre os agentes dispersa o poder e promove uma compensação em relação aos poderes políticos.

Os avanços da ciência nos últimos 200 anos aconteceram somente porque os caminhos do indivíduo inovador foram desembaraçados em relação às autoridades oficialmente encarregadas do cultivo do saber (Cf. HAYEK, 2010, p. 41). Daí porque se opor à tirania dos controles significa lutar para que as forças espontâneas se afirmem e a criatividade aflore no contrafluxo do dirigismo.

As melhorias sociais dependem da renúncia deliberada aos controles que se encontram em poder dos indivíduos, consoante Hayek. Na lição de Berlin, enquanto os adeptos da liberdade no sentido negativo se preocupam em refrear a autoridade do governo, os simpatizantes da liberdade no sentido positivo querem a autoridade colocada em suas próprias mãos. Eis aí os perigos profetizados por Hayek no âmbito do *Welfare State*. As tarefas dos defensores da liberdade nesta perspectiva encontram toda espécie de dificuldades, uma vez que o Estado interventor não se refere a um sistema definido, mas a um *conjunto de elementos extremamente diversos, e até contraditórios entre si*. Hayek assume o fato de que alguns destes elementos até podem tornar a sociedade mais livre. Todavia, muitos deles são incompatíveis com a liberdade individual e podem ensejar ameaças potenciais à *grande sociedade*.

Consoante se inferiu, os princípios liberais revitalizados por Hayek não possuem qualquer elemento que faça do liberalismo um *credo estacionário* com regras fixas e imutáveis. “O princípio fundamental segundo o qual devemos utilizar ao máximo as forças espontâneas da sociedade e recorrer o menos possível à coerção pode ter uma infinita variedade de aplicações”, nas palavras de Hayek (Cf. HAYEK, 2010, p. 42).

O espontaneísmo hayekiano não é uma defesa pela aceitação passiva das instituições como elas são. A compreensão das ordens espontâneas (*kosmos*) consiste, sobretudo, no entendimento de que organizações como o governo (ordens feitas de *taxis*) podem sufocar a cooperação caso não exista um exame qualitativo muito rigoroso quanto às normalizações, bem como a intuição essencial que distinga *lei de legislação, governo das leis da maioria de governo da maioria*. A teoria institucional hayekiana não dispensa os planejamentos quando estes se fizerem essenciais. Todavia, o direcionamento deve se pautar no

racionalismo crítico e não no construtivista, e o racionalismo crítico, em Hayek, aponta para a liberdade como um valor negativo.

A liberdade, a democracia, a paz e a justiça compreendidas como valores negativos possibilitaram a Hayek o desenvolvimento da ideia de direitos consentânea à *catalaxia*. Para o autor, as liberdades positivas não possuem o condão de restringir uma esfera privada intocada pelo Poder, daí porque a teoria constitucional e a doutrina dos direitos fundamentais não possuem correspondência direta com o constitucionalismo hayekiano. Quando o autor especifica que o Direito, a liberdade e a propriedade são instâncias inseparáveis, ele o faz porque os visualiza inseridos na *catalaxia*, e não em uma organização feita de *taxis* em que o coletivismo é o fundamento para o uso da força contra indivíduos não agressores.

Muito embora esta constatação seja elementar, o autor argumenta sobre a sua pouca compreensão por socialistas quando afirmam, por exemplo, o *direito natural* que toda criança possui como cidadã, não apenas à vida, à liberdade e à busca da felicidade, mas também *direito* de exigir posição na escala social, a partir de seus talentos.

Com efeito, o conceito *mérito* não opera nas ordens feitas de *kosmos* inseridas na *catalaxia*. A definição pertence às esferas das ordens feitas de *taxis*. Em razão disso, liberdades positivas como saúde, moradia, lazer, transporte, educação só poderão ser implementadas por Estados intervencionistas e pela escolha arbitrária de seus distribuidores de bens, uma vez que não se encontram previamente estabelecidas. A história revela que a ascensão do *Welfare State* se fez acompanhar pelo desenvolvimento das doutrinas de direitos sociais e econômicos, justamente porque sem maciças intervenções governamentais estas *liberdades* não poderiam ser efetivadas.

Por sua vez, as liberdades negativas reduzem a margem do arbítrio dos governos, porquanto podem ser resguardadas por meio de normas de conduta justa idênticas em relação a todos os cidadãos. Já as liberdades positivas demandam prestações daqueles que podem pagar em relação àqueles que não podem, daí porque as violações à igualdade formal são frequentes quando o governo possui amplos poderes para ajustar as desigualdades sociais em nome de uma igualdade de resultados qualquer.

As liberdades negativas circunscrevem de modo claro os deveres de abstenção pelo Estado, e os direitos que exsurtem desse dever de abstenção. Já as liberdades positivas são preceitos vagos e ambíguos, a exemplo do direito à educação. É difícil precisar a definição de educação, a qualidade e a quantidade dela, sobretudo com o avanço da

ciência e da tecnologia. O mesmo se aplica ao direito à saúde, razão por que o paternalismo é inescapável em um contexto de liberdades positivas.

É possível pensar na liberdade de defesa contra agressões injustas sem a existência de um governo, uma vez que o próprio indivíduo possui legitimidade para se resguardar proporcionalmente contra agressões arbitrárias. Ao contrário disso, os serviços considerados *direitos* pela teoria constitucional contemporânea, a exemplo da saúde, da educação, do trabalho, da moradia, do transporte etc. dependem de uma ampla rede de proteção oferecida pelos Estados. Portanto, não surpreende o paternalismo estatal contemporâneo derivado do declínio do império da lei pela ascensão de pseudodireitos, desde a identificação de democracia como *governo da maioria*.

Nesse cenário de oposição entre liberdades negativas e positivas, Hayek concebe as Constituições formais apenas como superestruturas erigidas sobre um sistema jurídico preexistente, ao contrário da teologia política que a infere como fundamento de toda a ordem jurídica. Hayek culpa o declínio do império da lei, no ambiente contemporâneo, pela *superstição construtivista-positivista* de que é necessário um poder supremo único e ilimitado de que derivam todos os outros poderes. Portanto, as normas constitucionais podem se aproximar tanto quanto podem se afastar do império da lei no sentido intuído por Hayek. E, no Brasil, parece claro que o ambiente intervencionista redundou em uma Carta Política dirigista e totalmente dissonante do modelo institucional liberal.

Diante da moldura teórica oferecida pelo constitucionalismo de Hayek, ao contrário da perspectiva exibida pela teoria constitucional brasileira, o tema *direito de fumar* em relação aos locais de consumo foi perscrutado desde dois problemas primordiais: (i) a tentativa de examinar a compatibilidade das recentes normas restritivas, promulgadas em 2011 e 2014, quanto ao princípio da liberdade individual; e (ii) a pretensão de analisar a possibilidade de promulgação, no Brasil, de legislações proibitivas ao fumo, em espaços coletivos abertos, no contexto da abordagem hayekiana quanto ao princípio da liberdade.

No tocante ao primeiro problema, a pesquisa ratificou a hipótese de que a Lei nº 12.546/2011 violou direitos dos fumantes (artigo 5º, *caput*, e §2º, da CRFB/88), porquanto vedou a possibilidade de fumódromos em recintos coletivos fechados públicos e/ou privados. A conclusão se baseia nas seguintes premissas: (i) a existência de um direito de fumar; (ii) os fumódromos funcionavam como mediadores

suficientes a evitar a colisão de direitos dos fumantes e dos não fumantes; (iii) a vedação aos fumódromos violou o direito de propriedade de empresários e comerciantes; (iv) a matéria relativa ao prejuízo à saúde dos trabalhadores, nos recintos coletivos fechados, poderia ter sido equacionada com a proteção às atividades penosas, insalubres ou perigosas; e (v) o prejuízo aos próprios fumantes, nestes espaços, também não poderia ter justificado a extinção dos fumódromos, uma vez que liberdade individual não pode ser suprimida, caso ausentes os choques entre arbítrios com danos concretos às liberdades.

Por sua vez, o estudo confirmou a hipótese pela necessidade de afirmar o direito de fumar nos recintos coletivos abertos, a despeito da ausência deste perfil de legislação restritiva no Brasil. Isso porque o movimento antitabagista contemporâneo, responsável por pressionar as agências do governo pela ampliação do proibicionismo, não admite que se fale em responsabilidade na questão do tabaco e, por consequência, impede que a matéria seja enfrentada em termos de liberdade individual. Para os proibicionistas o fumante é um dependente químico desprovido de domínio sobre o vício. Nesse contexto, a afirmação do direito de fumar consiste em uma defesa preventiva a eventuais projetos de lei com pretensões de vedarem o cigarro em ambientes coletivos abertos.

A conclusão em enfoque se baseia nas seguintes premissas: (i) a teoria do vício racional desenvolvida por Becker e Murphy informa sobre as variações do estado de vício de pessoa para pessoa. Enquanto alguns indivíduos possuem maiores propensões à adicção ao cigarro, outros possuem inclinações às mais diversas modalidades de vícios ou a nenhum deles. Parece indubitável o fato de que o estado de vício dependerá da interação entre os indivíduos e os bens consumidos. Nessa perspectiva, fica evidente a existência de responsabilidade individual na matéria do tabaco, ao contrário do que apregoam o movimento antitabagista e as agências do governo. A partir da conclusão pela existência de responsabilidade individual, o Estado deve se abster de intervir nos comportamentos individuais dos fumantes em ambientes coletivos abertos, porquanto não existe qualquer evidência de prejuízos a terceiros, por fumo passivo, nestes locais.

Outrossim, a conclusão pelo direito de fumar em espaços coletivos abertos se baseia na seguinte premissa: (ii) a ideologia dissonante ao império da lei a que se submeteu o Direito no último século, o Estado de bem-estar, contribuiu decisivamente para o paternalismo estatal na questão do cigarro. Portanto, o fato incontestável para as ciências médicas quanto aos malefícios do cigarro, aliado ao novo cânone quanto à *saúde* e ao incremento do *Welfare State* em todo

mundo, serviram de justificativa ao arcabouço interventivo estatal dos últimos anos, por intermédio de uma infinidade de normalizações e restrições à liberdade de fumar.

Também, a conclusão pelo direito de fumar em espaços coletivos abertos se baseia na seguinte premissa: (iii) a ausência de um direito à saúde na perspectiva do constitucionalismo hayekiano, situação impeditiva à conclusão pelo dever estatal em promover a saúde dos indivíduos. Apenas danos à liberdade dos não fumantes, a exemplo de aspirarem ar desimpedido de fumaça tóxica, poderiam justificar a intermediação do Direito na hipótese. Os danos à medicina socializada estatal não justificam o uso da força contra os fumantes. Em acréscimo, mesmo que o *argumento SUS* fosse levado em consideração, verificou-se que a arrecadação de impostos sobre o cigarro excede, e muito, os gastos com os fumantes na rede de saúde pública.

Por fim, a principal premissa que enseja a conclusão pelo direito de fumar é a defesa hayekiana do princípio da liberdade individual. Acreditar na autonomia, segundo Hayek, significa compreender que ninguém pode ser considerado juiz último dos valores alheios, e que o Direito apenas possui legitimidade de se interpor naqueles casos em que os danos às liberdades individuais se mostrarem flagrantes. Isso não significa, em Hayek, a suposição de que o indivíduo saiba o que é melhor para si, mas apenas denota a ausência de certezas a respeito daquilo que seja melhor para cada indivíduo.

O movimento anti-tabagista e as agências burocráticas exasperam os limites do razoável em todo mundo, e a ambição de reordenamento moral a partir de ideais como a *saúde* e a *saúde pública* merece denúncia, porquanto não cabe ao Estado tornar os homens virtuosos, mas apenas criar condições favoráveis para que os indivíduos possam realizar suas potencialidades em um ambiente que os proteja de arbitrariedades.

Conquanto fumar seja uma atividade moralmente desaprovada nos tempos atuais, os indivíduos devem ser livres na dimensão do *império da lei* para fumar se assim desejarem, porque a civilização depende da diversidade de comportamentos morais. Caso se assuma a premissa de que fumar causa malefícios, mesmo assim a defesa pela liberdade deve prevalecer, uma vez que erros podem ser corrigidos automaticamente quando detectados. Nas sociedades em que os indivíduos são coagidos a servir aos mesmos propósitos coletivistas, a exemplo da *saúde*, ou da *saúde pública* em nome de uma medicina socializada qualquer, não se permite aos dissidentes perseguirem outros fins. E é exatamente a pluralidade de propósitos, desde o respeito às

liberdades individuais, que faculta o avanço civilizacional, ou o retrocesso com o acúmulo de experiências também a partir dos erros cometidos.

Nas palavras do filósofo Alberto Oliva: “A pretensão de construir uma ordem social ideal, via engenharia social, pelos detentores circunstanciais do poder está fadada a desembocar em maior concentração de poder e em drásticas reduções do potencial de escolha individual”. Nesse cenário, a ordem social mais desejável é aquela que enseja o desabrochar das melhores potencialidades humanas, e a liberdade é “o único dispositivo conhecido que permite a busca do melhor que há em nós, é a garantia de que o novo poderá ser buscado sem sofrer restrições impostas pelo dirigismo cerceador empregado por arrogantes autoridades ou ineptos burocratas” (Cf. OLIVA, 1999, p. 222).

A plena vigência da liberdade decorrerá, entre outros fatores, “da dessubstancialização do social, da dissolução dos todos numa miríade de indivíduos diligentemente dedicados a uma interminável busca que lhes permitirá conquistar muitas das coisas visadas, gerar outras não pretendidas e guardar como desejos as que poderão um dia ser alcançadas”, ao contrário da supressão da liberdade em nome de “obscuros objetos sociais chamados todos”. E arremeta Oliva: “afinal, o que há, o que de fato existe somos nós e nossa obsessiva busca do sentido das coisas. O panóptico da autoridade central é uma constante ameaça que só pode ser neutralizada se jamais abirmos mão de ser senhores de nós mesmos” (Cf. OLIVA, 1999, p. 222).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, Rio de Janeiro, jul/set 1999, p. 67-79.

ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO (ACT). National and Subnational Legislation Requiring Enclosed Restaurants and Bars to be 100% Smoke-free, set. 2008. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/146_Leis-de-Ambientes-Livres-de-Fumo-no-Mundo.pdf>. Acesso em: 18 out. 2015.

_____. Evidências científicas sobre tabagismo para subsídio ao Poder Judiciário, mar. 2013. Disponível em: <<http://www.actbr.org.br/tabagismo/fumo-passivo>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Avaliação das leis de proibição ao fumo, abr. 2013b. Disponível em: <http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/806_lei_ALT_PDV.pdf>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Fumo passivo. Disponível em: <<http://www.actbr.org.br/tabagismo/fumo-passivo>>. Acesso em: 5 set. 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ANGELI, Eduardo. *Hayek e a teoria das instituições*. 2007. 117 f. Dissertação (Mestrado em Economia). Universidade Estadual de Campinas. Campinas. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/eaheatdi.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

ARON, Raymond. A propósito de “The Constitution of Liberty”, de F. A. Hayek. In: *Estudos Políticos*. Tradução de Sérgio Bath, 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

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

_____. Espantalhus economicus. *Instituto Ordem Livre*, 2014. Disponível em: <<http://ordemlivre.org/posts/espantalhus-economicus--11>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. Liberdade. In: DIMOULIS, Dimitri. *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 467-470.

BARON, Rodolphe. Le bilan de Michael Bloomberg à la tête de New York. *Le monde*, Paris, 10 de set. de 2013. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/ameriques/article/2013/09/10/le-bilan-de-michael-bloomberg-a-la-tete-de-new-york_3475308_3222.html?xtmc=cigarettes&xtcr=25>. Acesso em: 15 set. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECKER, Gary; MURPHY, Kevin. A Theory of Rational Addiction. *The Journal of Political Economy*, v. 96, n. 4, p. 675-700, ago, 1988. Disponível em: <<http://www.jstor.org/pss/1830469>>. Acesso em: 15 de jun. de 2015.

BECKER, Gary; GROSSMAN, Michael; MURPHY, Kevin. An Empirical Analysis of Cigarette Addiction. *The American Economic Review*, v. 84, n. 3, p. 396-418, jun, 1994. Disponível em: <<http://www.jstor.org/pss/2118059>>. Acesso em: 15 de jun. de 2015.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução de Wanberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. [BERLIN, Isaiah, **Four Essays on Liberty**. Oxford University Press. 1969].

_____. Dois conceitos de liberdade. In: *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 226-272.

BLUNDELL, John. The life and work of Sir Antony Fisher. *Institute of Economic Affairs*, London, 2013. Disponível em: <<http://www.ica.org.uk/blog/the-life-and-work-of-sir-antony-fisher>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça. Tabaco, tabagismo e meio ambiente: estratégias da indústria e dilemas da crítica*. 2000. 431 f. Tese (Doutorado interdisciplinar em Ciências Humanas). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/79136>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

BRANDT, Allan M. Recruiting women smokers: the engineering of consent. *Digital Access to Scholarship at Harvard*, 1996. Disponível em: <<https://dash.harvard.edu/handle/1/3372908>>. Acesso em: 24 mar. 2015.

_____. *The Cigarette Century: the Rise, fall, and deadly Persistence of the Product That Defined America*. New York: Basic, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2006/Decreto/D5658.htm>. Acesso em: 5 set. 2015.

BRASIL, Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2006/Decreto/D5658.htm>. Acesso em: 5 set. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2006/Decreto/D5658.htm>. Acesso em: 5 set. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2011/lei/112546.htm>. Acesso em: 5 set. 2015.

BRITO JÚNIOR, Valdenor. Apresentação. *Tábula (não) rasa e libertarianismo bleeding heart* (blog), Jan. 2013. Disponível em: <<https://libertarianismoedarwinismo.wordpress.com/2013/01/18/apresentacao-do-blog/>>. Acesso em: 13 mai. 2015.

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

CAMPOS, Roberto. *Antologia do bom senso*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996.

_____. *A lanterna na popa: memórias*. 4. ed. v. 1 e 2. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004.

CANOTILHO, José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, [s.d.].

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CLIC FOLHA. SUS registra gasto R\$ 1,4 bilhão com tratamento de doenças relacionadas ao cigarro, fev. 2014. Disponível em: <<http://www.clicfolha.com.br/noticia/41041/sus-registra-gasto-r-14-bilhao-com-tratamento-de-doencas-relacionadas-ao-cigarro>>. Acesso em: 10 out. 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da constituição e da interpretação constitucional. In: COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 30-78.

COMPARATO, Fábio Konder. Raymundo Faoro historiador. *Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo*, ago. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142003000200024&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 ago. 2015.

CONSTANT, Benjamim. De la liberté des anciens comparée à celle des modernes. *Les cahiers psychologie politique*. Disponível em: <<http://lodel.irevues.inist.fr/cahierspsychologiepolitique/index.php?id=1>>

64>. Acesso em: 10 mai. 2013.

CONSULTOR JURÍDICO (CONJUR). Justiça Federal autoriza transfusão de sangue em testemunha de Jeová. nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-30/justica-federal-autorizatransfusao-sangue-testemunha-jeova>>. Acesso em: 5 ago. 2015.

DIAS, Samira Correia. *Caça às bruxas: um estudo sobre o combate ao tabagismo*. 2011. 84 f. Monografia (Graduação em Antropologia). Universidade Federal de Brasília. Brasília. Disponível em: <http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/2098/1/2011_SamiraCorreiaDias.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2013.

DICKENS, Charles. *Tempos Difíceis*. Tradução de José Baltazar Pereira Júnior. São Paulo: Boitempo, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. Colisão de direitos fundamentais. In: DIMOULIS, Dimitri. *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 148-150.

ENGELS, F. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. Tradução de Rosa Camargo Artigas e Reginaldo Forti, 2. ed. São Paulo: Global, 1985.

EPSTEIN, Richard. Hayekian socialism. *Mariland Law Review*, 1999. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2213&context=journal_articles>. Acesso em: 28 mai. 2015.

ESTADO DE SÃO PAULO. País tenta conter contrabando de cigarro, mai. 2015. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pais-tenta-conter-contrabando--de-cigarros----imp-,1695710>>. Acesso em: 10 out. 2015.

FERGUSON, Adam. *Principles of moral and political science*. London: A. Straham & T. Cadell; Edinburgh: W. Creech, 1792.

FERNÁNDEZ-MALDONADO, Miguel. Historia del tabaco. De panacea a pandemia. *Elsevier*, nov. 2005. Disponível em: <<http://www.elsevier.es/es-revista-medicina-clinica-2-articulo-historia-del-tabaco-de-panacea-13081955>>. Acesso em: 18 out. 2015.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza Albuquerque. A liberdade de fumar: sobre a liberdade de fumar e o direito à saúde na Constituição e na lei. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007. p. 194-218.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FORD, Andy. Charles Dickens: the making of a great writer. *Socialism Today*, mar. 2012. Disponível em: <<http://www.socialismtoday.org/156/dickens.html>>. Acesso em: 10 set. 2015.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. Tradução de Eduardo Brandão. Revisão da tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FREY, Klaus. Descentralização: lições atuais de Tocqueville. *Revista de cultura e política Lua Nova*, São Paulo, n. 51, p. 99-118, 2000.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Livre para escolher: um depoimento pessoal*. Tradução de Lígia Filgueiras. Rio de Janeiro: Record, 2015.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. Críticas de Roberto Campos à Constituição ainda ecoam. *Consultor Jurídico*, 25 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-25/embargos-culturais-criticas-roberto-campos-constituicao-ainda-ecoam>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

GRAY, John. *Hayek on Liberty*. 3 ed., Londres: Routledge, 1998.

HAMOWY, Ronald. F. A. Hayek and the common law. *Cato Journal*.

Disponível

em:

<<http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/cato-journal/2003/11/cj23n2-7.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2015.

HART, Herbert L. A. *Direito, Liberdade, Moralidade*. Tradução de Gerson dos Santos. Porto Alegre: Safe, 1987.

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

_____. The use of knowledge in society. *American economic review*, XXXV, n. 4, p. 519-530, 1945. Disponível em: <<http://www.econlib.org/library/Essays/hykKnw1.html>>. Acesso em: 22 ago. 2014. Traduzido por HAYEK, F.A. O uso do conhecimento na sociedade. *Instituto Mises Brasil*, 13 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1665>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

_____. *The counter-revolution of science: studies on the abuse of reason*. Glencoe: Free Press, 1952.

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

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

_____. *The mirage of social justice*. Vol. 2 of Law, legislation, and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy. Chicago: University of Chicago Press, 1976. Traduzido por HAYEK, F. A. *A miragem da justiça social*. Vol. 2 de Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Tradução de Anna Maria

Capovilla et al. São Paulo: Visão, 1985b.

_____. *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*. London & Melbourne: Routledge & Kegan Paul, 1978.

The political order of a free people. Vol. 3 of Law, legislation, and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy. Chicago: University of Chicago Press, 1979. Traduzido por HAYEK, F. A. A ordem política de um povo livre. Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Tradução de Anna Maria Capovilla et al. São Paulo: Visão, 1985c.

_____. *The fatal Conceit: the errors of socialism*. Chicago: The Chicago University Press, 1988. Traduzido por HAYEK, F. A. *A arrogância fatal*. Tradução de Ana Maria Capovilla e Candido Mendes Prunes. São Paulo: Ortiz, 1995.

HAZLITT, Henry. *The free man's library*. New York: D. Van Nostrand Company, 1956.

HIMMELFARB, Gertrude. *Os caminhos para a modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano*. Tradução de Gabriel Ferreira da Silva. São Paulo: É Realizações, 2011.

HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. Tradução de Débora Danowski. São Paulo: Editora da UNESP, 2009.

HUTCHESON, Francis. *An essay on the nature and conduct of the passions and affections, with illustrations on the moral sense*. Indianapolis: Liberty Fund, 2002.

_____. *Inquiry into the original of our ideas of beauty and virtue: in two treatises*. Indianapolis: Liberty Fund, 2008.

INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA (INCA). Número de fumantes no Brasil cai 20,5% em cinco anos. dez. 2014. Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/agencianoticias/site/home/noticias/2014/numero_de_fumantes_no_brasil_cai_20_por_cento_em_cinco_anos>. Acesso em: 5 ago. 2015.

JOUVENEL, Bertrand. *As origens do Estado moderno: uma história das ideias políticas no século XIX*. Tradução de Mamede de Souza Freitas. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Tradução de Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Tradução de Ivone Castilho Benedetti et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KUKATHAS, Chandran. *Hayek and Modern Liberalism*. Oxford, Oxford University Press, 1991.

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

LOCKE, Jonh. *Second Treatise of Government*. Disponível em: <<http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2015.

MACEDO, Ubiratan Borges de. *Liberalismo e justiça social*. São Paulo: 1995.

MAD MEN Inventando verdades. Primeira Temporada. Episódio 1. Universal Pictures, 2009. 1 dvd.

MANDEVILLE, Bernard. *Fable of the bees: or, private vices, publick benefits*. Indianapolis: Liberty Fund, 1988.

MÂNICA, Fernando Borges. *Participação privada na prestação de serviços públicos de saúde*. 2009. 306 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-06072011093153/pt-br.php>>. Acesso em: 10 out. 2015.

MARTINS, Leonardo. Direitos fundamentais (efeito horizontal). In: DIMOULIS, Dimitri. *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 289-291.

McCLOSKEY, Deirdre. Why does 1% of history have 99% of the wealth? Abr. 29, 2014. Disponível em: <<http://www.learnliberty.org/videos/why-does-1-of-history-have-99-of-the-wealth/>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. London: Oxford University Press, 1975. Traduzido por MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Escala, 2006.

MILLER, Eugene F. *Hayek's the constitution of liberty: an account of its argument*. London: The Institute of Economic Affairs, 2010.

MISES, Ludwig von. *Liberalismo segundo a tradição clássica*. Tradução de: Haydn Coutinho Pimenta. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/files/literature/Liberalismo%20Segundo%20a%20Tradição%20Clássica%20-%20WEB.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

NARDI, Jean-Baptiste. *A história do fumo brasileiro*. Rio de Janeiro, Brasiliense, 1996. Rio de Janeiro: ABIFUMO, 1985.

_____. *O fumo brasileiro no período colonial*. São Paulo: Brasiliense, 1996.

NETO DUARTE, José. *Rigidez e estabilidade constitucional: estudo da organização constitucional brasileira*. 2009. 284 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo. Disponível em: <file:///C:/Users/Marco/Desktop/Rigidez_e_Estabilidade_Constitucional_Estudo_da_Organizaca.pdf>. Acesso em: 10 out. 2015.

OGLOBO. Política antifumo evita 7,5 milhões de mortes em 41 países em três anos, jul. 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/politica-antifumo-evita-75-milhoes-de-mortes-em-41-paises-em-tres-anos-8872894>>. Acesso em: 5 jul. 2015.

OLIVA, Alberto. *Conhecimento e liberdade: individualismo x coletivismo*. 2 ed. Porto Alegre: Edipucrs, 1999.

OLIVA, Gabriel. The road to servomechanisms: the influence of Cybernetics on Hayek from the sensory order to the social order. *The Center for the History of Political Economy Working Paper Series*, 6 out. 2015. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2670064>. Acesso em: 28 dez. 2015.

OLIVEIRA, Damião Alexandre Tavares. *A liberdade de fumar enquanto direito fundamental na Constituição da República de 1988: análise da (in) constitucionalidade do art. 49 da Lei 12.546/2011, que suprimiu os espaços reservados para fumantes em recintos coletivos públicos e privados no Brasil, segundo procedimento de ponderação do Prof. Jorge Reis Novais*. 2012. 126 f. Relatório científico (Mestrado em Direito). Universidade de Lisboa. Lisboa. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/08/2013_08_08461_08586.pdf>. Acesso em: 10 out. 2015.

OLIVEIRA VIANA, Francisco. *O idealismo da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Nacional, 1939.

OLIVEIRA, Vitor Castro. *Soberania em tempos democráticos: François Guizot e Alexis de Tocqueville*. 2012. 154 f. Dissertação (Mestrado em História). Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória. Disponível em: <http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_4770_.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

OLLER DO NASCIMENTO, Rodrigo Zingales. *As políticas públicas antitabagistas e os efeitos à competição no mercado brasileiro de cigarro: uma análise crítica para debate*. 2011. 164 f. Dissertação (Mestrado em Economia). Fundação Getúlio Vargas. São Paulo. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9404/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Final%20-%20Publicada.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 5 jul. 2015.

OLSEN, Ana Carolina Lope. *A Eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. 2006. 375 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3084/Disserta%E7%E3o%20-%20Ana%20Carolina%20Lopes%20Olsen.pdf?sequence=1>>. Acesso

em: 5 jul. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS), 1946. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

_____. *Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde*. Décima Revisão (CID 10). Traduzido pela Faculdade de Saúde Pública de São Paulo. Centro Colaborador da OMS para Classificação de Doenças em Português. 4. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997.

ORTEGA Y GASSET. *La rebelión de las masas*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2008.

PEÑALOZA, Rodrigo. Nota publicada no Facebook. Acesso em: 29 nov. 2015.

PIRES, Samuel de Paiva. *Do conceito de liberdade em Friedrich A. Hayek: um contributo para o estudo do liberalismo clássico em Portugal*. 2011. 81 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade Técnica de Lisboa – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Lisboa. Disponível em: <<http://samueldepaivapires.com/wp-content/uploads/2012/06/Do-conceito-de-liberdade-em-F.-A.-Hayek.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

PONGRACIC JR. Ivan. A grande depressão de acordo com Milton Friedman. *Portal Libertarianismo*, 21 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/index.php/artigos/grande-depressao-acordo-milton-friedman/>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

POPPER, Karl. *A miséria do historicismo*. Tradução de Octanny S. da Mota e Leonidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 1980.

PROCTOR, Robert. *Racial hygiene: medicine under nazis*. Cambridge: Harvard University, 1988.

PRUNES, Cândido Mendes (org). *Hayek no Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2006.

RAZ, Joseph. The rule of law and its virtue. In: CUNNINGHAM, Robert L. (ed.). *Liberty and the Rule of Law*, College Station: Texas A&M University Press, 1979, p. 3-21.

REIS, Moisés Ângelo de Moura. *Constitucionalismo e profecia em Roberto Campos*. 2011. 95 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional Econômico). Universidade Católica de Brasília. Brasília. Disponível em: <http://www.btdt.ucb.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1541>. Acesso em: 8 out. 2015.

ROBERTS, Sam. New York Is Winning Fight Against Tobacco. After 372 Years. *The New York Times*, Nova York, set. 2011. Disponível em: <<http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=990DE6DF1F3CF934A2575AC0A9679D8B63>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

RODRIGUEZ, Miguel Angel Schmitt. *Cinema clássico americano e produção de subjetividades: o cigarro em cena*. 2008. 113 f. Dissertação (Mestrado em História). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/91803/258230.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 mai. 2014.

ROSA, Cristiano Carvalho. Kafka e o sistema tributário brasileiro: uma visão pela perspectiva do direito e economia. In: *Latin American and Caribbean Law and Economics Association*, 2014. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=cristiano_carvalho>. Acesso em: 28 ago. 2015.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do estado-providência*. Tradução de Joel Pimentel Ulhôa. Goiânia: UFG; Brasília: UNB, 1997.

ROSSELLO, Miquel. Imperio de la Ley en contraposición a Estado de derecho. *Instituto Juan de Mariana*, Madrid, 2014. Disponível em: <<https://www.juandemariana.org/ijm-actualidad/analisis-diario/imperio-de-la-ley-en-contraposicion-estado-de-derecho>>. Acesso em: 28 abr. 2015. Tradução de Adriel Santana.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Union Générale d'Éditions, 1963. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/contrat_social/Contrat>

_social.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2015.

SALAMA, Bruno; MENDES, Lucas. Razão e evolução: a epistemologia da ordem liberal. *Instituto Ordem Liberal*, 29. ago. 2009. Disponível em: <<http://ordemlivre.org/posts/razao-e-evolucao-a-epistemologia-da-ordem-liberal>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

SCRUTON, Roger. *Breve História da Filosofia Moderna*. Lisboa: Guerra e Paz, 2010.

SELF, Will. *A guimba*. São Paulo: Alfaguarra, 2010.

SHAFTERSBURY, Earl of. *Characteristicks of men, manners, opinions, times*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

SHALER, Jeffrey A. Moral hygiene. *Society*, mai/jun 2002. Disponível em: <<http://www.schaler.net/moralhygienebyschaler.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

SIEGEL, Michael B. A smoking ban too far. *The New York Times*, Nova York, 5 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2011/05/06/opinion/06siegel.html>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

SKOBLE, Aeon. Hayek the philosopher of law. In: FESER, Edward (org). *The Cambridge Companion to Hayek*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 171-181.

SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. London: A. Millar. 1790. Disponível em: <<http://www.econlib.org/library/Smith/smMS6.html>>. Acesso em: 23 set. 2015.

_____. *Riqueza das nações*. Tradução de Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SOGOCIO, Marcela Pompeo de Sousa Campos. *O Brasil adverte: fumar é prejudicial à saúde. Análise do Processo de Ratificação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco*. Brasília: Instituto Rio Branco do Ministério das Relações Exteriores, 2011. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/353_Mestrado_RatificacaoCQCT>.

pdf>. Acesso em: 14 jun. 2013.

SOTO, Jesús Huerta de. *Escola Austríaca: mercado e criatividade empresarial*. Tradução de André Azevedo Alves. São Paulo: Instituto Mises Brasil, 2010. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/files/literature/Escola%20Austr%C3%ADaca%20-%20Mercado%20e%20criatividade%20empresarial%20-%20WEB.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

SOUZA CRUZ. O ato de fumar. Porto Alegre, 5 out. 2011. Disponível em: <http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU_7UVF24.nsf/vwPagesWebLive/DO7V9MGN?opendocument&SKN=1>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. Riscos à saúde. Porto Alegre, 5 out. 2011. Disponível em: <http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU_7UVF24.nsf/vwPagesWebLive/DO7V9N8T?opendocument&SKN=1>. Acesso em: 10 out. 2013.

SPOONER, Lysander. *Vícios não são crimes*. Tradução de Erick Vasconcellos. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/joomla/livros/vnsc.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

STRAUSS, Leo. *Direito natural e história*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2009.

SURGEON General's Advisory Committee on Smoking and Health. *Reducing the Health Consequences of Smoking: 50 years of Progress: A Report of the Surgeon General*. Rockville: Public Health Service, 2014. Disponível em: <<http://ash.org/wp-content/uploads/2014/01/full-report.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martin Fontes, 2001. 2v.

VANCE, Laurence. Mises explica a guerra às drogas. *Instituto Ludwig von Mises Brasil*, out. 2013. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1722>>. Acesso em: 22 set. 2015.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *48^a World Health Assembly: resolutions and decisions, annexes*. Geneva: World Health Organization, 1995. Disponível em: <http://www.who.int/tobacco/framework/wha_eb/wha48_11/en/index.html>. Acesso em: 22 set. 2013.

_____. *52^a World Health Assembly: resolutions and decisions, annexes*. Geneva: World Health Organization, 1999. Disponível em: <http://www.who.int/tobacco/framework/wha_eb/wha52_18/en/index.html>. Acesso em: 22 set. 2013.

_____. *56^a World Health Assembly: resolutions and decisions, annexes*. Geneva: World Health Organization, 2003. Disponível em: <http://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/WHA56/ea56r1.pdf>. Acesso em: 22 set. 2013.

_____. *Report on the Global Tobacco Epidemic, 2011 – Implementing smoke-free environments*. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85380/1/9789241505871_eng.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2013.

ANEXO I

Número de internações por Capítulo CID-10 durante o período de 2009 até 2014							
Capítulo CID-10	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2009-2014
Gravidez, parto e puerpério	2.403.986	2.377.699	2.360.285	2.301.769	2.319.472	2.352.535	2.352.624
Doenças do aparelho respiratório	1.334.933	1.432.305	1.419.977	1.315.366	1.316.437	1.247.249	1.381.081
Doenças do aparelho circulatório	1.139.140	1.153.213	1.159.210	1.137.024	1.133.235	1.140.482	1.143.717
Doenças do aparelho digestivo	996.109	1.041.125	1.032.061	1.041.999	1.042.930	1.079.664	1.038.981
Lesões, traumatismos e algumas outras consequências de causas externas	881.800	926.080	969.850	996.177	1.053.446	1.115.935	990.551
Algumas doenças infecciosas e parasitárias	928.304	1.021.324	918.804	855.957	867.074	825.911	902.896
Doenças do aparelho geniturinário	758.735	793.650	780.807	779.988	766.738	794.580	779.653
Neoplasias (tumores)	575.371	604.809	624.035	639.788	691.543	725.613	646.860
Doenças endócrinas, nutricionais e metabólicas	385.303	300.415	289.599	281.425	273.749	269.202	385.282
Transtornos mentais e comportamentais	275.286	285.736	287.126	273.607	251.752	243.792	269.550
Algumas afeções originadas no período perinatal	193.829	202.414	214.813	218.418	228.784	233.626	215.648
Doenças da pele e do tecido subcutâneo	180.891	204.654	219.070	219.832	226.479	239.042	214.995
Contatos com serviços de saúde	227.450	211.202	210.476	210.701	202.138	211.890	212.310
Doenças do sistema osteomuscular e tecido conjuntivo	197.804	199.848	198.301	196.537	204.991	207.420	200.820
Doenças do sistema nervoso	166.833	170.005	169.934	171.366	177.883	179.708	172.622
Síndromas, sinais e achados anormais de exames clínicos e de laboratório	134.629	150.518	152.278	153.485	154.361	154.620	149.982
Doenças do olho e ouvidos	67.572	76.037	86.049	93.453	97.261	102.809	87.194
Doenças do sangue e dos órgãos hematopoiéticos e alguns transtornos imunitários	79.675	84.656	85.776	86.778	88.793	89.416	85.882
Malformações congênitas, defeitos e anomalias cromossômicas	79.779	79.422	80.198	77.627	78.182	78.496	78.047
Doenças do ouvido e da apêndice mastoide	18.275	19.500	19.751	18.474	18.490	18.510	18.833
Causas externas de morbidade e mortalidade	2.863	3.163	3.165	2.828	3.421	3.709	3.192
Total	11.128.809	11.337.965	11.281.570	11.092.589	11.197.159	11.316.029	11.229.020

Fonte: Ministério da Saúde - Sistema de Informações Hospitalares do SUS (SIH/SUS)

ANEXO II

CIGARROS E OS IMPOSTOS				
BRASIL				
ESPECIFICAÇÃO	2012		2013	
	R\$	%	R\$	%
IPI	4.416.526.970,00	27,00	4.194.763.840,00	23,76
ICM Indústria	4.089.376.820,00	25,00	4.413.985.840,00	25,00
ICM Varejo	179.932.580,00	1,10	372.540.400,00	2,11
Selo de Controle	0,00	0,00	0,00	0,00
Cofins	1.066.836.240,00	6,52	1.060.134.700,00	6,00
PIS	727.582.320,00	4,45	722.521.810,00	4,09
Total dos Tributos	10.480.254.930,00	64,07	10.763.946.590,00	60,96
Margem da Indústria	3.875.027.780,00	23,69	4.774.861.050,00	27,04
Margem do Varejo	1.382.209.370,00	8,45	1.491.827.640,00	8,45
Margem do Fumicultor	620.015.220,00	3,79	625.308.060,00	3,54
TOTAL GERAL	16.357.507.300,00	100	17.655.943.340,00	100
Consumo Maços	4.449.854.000		3.795.907.320	
R\$/maço	3,676		4,651	

Fonte: Receita Federal / Afubra