

# A LIBERDADE SOB O ESTADO DE DIREITO

Pedro Nobuyuki Urashima\*

---

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo responder à pergunta: se o Estado de Direito é o governo do direito, e não dos homens, o que credencia o direito a governar? Defende-se que o governo do direito tem como exigência básica a reciprocidade e que sua observância garante uma forma específica de liberdade. A investigação proposta é jurídico-teórica, de caráter argumentativo e analítico, pois tem por foco uma disputa entre ideias sobre um tópico controvertido, para mostrar que determinada concepção está certa. Para defender e detalhar a tese, adota-se um conceito geral de liberdade social, a partir do qual se elabora dois parâmetros de avaliação: o parâmetro funcional e o parâmetro da justificação liberal. A conexão entre liberdade e Estado de Direito proposta por Friedrich Hayek é assim examinada e criticada por (a) não conceber os cidadãos enquanto agentes dotados de uma inviolabilidade que merece respeito; (b) não ser apta a examinar violações da liberdade que uma concepção de Estado de Direito deve considerar. Como alternativa, a importância moral de poder reivindicar direitos em juízo é destacada. O resultado é uma concepção de Estado de Direito focada em fóruns de deliberação pública nos quais a agência moral de cada cidadão é reconhecida. Nesses termos, o fundamento do Estado de Direito é a reciprocidade da justificação pública característica dos debates sobre direitos.

Palavras-chave: Estado de Direito; liberdade; liberalismo.

---

---

Data de submissão: 20/06/2024

Data de aprovação: 09/12/2024

\*Graduado em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Doutorando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais.

# FREEDOM UNDER THE RULE OF LAW

Pedro Nobuyuki Urashima

---

## ABSTRACT

The paper aims to answer the question: if The Rule of Law means that Law rules, and not men, what does entitle Law to rule? It is argued that reciprocity is a basic Rule of Law requirement and that its observance guarantees a specific form of freedom. The proposed investigation is legal-theoretical, argumentative, and analytical, since it focuses on a dispute between ideas on a controversial topic, to show that a certain conception is right. The main contention is defended and elaborated by adopting a general concept of social freedom, from which two evaluative standards follow: the functional standard and the liberal justification standard. The connection Fredrich Hayek posits between freedom and the Rule of Law is thus assessed and criticized for (a) not conceiving citizens as agents endowed with an inviolability that deserves respect; (b) not being apt to examine violations of liberty that a theory of The Rule of Law must consider. As an alternative, the moral importance of being entitled to claim rights before an adjudicative body is properly considered. The result is a conception of The Rule of Law centered on forums of public deliberation in which the moral agency of every citizen is recognized. Accordingly, the foundation of the Rule of Law is the reciprocity of public justification, which is characteristic of debates about rights.

Keywords: Rule of Law; freedom; liberalism.

---

---

Date of submission: 20/06/2024

Date of approval: 09/12/2024

## INTRODUÇÃO

O Estado de Direito é um dos valores centrais das sociedades liberais modernas. Basta olhar que o direito intermedeia tanto as relações que os cidadãos possuem uns com os outros — definindo as condições de responsabilidade civil e penal, as condições de validade de negócios jurídicos, as formas de criar e regularizar associações— quanto as relações entre o Estado e os cidadãos— definindo direitos fundamentais, normas procedimentais para averiguar a situação normativa dos cidadãos, as normas de eleição dos governantes. Todavia, a relevância do direito não se põe apenas em um nível descritivo, possuindo também uma relevância moral.

A definição de quais normas jurídicas serão adotadas e o modo como elas serão aplicadas possuem grande impacto na vida dos cidadãos. A liberdade de que gozam, a estabilidade de sua propriedade e o regime político sob o qual vivem dependem de quais normas jurídicas os vinculam. Desse modo, o direito se credencia como objeto de avaliação moral. Essa avaliação pode ser feita de, pelo menos, duas formas: (i) analisando o conteúdo das normas jurídicas e das decisões que as aplicam; (ii) analisando o direito como método de governança e de solução de conflitos.

No presente trabalho, tenho em vista a segunda forma de avaliação moral. Para tanto, buscarei responder à seguinte questão: se o Estado de Direito é o governo do direito, e não dos homens, o que credencia o direito a governar? Em outras palavras, como nossa situação moral é aprimorada pelo respeito ao Estado de Direito? Defenderei que o Estado de Direito tem como exigência básica a reciprocidade e que sua observância garante uma forma específica de liberdade. Isso exige, contudo, confrontar a teoria de Friedrich Hayek, notória por postular a conexão entre liberdade e o Estado de Direito.

Metodologicamente, o trabalho pode ser classificado como de vertente crítica-metodológica, isto é, ele se desenvolve partindo da ideia de razão prática e de sua relevância para explicar a prática jurídica (Gustin; Dias, 2010, p. 20). A investigação proposta é jurídico-teórica, de caráter argumentativo e analítico, pois tem por foco uma disputa entre ideias, ou pontos de vista, sobre um tópico controvertido, para mostrar que determinada tese está certa ou errada. Assim, as ideias de cada um dos lados da disputa serão apresentadas em detalhes, com sua estrutura, intuições de fundo e o conteúdo de seus argumentos, para provar ou refutar as teses defendidas (Campos, 2022, p. 23).

O artigo é dividido da seguinte forma: primeiro, adoto um conceito geral de liberdade social e defino parâmetros de correção a partir dos quais as concepções em disputa serão analisadas. Os parâmetros em questão serão o parâmetro funcional e o parâmetro da justificação liberal. Segundo, volto-me à teoria de Hayek, tendo especial atenção à conexão entre sua concepção de liberdade e a ideia de ordem espontânea. Dessa forma, retomo como Hayek concebe a contribuição do direito à vida social. Encerro essa seção argumentando que dois erros acometem a teoria de Hayek: (a) não conceber os cidadãos enquanto agentes dotados de uma inviolabilidade que merece respeito. Ao invés disso, ele os concebe como agentes auto interessados cuja coordenação é socialmente desejável. (b) Não ser apta a examinar violações da liberdade que uma concepção de Estado de Direito deve considerar. Buscando evitar tais erros, na terceira seção, elaboro uma

concepção de Estado de Direito partindo de uma teoria segundo a qual a principal tarefa da adjudicação é determinar de forma vinculante questões levantadas por reivindicações de direitos e acusações de culpa (Fuller, 2001, p. 111). A importância moral de poder reivindicar direitos em juízo é destacada, para, assim, propor uma concepção de Estado de Direito focada em fóruns de deliberação pública nos quais a agência moral de cada cidadão é reconhecida.

## 1 UM BREVE PANORAMA

Como dito, pretendo responder à questão: como nossa situação moral é aprimorada pelo respeito ao Estado de Direito? Chama a atenção que um olhar panorâmico na literatura contemporânea leva à frustração de quem busca respostas a essa pergunta. Com ela, estamos sendo provocados a pensar qual o núcleo normativo do Estado de Direito. Porém, as teorias mais populares têm sido apresentadas como discussões sobre o conteúdo do Estado de Direito<sup>1</sup>.

Nesse contexto, a divisão entre teorias formais e substantivas se põe. As primeiras seriam formais por focarem na forma das normas que serão aplicadas aos cidadãos (Waldron, 2010, p.1). Dentre tais teorias, destaca-se a importância da generalidade, publicidade, não-retroatividade, inteligibilidade, consistência, possibilidade de cumprimento, estabilidade e da congruência das ações oficiais com as normas que anunciam (Fuller, 1969, p.38-39; Finnis 1980, p.270-1; Raz 1979, p. 214-18). Já as teorias de segundo tipo seriam substantivas por defenderem que o Estado de Direito exige normas com conteúdo específico, em especial normas que respeitam direitos humanos básicos (Waldron, 2016, seção 5.3). A intuição que lhes move é a de que não é correto dizer que o Estado de Direito está sendo respeitado quando as normas gerais, públicas, claras, não-retroativas, etc. prescrevem que uma minoria possui menos direitos, podendo, inclusive, ter seus bens apreendidos e sua integridade física ameaçada para atender políticas públicas ou o interesse de particulares (Bingham, 2010, p.67).

A simples apresentação dessas posições pouco nos diz. Não é claro qual está correta. Por um lado, os teóricos formais parecem ter acertado na medida em que têm condições de explicar as especificidades do Estado de Direito sem confundi-lo com outros valores, como a justiça e a democracia. Por outro lado, os teóricos substantivos ganham razão quando ponderamos que, se o Estado de Direito for de fato compatível com grandes iniquidades, temos menos razões para celebrá-lo e fazer reformas institucionais dispendiosas em seu nome (e.g Hart, 1994, p.206-207).

Podemos buscar uma saída desse impasse olhando para aquilo que teorias formais e substantivas têm em comum. Ambas as posições parecem compartilhar dos seguintes pressupostos: (a) a confiança de que os principais elementos do Estado de Direito são instituições jurídicas; (b) a confiança igualmente forte de que teóricos estão em condições de estipular quais arranjos institucionais satisfazem

---

<sup>1</sup>A discussão sobre o conteúdo do Estado de Direito não deve ser confundida com a discussão sobre qual conteúdo as normas jurídicas devem ter. A primeira discussão diz respeito àquilo que distingue o direito de outras formas de governança, focando nas especificidades da forma jurídica de governar.

o Estado de Direito (Krygier, 2007, p.4). Mas, se esse diagnóstico estiver correto, tais teorias são limitadas, pois não respondem: o que estamos buscando quando queremos garantir o Estado de Direito? O que as instituições que observam os princípios x,y e z, estipulados por nossa concepção, conseguem fornecer?

Essas perguntas farão sentido se pensarmos primeiro no *telos* do Estado de Direito, isto é, seu núcleo normativo. Isso feito, podemos nos perguntar o que precisamos fazer para satisfazê-lo. Nesse segundo momento, discussões de arranjos institucionais se tornam pertinentes. Outra vantagem de proceder desse modo é que há espaço para acomodar pesquisas sociológicas sobre o Estado de Direito, permitindo um diálogo entre estudos empíricos e normativos. Afinal, uma teoria normativa pode apenas apresentar orientações gerais sobre quais instituições melhor instanciam uma concepção (*telos*), sendo necessário também analisar a sociedade nas tais instituições funcionarão e quais fatores sociais afetam o modo pelo qual o direito é mantido e reproduzido (Krygier, 2007, p.2).

As complexidades envolvidas em pensar o Estado de Direito ficam claras diante de questões sensíveis que afetam a sociedade brasileira, como a ausência de investigação e responsabilização diante de execuções sumárias e o fenômeno da estatização das mortes.<sup>2</sup> Esses fenômenos são complexos e comportam diversas dimensões, sendo uma delas a normativa. Para compreendê-la, é preciso identificar as responsabilidades e deveres funcionais que não estão sendo satisfeitos. Antes disso, contudo, é necessário compreender qual o propósito do Estado de Direito e dos valores que dele dependem, como a presunção de inocência, devido processo legal e acesso à justiça. O presente trabalho busca contribuir nesse sentido.

## 2 LIBERDADE E LIBERALISMO

Como apresentado na introdução, pretendo defender que o Estado de Direito viabiliza uma forma específica de liberdade. Em razão disso, confronto a teoria de Hayek, que também postula essa conexão, mas, como veremos, em termos distintos. Na presente seção, importa estipular um conceito de liberdade para avaliar as teorias analisadas. Também vale frisar que compreendo a teoria de Hayek como uma teoria liberal, e que se há algo de correto nela é justamente seu compromisso com o liberalismo. Minha diferença com Hayek está em como interpreto a liberdade e os fundamentos do liberalismo. Essas discordâncias

---

<sup>2</sup>O processo de estatização das mortes é o processo evidenciado pelo dado de que as polícias são responsáveis pela maior parte das chacinas e das mortes em chacinas na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. A introdução desse conceito e os gráficos que o respaldam podem ser vistos em: HIRATA, Daniel et.al. Chacinas Policiais no Rio de Janeiro: Estatização das Mortes, Mega Chacinas Policiais e Impunidade. Relatório Grupo de Estudos dos Novos Illegalismos (GENI-UFF). FAPERJ: Rio de Janeiro, 2023, pp.6-7. Os dados relativos à não apuração e responsabilização dos casos de letalidade policial em megachacinas (aquelas nas quais há mais de oito mortes) no Rio de Janeiro podem ser encontrados em Ibid., pp.18-24. Ainda, ver a significativa diminuição do número de feridos e mortos no período logo após a decisão do Ministro Edson Fachin sobre o pedido de Medida Cautelar na ADPF 635 nos gráficos disponíveis em: HIRATA, Daniel et al. Efeitos da Medida Cautelar na ADPF 635 sobre as operações policiais na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Boletim Extraordinário CAAF/Unifesp de enfrentamento da Covid19. Mortos e Mortes da Covid-19: saberes instituições e regulações, 2020, p.5 -7. Agradeço a Robson Valadares por ressaltar a importância dessa decisão para pensarmos o Estado de Direito no Brasil e a Lunare Amorim por me ajudar a evitar algumas ambiguidades na escrita do trecho ao qual a nota se vincula.

repercutem diretamente em como se deve compreender o núcleo normativo do Estado de Direito, e, por isso, entendo que são mais profundas do que parecem.

Começo com o conceito de liberdade, para depois indicar o que definirei como tese comum aos liberais. Por liberdade, devemos compreender uma relação triádica: “*Liberdade*: condição na qual um agente é livre de constrangimentos ou obstáculos para fazer certas coisas ou se tornar certas coisas” (Carter, 2021, seção 4).<sup>3</sup>

A liberdade é, então, uma relação entre três elementos: (1) um agente; (2) certas condições que lhe impõem obstáculos e (3) determinadas ações ou estados do agente. Quando falamos de liberdade, podemos traduzir o que pretendemos dizer especificando *quem* é livre ou não-livre; em relação *ao que* se é livre ou não; livre para *fazer ou virar o que*. Importante notar que as concepções vão variar a depender de como definem os agentes, os constrangimentos que significam ameaças à sua liberdade e quais propósitos os agentes são livres ou não para perseguir (Carter, 2021, seção 4).

Preocupo-me com a liberdade social, isto é, com constrangimentos que agentes são capazes de impor a outros agentes. Dessa forma, as concepções analisadas concordam que os constrangimentos relevantes decorrem de ações humanas. A lei da gravidade ou a evolução da espécie não restringem nossa liberdade. Portanto, não é cabível dizer que somos menos livres porque não conseguimos voar ou planar sem meios de transporte. Isso posto, é possível dizer que: por serem causadas por seres humanos, as restrições à liberdade precisam ser justificadas a quem as sofre (Miller, 1993), p.72). A função de uma concepção de liberdade social é nos alertar para as restrições efetivas ou potenciais à ação que precisam ser justificadas (List; Valentini, 2016, p.7). A partir disso, podemos definir o seguinte parâmetro de correção para uma concepção de liberdade: “*Parâmetro funcional*: Uma concepção de liberdade deve destacar as restrições modais<sup>4</sup> à ação que precisam ser justificadas” (List; Valentini, 2016, p. 7).

A partir da exigência de justificar aquilo que se reconhece como uma restrição à liberdade, é possível trazer à tona o comprometimento que entendo

---

<sup>3</sup> Uma objeção possível a esse conceito de liberdade é de que ele apenas captura a liberdade negativa, não sendo capaz de explicar a liberdade positiva. Essa distinção foi popularizada por Berlin, Isaiah, 1969, ‘Two Concepts of Liberty’, in I. Berlin, Four Essays on Liberty, London: Oxford University Press: 118–72. Nos termos de Berlin, a liberdade negativa significa a ausência de obstáculos, barreiras ou constrangimentos. Já a liberdade positiva é a possibilidade de agir de forma a assumir controle sobre a própria vida e concretizar objetivos. Uma resposta a essa crítica é a de que a liberdade positiva é nada mais do que a ausência de quaisquer obstáculos à realização do verdadeiro self. Assim, a diferença entre a liberdade negativa e a positiva está apenas no escopo dos constrangimentos à liberdade. A liberdade negativa caracteriza de forma estrita o que se entende por constrangimentos à liberdade, de forma que as opções franqueadas por essa forma de liberdade são várias. A liberdade positiva caracteriza de forma ampla o que se entende por constrangimentos à liberdade, de forma que apenas determinadas ações são permitidas. Para a indicação da bibliografia onde esse argumento é desenvolvido, ver: CARTER, Ian, «Positive and Negative Liberty», The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2022 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/liberty-positive-negative/>.

<sup>4</sup> Restrições efetivas ou potenciais.

ser central aos liberais.<sup>5</sup> Uma teoria da liberdade deve ser apta a identificar as restrições que precisam ser justificadas. Ao passo que uma teoria política liberal pretende fornecer os critérios que devem ser respeitados na justificação dessas restrições. Nesses termos, outro parâmetro se põe às teorias liberais:

*Parâmetro da Justificação liberal:* os liberais estão comprometidos com uma concepção de liberdade e respeito pela agência e capacidades individuais de homens e mulheres. Com base nela, compreendem que todos os aspectos da ordem social devem ser aceitáveis, ou devem poder ser aceitáveis, para cada um dos indivíduos (Waldron, 2012, p. 104).

Outra forma de enunciar a justificação liberal é dizer que os liberais estão conscientes de que o consenso duradouro em relação a doutrinas abrangentes religiosas, filosóficas, morais apenas é possível pelo uso da força pelo Estado (Rawls, 2005, p. 37). Uma vez que respeitam o pluralismo,<sup>6</sup> os liberais fornecem formas de justificação com ele compatíveis. Os autores liberais vão variar quanto à natureza do pluralismo<sup>7</sup> e quanto às formas de justificação que melhor se adequam a ele.

Apresentados os parâmetros funcional e da justificação liberal, retomo o conceito de liberdade. Adotei a definição da liberdade como relação triádica, composta por (1) um agente; (2) certas condições que lhe impõem obstáculos e (3) determinadas ações ou estados do agente. O parâmetro funcional diz respeito às condições que impõem obstáculos (2); já o parâmetro de justificação liberal se torna relevante no momento da aplicação do parâmetro funcional. Todavia, é também possível compreender que a justificação liberal parte de concepções de agência e pessoa que acomodam o pluralismo. Nesse sentido, o parâmetro da justificação liberal é também decorrência de como as teorias definem (1).

Isso posto, uma teoria liberal preocupada com a liberdade pode ser criticada por dois motivos. Primeiro, por não identificar determinados atos como restritivos de liberdade, e, portanto, como necessários de serem justificados. Segundo, por elaborar justificações que são desrespeitosas, quer por estar aquém do que é necessário para respeitar cidadãos livres e iguais, quer por concebê-los de forma desrespeitosa. Defenderei que a teoria de Hayek comete os dois erros.

---

<sup>5</sup> Importante destacar que a escolha desse comprometimento se põe como uma posição normativa, e não como uma reconstrução histórica. Ou seja, a tese deve ser lida como aquilo que torna o liberalismo atraente e que orienta a interpretação de seus exemplares mais robustos.

<sup>6</sup> Ver também: RUDAS, Sebastián. Os Pluralismos liberais. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/dossie-liberalismo-sebastian-rudas/>.

<sup>7</sup> O reconhecimento e respeito ao pluralismo está intimamente atrelado à agência e personalidade moral atribuída aos cidadãos. Como um simples fato, o pluralismo não é apto a fornecer orientações normativas. Para tanto, ele precisa ser conjugado com uma concepção de pessoa cuja inviolabilidade exige o respeito ao pluralismo. Por divergirem quanto à concepção de pessoa que endossam, as teorias divergem quanto àquilo que deve ser preservado no pluralismo sem prejuízo à agência dos sujeitos. A divergência entre teóricos da razão pública que defendem modelos de consenso e aqueles que defendem modelos de convergência pode ser explicada nesses termos. Uma introdução à teoria de convergência que caracteriza bem a teoria de consenso pode ser encontrada em: GAUS, Gerald. A tale of two sets: Public reason in equilibrium. *Public Affairs Quarterly*, v. 25, n. 4, p. 305-325, 2011.

### **3 A LIBERDADE E O ESTADO DE DIREITO EM HAYEK**

Vejamos como Hayek preenche os elementos do conceito de liberdade como relação triádica.

O que mais chama a atenção é como ele vai entender os constrangimentos que representam ameaças à liberdade. Hayek define a liberdade como o “o estado no qual um homem não está sujeito à coerção por conta da vontade arbitrária de outro ou de outros” (Hayek, 2011, p. 58, tradução livre). O oposto da liberdade é a coerção. Para Hayek (2011, p. 71), a coerção ocorre quando uma pessoa ou grupo de pessoas controla e molda as circunstâncias de escolha de outra pessoa, forçando-a a satisfazer os fins de quem a coage, e não seus próprios fins. Nota-se que Hayek pensa na coerção como a execução de um plano por indivíduos que buscam satisfazer seus fins pela sujeição de outrem. Mas, o que o leva a fazer esse recorte? A resposta exige uma incursão preliminar na sua concepção de agência.

#### **3.1 Modelos de interpretação social e nossa ignorância relativa**

A noção de agência de Hayek vem à tona no seu exame de quais modelos interpretativos são mais qualificados para compreender o conceito de ordem. Membros de uma sociedade são dependentes de diversas formas de cooperação para satisfazer suas necessidades. Consequentemente, os agentes buscam a correspondência entre o que esperam de terceiros e o que eles realmente fazem. Para Hayek (2013, p. 35), uma ordem existe na medida em que há a correspondência entre as intenções e expectativas que levam à ação de diferentes indivíduos.

Segundo Hayek (2013, p. 10), há duas formas bastante distintas de interpretar os padrões de atividades humanas que levam à formação de uma ordem. A primeira forma compreende que as instituições servirão aos propósitos humanos apenas se tiverem sido deliberadamente elaboradas com esse fim. De acordo com esse modelo, a existência de uma instituição seria produto de um propósito previamente estipulado — garantir o ajuste entre expectativas e intenções — e devemos sempre reestruturar nossa sociedade e suas instituições para que elas sejam orientadas a satisfazer esse propósito. A segunda forma compreende que a ordenação da sociedade resulta também de processos de crescimento e evolução. Esses processos consistem na adoção de práticas por razões diversas ou mesmo por acidente. Além disso, tais práticas não são mantidas porque correspondem a um plano, mas porque se mostram necessárias para que uma sociedade prevaleça em face de outras.

O que incomoda Hayek é priorizar ou apenas considerar o primeiro modelo, em detrimento do segundo. Para ele, em sociedades complexas a maioria das regras que governam as condutas dos indivíduos, e a maioria das instituições que são constituídas por essas regras, são adaptações ao fato de que é impossível que alguém seja plenamente consciente de todos os fatos particulares que dão corpo à vida social (Hayek, 2013, p. 14). Nesse cenário, ganham importância as regras que apenas determinam os padrões de ações bem-sucedidas e, assim, consolidam uma estrutura coerente na qual os agentes podem interagir (Hayek, 2013, p. 13 e 15). Tais regras se destacam por seu caráter costumeiro, isto é, por não serem produto da vontade e planejamento de ninguém, nem mesmo articuladas em

palavras, mas honradas por ações (Hayek, 2013, p. 12-13). O máximo que elas são capazes de fazer é estabelecer uma regularidade de comportamento capaz de conferir uma estrutura na qual as expectativas e intenções dos agentes podem se ajustar. Todavia, se tal ajuste vai ou não acontecer depende de fatores que vão além das regras, como a posição inicial de cada indivíduo e as circunstâncias particulares do ambiente no qual cada um vai agir. As regras apenas induzem a formação de uma ordem (Hayek, 2013, p. 37-39).

Vemos que a concepção de agência e pessoa que Hayek elabora tem duas características: primeiro, os agentes são caracterizados como capazes de seguir regras, sendo essas compreendidas não apenas como diretrizes explícitas, mas também como costumes, hábitos e convenções (Hayek, 2013, p. 42 e p. 73-75). Importante constatar que, dado que a articulação dessas regras, por vezes, está para além das capacidades humanas, a habilidade dos agentes discuti-las e modificá-las é limitada (Hayek, 2013, p. 75 e 78). Segundo, os agentes são caracterizados como relativamente ignorantes quanto à totalidade de fatos necessários ao sucesso de suas ações. Isso se põe em razão da complexidade da ordem social e pelo fato de que parte das regras e informações que os agentes consideram no momento da ação não são passíveis de articulação verbal (Hayek, 2013, p. 40).

Partindo dessa caracterização da agência, Hayek compreende que há um pluralismo notadamente epistêmico no seio das sociedades complexas e que devemos levá-lo em conta na proposição de políticas públicas. Nesses termos, ele reinterpreta os argumentos contra a regulação do mercado. Sob a nova interpretação, tais argumentos salientam que, para aprimorar uma ordem espontânea, é necessário revisar as regras gerais sob as quais ela se desenvolve, e não intervir no próprio funcionamento da ordem resultante (Hayek, 2013, p. 49). A intervenção direta seria equivocada, pois os governantes são ignorantes quanto aos fatos que só os indivíduos sabem — às vezes sem articular — na particularidade de suas circunstâncias e na busca de seus propósitos. Com isso, o desajuste entre expectativas e ações é inevitável. No que se segue, buscarei demonstrar como a teoria da liberdade e do Estado de Direito de Hayek reproduz esse argumento.

### **3.2 Coerção, expectativas e o direito**

Vale lembrar: para Hayek, liberdade é a ausência de coerção. A coerção ocorre quando as ações de alguém são forçadas a servir à vontade de outrem. Ou seja, quem age não satisfaz à vontade do outro para se beneficiar, mas o faz porque é forçado a satisfazer propósito alheio (Hayek, 2011, p. 199). Por que isso é um mal? Ou, por que restrições à liberdade precisam ser justificadas? Para Hayek (2011, p. 200), os agentes satisfazem seus objetivos usando da inteligência e do conhecimento que dispõem, e, assim, antecipam algumas das condições de seu ambiente e as consequências de seus atos. Somente dessa forma conseguem elaborar um plano de ação. Todavia, se os fatos que determinam os planos dos agentes estiverem exclusivamente sob o controle de outrem, suas ações serão igualmente controladas (Hayek, 2011, p. 200). Lidos de forma isolada, esses argumentos sugerem uma concepção de liberdade como não-coerção pautada numa noção de respeito aos indivíduos. Porém, basta mantermos a noção de

ordem como pano de fundo, para entendermos que as preocupações de Hayek são de outra natureza.

O autor é claro ao dizer que “[a] coerção é, então, ruim porque impede que uma pessoa use suas faculdades mentais de forma plena e, assim, impede que ela faça a melhor contribuição que ela pode fazer à comunidade” (Hayek, 2011, p. 200-201, tradução livre). Tal como no argumento contra a regulação do mercado, o que se objeta aqui não é o desrespeito aos indivíduos, mas sim que a coerção inviabiliza a correspondência entre as intenções e expectativas quanto às ações dos indivíduos. Isso fica ainda mais claro quando Hayek declara seu apoio a uma forma restrita de utilitarismo.

Para Hayek (2011, p. 228), “é suficientemente verdadeiro que a justificação de qualquer norma jurídica deve ser sua serventia (*usefulness*)”. Contudo, Hayek pondera, isso não significa que todo conflito jurídico ou moral deve ser decidido da forma que seria mais expediente do ponto de vista de alguém que pudesse antecipar todas as consequências de seus atos. Isso seria a negação de qualquer norma e implicaria supor um conhecimento que nenhum agente tem no momento de sua ação. Hayek rejeita, então, que normas jurídicas são vinculantes apenas se os benefícios de as seguir são claros quando a obediência é exigida. A tese que ele aceita é o que ele chama de utilitarismo restrito, segundo o qual “o fim do direito deve ser o bem-estar do povo [isto é] regras gerais devem ser elaboradas para servi-lo” (Hayek, 2011, p. 228, tradução livre). No pensamento de Hayek, essa tese utilitarista implica que “o propósito das normas humanas [...] é assegurar uma regularidade de comportamento delimitada a ponto de viabilizar a formação de uma ordem” (Hayek, 2011, p. 230, tradução livre). Garantida essa ordem, tem-se um sistema de liberdade sob leis gerais, na medida em que há uma coordenação efetiva de atividades humanas sem qualquer referência à vontade de alguém (2011, p. 229). A força dos argumentos de Hayek depende de se o problema da coerção está na sujeição à vontade de outrem ou na não-coordenação. A sujeição à vontade de outrem é ruim porque leva à não coordenação, ou a sujeição à vontade de outrem é por si só ruim, tendo, por vezes, consequências negativas na coordenação? O endosso de Hayek ao utilitarismo sugere que, se uma escolha interpretativa precisa ser feita, ela deve ser feita ressaltando a não-coordenação como o problema.

Dessa forma, o utilitarismo restrito endossado por Hayek não concebe os cidadãos enquanto agentes dotados de uma inviolabilidade que merece respeito. Ao invés disso, os cidadãos são concebidos como agentes auto interessados cuja coordenação é socialmente desejável, o que justifica adotar os meios institucionais que otimizam sua coordenação (Friedman, 2013, p. 292-293). Consequentemente, a teoria de Hayek falha em satisfazer o parâmetro de justificação liberal, pois implica que o pluralismo deve ser respeitado apenas na medida em que não o fazer é menos eficiente.

A ausência de preocupação com os indivíduos enquanto unidades de responsabilidade e merecedores de razões é reforçada quando Hayek aprofunda seus argumentos sobre o direito. O foco aqui é a ideia de *nomos*: regras independentes

de propósito<sup>8</sup> que (a) governam a conduta de um indivíduo em relação a outro e que (b) se pretende aplicar a um número incontável de casos futuros (Hayek, 2013, p. 82).

A primeira característica de *nomos* permite situar o direito junto à ideia de ordem espontânea. O direito se faz necessário apenas quando é preciso garantir e aprimorar um sistema de regras que já é observado na conduta dos agentes (Hayek, 2013, p. 92). O direito busca coibir antes de tudo o dano que um indivíduo pode causar a outro. Todavia, não há vedação a todo tipo de dano, mas sim aos danos que frustram as expectativas juridicamente definidas como legítimas (Hayek, 2013, p. 98). E qual teste Hayek sugere para definir quais expectativas são legítimas? “[A definição de quais expectativas devem ser protegidas deve, portanto, depender de como podemos maximizar a satisfação de expectativas como um todo” (Hayek, 2013, p. 98, tradução livre).

Com isso, a teoria de Hayek também viola o *parâmetro funcional*, pois podemos cogitar danos que precisam ser justificados, mesmo quando não frustram expectativas gerais. Suponhamos que um membro de uma minoria racial tenha seu domicílio devassado por autoridades policiais sem um mandato prévio, sendo a única justificativa para a intervenção o que se relatou numa denúncia anônima. Suponhamos ainda que vivemos numa sociedade racista, cuja caráter discriminatório é expresso num conjunto de falhas institucionais em ver esses casos como problemáticos e merecedores de escrutínio. Numa sociedade dessa espécie, pode ser que a surpresa do cidadão violado e daqueles que veem a arbitrariedade da devassa não seja tamanha ou numericamente expressiva a ponto de sobressair à segurança que os demais cidadãos experienciam com uma polícia excessivamente atuante. Nesse caso, não haveria sequer dano, de acordo com os termos propostos por Hayek.

Passo agora à segunda característica de *nomos*. Hayek ressalta que a autoridade dos governantes depende do cumprimento do direito que existe independentemente da vontade deles. A aplicação geral do direito seria fundamentada nesses termos. Com isso em mente, Hayek rejeita a autoridade soberana, isto é, aquela cuja vontade se impõe a todos e que não está sujeita à vontade de ninguém. A legitimidade da autoridade passa a depender de uma opinião geral sobre quais atributos genéricos as regras prescritas devem possuir, isto é, quais atributos elas devem possuir para serem aptas a estruturar um arranjo interacional (Hayek, 2013, p. 87).

E quais são esses atributos? Hayek (2013, p. 205) insiste que, se o legislador pretende ser legítimo, as normas jurídicas que ele produz devem ser submetidas a um teste negativo, qual seja: não terem seu conteúdo determinado por uma vontade ou interesse que visa a resultados particulares. Ao invés disso, cabe às novas normas aprimorarem a coordenação na ordem já existente. As regras que assim se qualificam não são produto de uma vontade ou interesse, mas são desenvolvidas pelo esforço persistente de alcançar a coerência no interior de um sistema de regras herdado de gerações anteriores (Hayek, 2013, p. 205).

---

<sup>8</sup> Quando fala de regras independentes de propósito, Hayek (2013, p.107) quer dizer que o direito não é o meio para a consecução de um propósito específico, mas é uma mera condição para a busca bem-sucedida da maioria dos propósitos.

Todavia, se um sistema de regras que maximiza a satisfação de expectativas pode ser desrespeitoso para com os cidadãos e desconsiderar restrições à sua liberdade, a busca por coerência não parece uma forma promissora de coibir a injustiça. Nesses casos, não teremos uma vontade que dá origem a obstáculos indevidos à liberdade. Não obstante, a restrição da liberdade ainda ocorre, agora como produto da reprodução de um arranjo social desrespeitoso aos cidadãos. Partindo de uma teoria da liberdade deficitária, não é possível elaborar uma teoria do Estado de Direito capaz de justificar nossa adesão

## **4 FÓRUNS DELIBERATIVOS E O ESTADO DE DIREITO**

É preciso elaborar uma alternativa. Começarei apresentando uma concepção do Estado de Direito, para depois conectá-la com a liberdade. Vale notar que a concepção a ser apresentada parte de uma explicação sobre a função adjudicatória, mas sem negligenciar a importância da função legiferante. Pretende-se mostrar que, sob essa concepção, a manutenção do governo do direito é uma tarefa cooperativa (Fuller, 1969, p.91), quer entre cidadãos, quer entre cidadãos e oficiais ou entre as diferentes autoridades (Postema, 1982, p.196-197). A escolha pela função adjudicatória se dá apenas por uma questão de ênfase na conexão entre procedimentos decisórios e respeito deliberativo.

### **4.1 Questões de método**

Uma teoria que busca compreender a conexão entre a função adjudicatória e o Estado de Direito tem de responder duas perguntas: (1) quais tipos de funções devem ser atribuídas aos tribunais e a outros órgãos adjudicatórios? (2) Quais são as formas pelas quais a tarefa adjudicativa é, necessariamente, organizada e conduzida? A primeira define os limites e a segunda as formas da adjudicação (Fuller, 2001, p. 102-103). Há nesses questionamentos um potencial avaliativo, na medida em que enfrentá-los implica dizer quais questões não cabe à adjudicação e quais alterações ou rearranjos institucionais deturpam, ou mesmo corrompem, a função judicante. Com isso, pressupõe-se uma ideia do que é “a verdadeira adjudicação”. De forma mais geral, a concepção a ser elaborada parte da posição metodológica de que

Nossas formas mais significativas de associação podem ser compreendidas como essencialmente orientadas a ideais, dos quais elas podem sempre estar em alguma medida aquém, e cujo conhecimento pode sempre ser aprofundado e estendido pela experiência e reflexão (Simmonds, 2017, p. 268-269, tradução livre).

Portanto, a compreensão de Estado de Direito e adjudicação que proponho se põe diretamente como um esforço de esclarecimento de ideais internos a nossas práticas (Hamlin; Stemplowska, 2012, p. 53).

Busco, então, uma reconstrução das ideias e concepções que estruturam a forma de associação que compreendemos como uma ordem jurídica (Simmonds, 2011, p. 614). Isso não deve ser confundido com receitas de como devemos estruturar

nossas instituições. Novamente, é preciso compreender o *telos* do Estado de Direito antes de tudo. Para tanto, vale a pena compreender como as instituições adjudicatórias abrigam e ordenam nossa discordância nos seus procedimentos (Waldron, 2016, pp. 5, 6, 9-10). A partir disso, estaremos em condições de identificar formas de respeito em circunstâncias de discordância e, assim, esclarecer o *telos* do Estado de Direito.

## 4.2 Adjudicação e Estado de Direito

O que distingue a adjudicação é o tipo de participação que garante às partes afetadas pela decisão. A cada uma das partes é conferida a oportunidade de apresentar provas e argumentos racionais em defesa da decisão que mais lhe favorece (Fuller, 2001, p. 107). “A adjudicação é, então, um mecanismo que dá expressão formal e institucional à influência que a argumentação racional tem nos assuntos humanos” (Fuller, 2001, p. 109, tradução livre).

Não negligencio que outras formas de regular e conduzir as relações humanas também envolvam em algum grau o uso da razão. As partes de um contrato, claramente, se orientam por aquilo que é mais racional a elas.<sup>9</sup> Todavia, não há nesse caso um teste de racionalidade aplicável independentemente dos interesses das partes contratantes (Fuller, 2001, p. 109). Se não essa racionalidade, qual tipo de racionalidade é característica da adjudicação?

A principal tarefa da adjudicação é determinar de forma vinculante questões levantadas por reivindicações de direitos e acusações de culpa (Fuller, 2001, p.111). Para os fins do presente artigo, importa a relação entre adjudicação e reivindicações de direito. Por direitos, devemos compreender pretensões individuais válidas em face de terceiros (Feinberg, 1980, p. 152). A ideia de validade ganha destaque, pois se refere a uma forma de justificação específica: justificação no interior de um sistema normativo (Feinberg, 1980, p. 153-154). Quando uma das partes reivindica um direito em face de outrem, ela faz referência a uma norma ou parâmetro à luz do qual sua pretensão pode ser avaliada (Fuller, 2001, p. 110). A referência a uma norma viabiliza que as partes possam participar efetivamente e trocar razões umas com as outras. Uma simples demanda ou preferência de uma parte se distingue de uma pretensão protegida por um direito pelo fato de a última ser fundada numa norma (Fuller, 2001, p. 111). Sem a norma, não há uma referência comum a ser disputada pelas partes. Da mesma forma, a adjudicação não é apta a resolver conflitos quando se volta a relações cuja integridade é ameaçada pela definição formal de direitos (Fuller, 2001, p. 113).

Partindo dessa conexão entre direitos e normas, defendo que o cerne do Estado de Direito é a reciprocidade. De forma mais detalhada, o fundamento do Estado de Direito é o igual pertencimento a uma vida social comum (Postema, 2022, p. 89). Esse pertencimento implica uma rede de responsabilidades mútuas

---

<sup>9</sup>Há quem possa ter em mente também os argumentos que os cidadãos trocam numa democracia sobre qual é a melhor opção de voto. Esse tipo de debate é fundamental, mas não é claro em que medida eles afetam a decisão de cada cidadão. Inclusive, há razões não-instrumentais e de respeito à liberdade que sugerem que é melhor que assim seja e mantenhamos o voto secreto. Nesse sentido, ver: MÜLLER, Jan-Werner. Democracy rules. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2021, cap.2.

cuja vitalidade exige a não marginalização e estigmatização. Quando A pretende responsabilizar B, alegando uma violação de direito, A reconhece que B era capaz de compreender as normas relevantes e de obedecê-las, mas decidiu não obedecer. Ou seja, quando A acusa B de violar seu direito, A reconhece a capacidade moral de B. Com isso, A se compromete à ideia de que B também pode responsabilizá-lo se a violação de fato não ocorreu (Postema, 2022, p. 202). Essa comunicação é possível graças à referência a normas comuns perante um órgão julgador.

Quanto ao órgão julgador, caberá a ele avaliar os méritos das pretensões em juízo e definir as responsabilidades cabíveis. Evita-se, assim, abusos de poder e tratamentos incompatíveis com o igual pertencimento à vida social. Da mesma forma, quando as autoridades sequer tentam cumprir com essa tarefa, ao indivíduo é negada: (a) a condição de merecedor de razões aptas a justificar intervenções em sua vida e (b) as razões contidas nos parâmetros públicos que unem os membros de uma comunidade política. Consequentemente, violada a reciprocidade, os oficiais podem a qualquer tempo, por qualquer razão ou por nenhuma razão, afetar as ações, perspectivas, desejos ou vontades dos sujeitos.

Por isso, o Estado de Direito apenas é robusto quando tanto os oficiais quanto sujeitos de direito adotam a responsabilidade de exigir e fornecer razões que justifiquem publicamente as pretensões postuladas em juízo (Postema, 2022, p. 20). A governança tipicamente jurídica está atrelada a fóruns nos quais conflitos são articulados em termos públicos e, portanto, passíveis de deliberação (Postema, 2022, p. 41-44). Os direitos fornecem a gramática e o vocabulário para a articulação dos conflitos em termos públicos.

Para que isso seja possível, finalmente, é necessária uma coordenação entre Judiciário e Legislativo. Ao último cabe respeitar as exigências que as concepções formais do Estado de Direito identificam, pois não há como as partes terem uma referência comum e argumentarem a favor de suas posições se as normas forem inaceitavelmente vagas, indeterminadas ou secretas (Waldron, 2010, p.15). Em síntese, a manutenção do governo do direito é uma tarefa cooperativa (Fuller, 1969, p.91), quer entre cidadãos, quer entre cidadãos e oficiais ou entre as diferentes autoridades (Postema, 1982, p. 196-197).

### **4.3 Fóruns de respeito deliberativo**

Tal como definida acima, a reciprocidade é um valor complexo. Argumentarei nesta seção que sua importância é devidamente enfatizada a partir da sua conexão com a liberdade. Para começar: a exigência de fornecer razões a quem reivindica um direito tem como fundamento o respeito ao indivíduo enquanto alguém dotado de uma agência inviolável. A partir disso, outros aspectos da reciprocidade podem ser elucidados.

Em regra, quando alguém apresenta ao órgão adjudicatório fatos e argumentos plausíveis sustentando que ele tem direito a X, o direito a X não é imediatamente reconhecido. O que ocorre é que ao indivíduo é reconhecido o direito de ser ouvido num processo. Nesse processo, para que o direito a X seja reconhecido, não basta que os argumentos sejam plausíveis, eles devem ser conclusivos (Feinberg, 1980, p. 152). Porém, não se pode perder de vista o valor do direito de ser ouvido num processo.

Como dito, direitos são exigências de tratamento e definem a admissibilidade das ações dos agentes uns para com os outros. Por que alguém merece ser ouvido quando alega ser titular de determinados direitos? O direito de ser ouvido significa tratar as pessoas como fontes primárias de reivindicações válidas (Rawls, 1999, p. 330), pois, equivale a considerar que suas

reivindicações públicas [...] possuem um peso moral independente ou autônomo, derivado apenas de sua autoridade interpessoal enquanto agentes morais e não do conteúdo particular ou da adequação social que essas reivindicações venham a ter (Petroni, 2022, p. 161-162).

Uma vez que importam por si só, as pessoas devem ser respeitadas, o que implica atenção a quando elas alegam que seus direitos estão sendo ameaçados, avaliando as razões que apresentam, acolhendo-as ou rejeitando-as de forma compatível com sua inviolabilidade. Na próxima seção, aponto como isso pode se dar empregando a ideia de justificação pública. No momento, ressalto que não garantir o direito de ser ouvido significa duas coisas: (i) tratar os indivíduos como se a violação ou não de seus direitos pouco importasse; (ii) tratá-los como incapazes de compreender e aplicar as normas da comunidade política às suas circunstâncias. Em outras palavras, o direito de ser ouvido e de trocar argumentos com quem acusa o indivíduo ou obsta o gozo de seus direitos são exigências tanto do *parâmetro funcional*, quanto do *parâmetro de justificação liberal*. A seguir, retomo a definição de liberdade e sua conexão com essas categorias.

#### 4.4 Liberdade, liberalismo e Estado de Direito

Na seção anterior, atrelei o direito de ser ouvido perante um órgão adjudicatório ao respeito à agência moral das pessoas concebidas como fontes primárias de reivindicações válidas. A intenção era destacar como uma concepção de Estado de Direito que dá centralidade à reciprocidade merece nossa adesão. Nesta seção, apresentarei outro argumento em defesa de tal concepção. Para tanto, reinterpreto a ideia de liberdade como relação triádica.

Liberdade foi definida como a condição na qual um agente é livre de constrangimentos ou obstáculos para fazer certas coisas ou se tornar certas coisas (Carter, 2021, seção 4). Ou seja, ela é uma relação entre três elementos: (1) um agente; (2) certas condições que lhe impõem obstáculos e (3) determinadas ações ou estados do agente.

A liberdade garantida pelo Estado de Direito adota como (1\*) concepção de agência a de pessoas como fontes primárias de reivindicações válidas. Isso não apenas implica que os obstáculos à liberdade devem ser justificados, mas devem ser justificados *a quem* é obstruído por eles.

Em sentido semelhante, (2\*) os obstáculos que ameaçam pessoas assim concebidas são aqueles que são atribuíveis a indivíduos ou grupos, mas cuja justificação não é evidente ou prontamente disponível. Combate-se, então, a arbitrariedade das relações sociais, não importando se a arbitrariedade é atribuível

ou não à vontade ou plano de alguém. Importante notar aqui duas coisas, uma relativa ao *parâmetro funcional*, outra relativa ao *parâmetro de justificação liberal*.

Primeiro, não podemos perder de vista a conexão entre a agência moral adotada em (1\*) e a ideia de direitos. Assim, as relações sociais que são o foco do *parâmetro funcional* são compreendidas agora como aquelas que, pelo menos, podem ser traduzidas enquanto relações estruturadas por direitos. Pode se objetar que, segundo a definição adotada, direitos são pretensões individuais válidas oponíveis a terceiros, o que retoma a ideia hayekiana de que liberdade é não estar sujeito à vontade arbitrária de outrem. A resposta é que aquele contra quem se apresenta a pretensão não precisa ser uma pessoa determinada (Feinberg, 1980, p. 154-5). Basta que se faça referência à agência humana, quer ela seja individual e apresentável como um plano, ou adquira uma faceta mais complexa e estruturada, como quando se considera os efeitos que a reprodução de sistemas sociais gera à liberdade. Nesse último caso, podemos falar de restrições estruturais à liberdade, sendo, talvez, o racismo estrutural o exemplo mais notório disso.

Segundo a agência moral adotada em (1\*) fundamenta um direito, o de acesso à justiça,<sup>10</sup> que está consagrado em normas ou pode ser elaborado pela interpretação dos documentos e textos que compõem a cultura política de uma democracia constitucional moderna. Quando se conjuga esse dado com (2\*) e sua delimitação a relações que são traduzíveis enquanto direitos, temos que as concepções de liberdade e Estado de Direito defendidas não pressupõem a aceitação de uma doutrina moral, religiosa ou política específica (Rawls, 2001, p. 26). Nesses termos, a liberdade e o Estado de Direito são apresentados como conceitos internos a uma teoria liberal. E mais, fortalecem os fundamentos liberais ao fornecerem um ponto de vista mutuamente aceitável para adjudicar as reivindicações dos cidadãos (Rawls, 2001, p. 27). O fundamental aqui é que os fóruns para a reivindicação e debate sobre direitos viabilizam formas de raciocínio e inferência com base em crenças, fundamentos e valores políticos que todos os envolvidos podem aceitar enquanto pessoas morais livres e iguais (Rawls, 2001, p. 27). O Estado de Direito viabiliza uma forma de justificação pública, e, dada a inevitabilidade do pluralismo, isso é algo valioso.

Em síntese, compreendo a liberdade como a ausência de obstáculos arbitrários aos direitos de pessoas concebidas como fontes primárias de reivindicações válidas. Sob esses termos, ganha destaque a ideia de justificação pública e o pluralismo pode ser respeitado.

A força desse último ponto não pode ser exagerada. O respeito implicado pelo acesso à justiça — e por garantias correlatas como o devido processo legal e a presunção de inocência — precisa ser cotejado com quais direitos substantivos são reconhecidos. Ter acesso aos tribunais para ter suas pretensões sistematicamente negadas é incompatível com o status de pessoas morais que defendo. Isso, pois, o Estado de Direito é parte de um ideal mais amplo, qual seja, uma ordem social caracterizada por trocas de razões pública, isto é, argumentos sobre a justiça de nossas instituições, com base em crenças, fundamentos e valores políticos que todos os envolvidos podem aceitar enquanto pessoas morais livres e iguais

---

<sup>10</sup> Compreendo que a mesma ideia de pessoa pode, sem maiores adendos, fundamentar o devido processo legal e a presunção de inocência.

(Rawls, 2001, p. 27). Contudo, para os fins do presente artigo, basta identificar qual a contribuição do Estado de Direito. A reciprocidade do Estado de Direito é respeitada com a garantia institucional do status de sujeito de direito. Há um ganho e um limite nessa ideia. O ganho é que, sem essa ideia, não conseguimos compreender adequadamente o valor do acesso à justiça, do devido processo legal e da presunção de inocência. O limite é que a reafirmação do Estado de Direito e dos valores que dele dependem é tarefa modesta, não conseguindo abranger todos os aspectos moralmente relevantes do direito, tal como o conteúdo das normas jurídicas e a melhor forma de interpretá-las, para garantir a legitimidade das autoridades que as criam e aplicam.

Respeitada a condição de sujeito de direitos, as normas jurídicas podem ter conteúdo variado, sem o comprometimento da liberdade garantida pelo direito. Cabe aos teóricos e cidadãos julgar em que medida a liberdade jurídica é valiosa em face de outros tipos de liberdade. O presente trabalho buscou contribuir para elucidar o significado e valor da liberdade garantida pelo Estado de Direito.

## **CONCLUSÃO**

No presente trabalho, busquei responder à pergunta: se o Estado de Direito é o governo do direito, e não dos homens, o que credencia o direito a governar? Ou, como nossa situação moral é aprimorada pelo respeito ao Estado de Direito? A tese defendida foi de que o Estado de Direito tem como exigência básica a reciprocidade e que sua observância garante uma forma específica de liberdade.

Para defender e detalhar a tese, adotei um conceito geral de liberdade social como relação triádica e defini parâmetros de correção para avaliar as concepções em disputa. Os parâmetros em questão foram o parâmetro funcional e o parâmetro da justificação liberal. Sob posse desses parâmetros, busquei analisar a teoria da liberdade de Hayek e seus comprometimentos liberais. Contudo, um exame mais detido revelou dois erros na teoria: (a) não conceber os cidadãos enquanto agentes dotados de uma inviolabilidade que merece respeito. Ao invés disso, ele os concebe como agentes auto interessados cuja coordenação é socialmente desejável. (b) Não ser apta a examinar violações da liberdade que uma concepção de Estado de Direito deve considerar. Conclui que, uma vez que a teoria do Estado de Direito de Hayek parte de uma teoria deficitária da liberdade, seus resultados são pouco atraentes.

Buscando evitar tais erros, propus uma concepção de Estado de Direito partindo de uma teoria segundo a qual a principal tarefa da adjudicação é determinar de forma vinculante questões levantadas por reivindicações de direitos e acusações de culpa (Fuller, 2001, p. 111). Esse ponto de partida permitiu chegar numa concepção de Estado de Direito como igual pertencimento à vida social (reciprocidade). Isso posto, a importância moral de poder reivindicar direitos em juízo foi destacada com a ideia de pessoas como fontes primárias de reivindicações válidas. Ao fim, o ajuste dessas categorias com os parâmetros funcional e da justificação liberal foi salientado pela retomada do conceito geral de liberdade como relação triádica.

No fim, minha diferença com Hayek está em como interpreto a liberdade e os fundamentos do liberalismo. A liberdade foi compreendida como a ausência de obstáculos arbitrários aos direitos de pessoas concebidas como fontes primárias

de reivindicações válidas. Sob esses termos, ganha destaque a ideia de justificação pública e o pluralismo pode ser respeitado.

## REFERÊNCIAS

BINGHAM, T. *The Rule of Law*, London: Allen Lane, 2010.

CAMPOS, V. *Penso, logo escrevo: Um guia metodológico introdutório para a redação de ensaios filosóficos*. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2022.

CARTER, I. Positive and Negative Liberty. In: ZALTA, E. N.; NODELMAN, U. (eds.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2022. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/liberty-positive-negative/>. Acesso em: 30 ago. 2023.

FEINBERG, J. The nature and value of rights. In: *Rights, justice and the bounds of liberty: essays on social philosophy*. Princenton: Princenton University, 1980, p.143-159.

FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980.

FRIEDMAN, J. Hayek's two epistemologies and the paradoxes of his thought. *Critical Review: A Journal of Politics and Society*, v. 25, n. 3-4, p. 277-304, 2013.

FULLER, L. L. *The morality of law*. 2 ed. New Haven; London: Yale University Press, 1969.

FULLER, L. L. The forms and limits of adjudication. In: WINSTON, Kenneth (rev. e ed.). *The Principles of Social Order. Selected Essays*, 2001, p. 101-141.

GUSTIN, M. B. de S.; DIAS, M. T. F. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HAMLIN, A.; STEMPOWSKA, Z. Theory, ideal theory and the theory of ideals. *Political Studies Review*, v. 10, n. 1, p. 48-62, 2012.

HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HAYEK, F. A. Von. *The constitution of liberty*. Londres: The University of Chicago Press Ltd, 2011.

HAYEK, F. A. Von. *Law, Legislation and Liberty*. Londres: Routledge, 2013.

LIST, C.; VALENTINI, L. Freedom as independence. *Ethics*, v. 126, n. 4, p. 1043-1074, 2016.

MILLER, D. Constraints on Freedom, *Ethics*, v. 94, n. 1, p.66-86, 1993.

KRYGIER, M. The rule of law: legality, teleology, sociology. *Sociology* (October 31, 2008). In: G. PALOMBELLA & N. WALKER (eds)., *Relocating the Rule of Law*, Oxford, Hart Publishers, pp.2007-65, 2008.

PETRONI, L. Igualdade como Não-subordinação. *Lua Nova*, São Paulo, v.117, pp. 127-168, 2022.

POSTEMA, G. J. Coordination and Convention at the Foundations of Law. *The Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 165-203, 1982.

POSTEMA, G. J. *Law's Rule*. Oxford: Oxford University Press 2022.

RAWLS, J. Kantian Constructivism in Moral Theory. In: FREEMAN, S. (ed.). *John Rawls: Collected Papers*. Boston: Harvard University Press, 1999, pp. 303-358.

RAWLS, J. *Justice as Fairness: A Restatement*. Boston: Harvard University Press, 2001.

RAWLS, J. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005.

RAZ, J. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford University Press, 1979.

SIMMONDS, N. The nature of law: three problems with one solution. *German Law Journal*, v. 12, n. 2, p. 601-624, 2011.

SIMMONDS, N. Law as an Idea We Live By. In: DUKE, G.; GEORGE, R. P. (Ed.). *The Cambridge companion to natural law jurisprudence*. Cambridge University Press, p.245-275, 2017.

WALDRON, J. The Rule of Law and the Importance of Procedure. *Public law & legal theory research paper series*, 2010.

WALDRON, J. Os fundamentos teóricos do liberalismo. Tradução de Lucas Petroni. *Leviathan*, São Paulo, n. 5, p. 102-132, 2012.

WALDRON, J. The Rule of Law. In: ZALTA, E. N.; NODELMAN, U. (eds.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/rule-of-law/>. Acesso em: 30 ago. 2023.