

# Nada fora da Constituição: o Direito Brasileiro como organização

*Pedro da Silva Moreira*<sup>1</sup>  0000-0002-7211-5558

Mises Academy – São Paulo - SP – Brasil

**Resumo:** A distinção de Hayek entre o Direito como “ordem espontânea” e o Direito como “organização” é bastante útil para compreender um dos principais problemas do direito brasileiro: a judicialização da vida social, a compreensão de que nenhum problema escapa ao Direito e, em última instância, àqueles que o aplicam. Isso se deve, em parte, ao tipo de cultura jurídica que se instalou no Brasil nas últimas décadas e que incentivou, por meio de um plexo exitoso de teorias, a constitucionalização da ordem jurídica. O direito constitucional tornou-se mais um instrumento civilizatório e menos um mecanismo para organizar a vida política. A consequência disso, segundo as lições de Hayek, é a dissolução do direito privado e, portanto, a dissolução da liberdade. O Direito já não é mais concebido como algo que surge da sociedade e a ela se destina, mas como um projeto, um plano, inclusive, independentemente dos valores e das práticas dessa mesma sociedade. É o Direito como organização.

**Palavras-chave:** Direito, Organização, Ordem espontânea, Hayek, Constituição.

<sup>1</sup> Doutor (cum laude) em Filosofia do Direito pela Universidad Autónoma de Madrid (UAM), Espanha. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Diretor acadêmico do Núcleo de Filosofia Política do Instituto Ives Gandra de Direito, Filosofia e Economia. Professor dos cursos de pós-graduação do Mises Academy. Foi professor substituto na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2019-2021). E-mail: [psmoreira@gmail.com](mailto:psmoreira@gmail.com)

## Nothing outside the Constitution: Brazilian Law as organization

**Abstract:** Hayek's distinction between Law as a "spontaneous order" and Law as an "organization" is quite useful to understand one of the main problems of Brazilian law: the judicialization of social life, the understanding that nothing escapes the Law and, ultimately, to those who apply it. In part, this is due to the type of legal culture that has been installed in Brazil in recent decades and that has encouraged, through a successful plexus of theories, the constitutionalization of the legal order. Constitutional law has become more of a civilizing instrument and less of a mechanism for organizing political life. The consequence, according to Hayek's lessons, is the dissolution of private law and, therefore, the dissolution of liberty. Law is no longer conceived as something that arises from society and is intended for it, but as a project, a plan, even independent of the values and practices of that same society. This is Law as an organization.

**Keywords:** Law, Organization, Spontaneous order, Hayek, Constitution.

---

## Nada fuera de la Constitución: el Derecho Brasileño como organización

**Resumen:** La distinción de Hayek entre el Derecho como "orden espontáneo" y el Derecho como "organización" es bastante útil para comprender uno de los principales problemas del derecho brasileño: la judicialización de la vida social, la comprensión de que ningún problema escapa al Derecho y, así pues, a quienes lo aplican. Esto se debe, en parte, al tipo de cultura jurídica que se ha instalado en Brasil en las últimas décadas y que ha fomentado, a través de un exitoso plexo de teorías, la constitucionalización del orden jurídico. El derecho constitucional se ha convertido más en un instrumento civilizador y menos en un mecanismo para organizar la vida política. La consecuencia de esto, según Hayek, es la disolución del derecho privado y, por tanto, la disolución de la libertad. El derecho ya no se concibe como algo que surge de la sociedad y se dirige hacia ella, sino como un plan, incluso independiente de los valores y prácticas de esa misma sociedad. Se trata del Derecho como organización.

**Palabras clave:** Derecho, Organización, Orden espontáneo, Hayek, Constitución.

---

## Introdução

A esta altura, ninguém objetaria que o Direito ocupa um lugar central na vida social e política do Brasil. Não é demais alguma acrescentar: um lugar excessivamente central. Há os grandes temas, as matérias que nos dividem moralmente e que, com alguma constância, frequentam a pauta do Supremo Tribunal Federal. É o caso do aborto, da legalização das drogas, dos limites da liberdade de expressão. Mas há também os temas mais comezinhos: o despacho de bagagens em companhias aéreas, os limites de velocidade nas avenidas, as ciclovias nos centros urbanos. Tudo isso está na Justiça: passa por advogados, algumas vezes pelo

Ministério Público, pela Defensoria Pública e, fatalmente, termina reclamando algum tipo de pronunciamento judicial. A intensidade da invasão do Direito em nossas relações privadas, sociais e políticas é, portanto, um dado da realidade. Não por acaso Luís Roberto Barroso (2018), escolheu o título “A Judicialização da Vida” para um de seus mais recentes livros.

É claro que a litigiosidade judicial e a própria expansão do poder político das instituições não eleitas podem ser examinadas a partir de distintas perspectivas: da ciência social, da ciência política, da história. Contudo, naquilo que se vincula mais estreitamente ao funcionamento do Direito, ou seja, naquilo que importa em termos de cultura jurídica, mostra-se relevante e acertado o diagnóstico apresentado pelo próprio Barroso (2018, p. 13): “a centralidade da Constituição trouxe a constitucionalização do direito - isto é, a leitura de todo o ordenamento infraconstitucional através da lente da Constituição - e uma judicialização abrangente”. Na verdade, não se trata tanto da centralidade da Constituição, compreendida como norma positiva fundamental. A Constituição é o elemento nuclear da ordem jurídica moderna; e sua hierarquia, especialmente em um modelo rígido<sup>2</sup>, é indiscutível. O olhar deve repousar, portanto, sobre a jusfilosofia subjacente, sobre o tipo de mentalidade que orienta a ideia de que tudo deve ser lido com as lentes da Constituição.

A razão é simples: tudo o que importa para essa jusfilosofia não tem exatamente relação com a autoridade do texto constitucional, mas com o valor moral dos princípios inseridos na Constituição. Nesse sentido, a constitucionalização do Direito não é outra coisa senão a irradiação desses mesmos princípios por toda e qualquer operação jurídica. Daí que, tendo o caso mais singelo o potencial para se transformar em um *hard case*, a intensificação da judicialização seja a consequência natural e esperada. Se todas as decisões políticas da comunidade podem ser reconduzidas à dimensão constitucional e submetidas ao escrutínio da argumentação moral, não deveria surpreender ninguém o excesso de litigiosidade e, mais ainda, a elevação do Poder Judiciário à condição de efetiva autoridade na comunidade. Em um cenário como esse, não se concebe como definitiva outra palavra que não a do juiz.

Barroso (2018), entretanto, não enxerga nessa fotografia nada de verdadeiramente anômalo e disfuncional. Ele parece acreditar que essas são, inevitavelmente, as circunstâncias de nosso tempo<sup>3</sup>. E festeja que o que ele chama de “constitucionalismo democrático” – precisamente o tipo de jusfilosofia que prescreve a constitucionalização do Direito – tenha sido a ideologia vitoriosa<sup>4</sup>. A escolha da expressão “A Judicialização da Vida” como título de sua obra não representa necessariamente uma crítica, mas simplesmente o retrato da realidade;

---

<sup>2</sup> A referência tem a ver com a tradicional classificação das constituições quanto à estabilidade (ou procedimento para a sua modificação). Como se sabe, é rígida, a exemplo da brasileira, a Constituição que prevê um procedimento dificultoso para a sua alteração. Nesse sentido, é óbvio que uma Constituição, sobretudo quando rígida, goza de especial centralidade no sistema jurídico.

<sup>3</sup> “À medida que as sociedades vão se tornando mais complexas, a Constituição e as leis vão perdendo sua capacidade de regular previamente as múltiplas situações da vida, aumentando, assim, a discricionariedade de juízes e tribunais, que se tornam, em ampla medida, coparticipantes do processo de criação do direito. Esse é um fato inexorável da realidade contemporânea, para desalento de muitos. Mas de nada adianta quebrar o espelho por não gostar da imagem.” (BARROSO, 2018, p. 10).

<sup>4</sup> Essa ideia pode ser encontrada basicamente em qualquer obra de Barroso, mas o seu desenvolvimento explícito e com referência a um traçado histórico pode ser mais bem examinado em Barroso (2016).

uma realidade que, ao menos em termos de avanços civilizatórios, é claramente positiva para o autor. Ele, na verdade, é um dos constitucionalistas brasileiros que mais se entusiasmou com a expansão dos princípios constitucionais e, por conseguinte, com a conversão do juiz em protagonista da vida social. E isso em nome de um projeto de inspiração racional e “iluminista”, expressão recorrentemente utilizada pelo próprio Barroso (2018). A jusfilosofia que impõe a constitucionalização da ordem jurídica coloca o Direito a serviço dos direitos.

Pois bem, se de fato é verdade que impera no Brasil uma cultura jurídica constitucionalizada, capaz de produzir algo como uma “Constituição total”, expressão que Mattias Kumm (2006) utiliza sem nenhum temor e com ares de recomendação, então é preciso recorrer a Hayek para entender o que tudo isso realmente significa. Porque Hayek (1985a, p. 154), ao contrário de Kumm e também de Barroso, teme a constitucionalização total. Na sua perspectiva, um fenômeno como esse representa a absorção de todo o direito privado pelo direito público. Se o direito público é o ramo da organização do poder do Estado, da distribuição das competências políticas e administrativas, a sua indefinida expansão compromete a existência de um autêntico âmbito do privado (a esfera de verdadeira autonomia individual, não sujeita a qualquer espécie de plano ou propósito de natureza coletiva). A finalidade do Direito, para Hayek, é a expressão da ordem – da ordem que, em certo sentido, surge espontaneamente na sociedade –, precisamente para que o indivíduo, sabendo exatamente o que é e o que não é conforme o Direito, possa explorar o domínio do privado, planejando, com alguma segurança, as suas ações e orientando as suas expectativas.

Um sistema jurídico profundamente judicializado e constitucionalizado é um sistema jurídico inflacionado, que usurpa a esfera de autonomia dos membros da comunidade, submetendo-a a determinados fins e propósitos, ainda que esses fins e propósitos correspondam, como prescreve a ideologia da Constituição defendida por Barroso, à máxima efetividade dos direitos fundamentais. E Hayek (1985a, p. 99) vai ainda mais além: não deveríamos nem mesmo nos referir a isso – a essa ordem com propósito – como ordem jurídica. Se a função judicial se converte em uma atividade que responde a uma determinada direção; isto é, se cabe ao juiz, antes de tudo, levar adiante, por exemplo, a empresa dos direitos, então a função judicial é parte de uma engrenagem que não poderia ser chamada “Direito”. Tratar-se-ia, a rigor, de uma organização. É que a organização é composta por agentes que respondem a propósitos centrais. Não são agentes cuja atribuição principal consiste em manter uma certa ordem, a “ordem espontânea” de Hayek, uma ordem que deriva de um complexo processo de formação do tecido social, que deriva dos hábitos e costumes da comunidade. A organização se impõe à revelia do modo de vida daqueles que ela organiza. Por isso o direito privado é ininteligível e desaparece. Tudo se torna administração. Começamos, com Hayek, examinando atentamente essas ideias.

## **Uma questão preliminar: o Planejamento Racional e as condições para a servidão**

Hayek é mais conhecido no Brasil por sua obra “The Road to Serfdom” (“O Caminho da Servidão”). Normalmente, o livro é invocado como instrumento de combate ao socialismo, à social-democracia e a qualquer forma, sutil ou acentuada, de coletivismo. E, em geral, quem

invoca esse livro o faz para defender a liberdade de mercado contra a planificação e o controle estatal da atividade econômica. De fato, tudo isso está no livro e talvez seja realmente essa a sua linha de combate, aquilo que a obra oferece ao leitor como argumento para enfrentar uma tendência, uma circunstância<sup>5</sup>. No entanto, é certamente possível encontrar nesse livro uma espécie de problema essencial subjacente, aquele tipo de problema que consiste na principal inquietação do autor e que, no caso de Hayek, somente em obras posteriores, com maior rigor e maturidade, o leitor consegue absorver com suficiente clareza (HAYEK, 2001).

Trata-se mais de uma questão sociológica que econômica. Trata-se da questão do planejamento em detrimento dos arranjos espontâneos. A liberdade de mercado, por meio das trocas e da definição do preço dos bens em circulação, é uma forma de arranjo espontâneo. Mas não é a única e, quiçá, tampouco a principal. “O Caminho da Servidão” é repleto de passagens em que o autor não está discutindo apenas o problema do planejamento econômico, mas o problema fundamental de submeter uma comunidade a um conjunto de fins e propósitos. Hayek explora a questão da sociedade racionalmente construída como o tipo de sociedade propícia para a servidão. É interessante perceber que a servidão que interessa a Hayek não é a típica servidão de uma ordem nitidamente opressora, em que o uso da força para sufocar a liberdade e a esfera de autodeterminação dos indivíduos é o elemento principal de manutenção da ordem e da coesão. A servidão que interessa a Hayek vincula-se muito mais ao domínio cultural de uma mentalidade que pensa poder construir, por meio da razão, uma sociedade inteiramente igualitária e livre, isto é, uma sociedade perfeita. O perigo, portanto, está na má compreensão da natureza e do alcance da razão (HAYEK, 2001).

Desde “O Caminho da Servidão”, é muito claro para Hayek que o desafio do século XX (que certamente se estende ao século XXI) consiste em preservar a liberdade contra a promessa de segurança de uma vida administrada. Porque essa promessa só poderia resultar em mais concentração de poder político nas mãos de grupos homogêneos (HAYEK, 2001, p. 117) e na imposição da vontade de uma minoria sobre a maioria. Por isso, ele recorre tão constantemente a Tocqueville (1998) que, em certa passagem de “A Democracia na América”, faz a célebre advertência sobre os riscos da infantilização de uma sociedade atomizada e administrada, em que caberia às pessoas apenas a fruição de seus pequenos prazeres, uma vez que o Estado (ou outras instâncias capazes de ampla tutela) cuidaria de tudo o que fosse realmente importante. Esse poder tutelar, nas geniais e talvez proféticas palavras de Tocqueville (1998, p. 531) “é absoluto, minucioso, regular, previdente e brando”. Alguém poderia observar que se trataria do exercício do poder paterno, de um tipo de paternalismo, mas Tocqueville acrescenta: o poder paterno tem como objetivo preparar os homens para a vida adulta; já a tutela dessa sociedade administrada, ao contrário, “só procura fixá-los irrevogavelmente na infância”.

Para Hayek (2001), a liberdade pressupõe a capacidade de conviver com o risco e de assumir responsabilidades. A própria liberdade econômica depende, no fundo, de uma sociedade que preserve a inteligibilidade e o valor moral da responsabilidade individual. Nesse

<sup>5</sup> Em diversas passagens da obra, Hayek denuncia o domínio da mentalidade socialista no campo das ideias políticas e afirma haver uma tendência ao controle estatal da atividade econômica em nome do bem-estar e da “justiça social”. Ver Hayek (2001, p. 24-32 e p. 45-46).

sentido, qualquer pretensão racionalista tendente a controlar a vida social por meio de um plano, qualquer pretensão que vise à elaboração e a aplicação de um conjunto de normas dissociadas da vida concreta em comunidade, da evolução do tecido social, representa uma ameaça à liberdade, pois, com o tempo, provoca a dissolução da autonomia do indivíduo para lidar com a sua própria vida, com seus êxitos e fracassos. É por isso que o Direito não pode ser, segundo Hayek, uma organização, pois ela tende a sujeitar os membros da comunidade a uma espécie de plano, ainda que esse plano consista em preciosos objetivos consagrados em um documento escrito, em uma Constituição. O Direito tem de ser compreendido como uma “ordem espontânea”<sup>6</sup>, que surge antes mesmo da legislação e sequer pode ser confundido com ela. Uma vez que se conceba a ordem jurídica nesse sentido, torna-se inteligível a preservação do domínio do privado, de um âmbito de soberania individual que, no fundo, representa um mecanismo de proteção contra a legislação, contra o exercício, potencialmente arbitrário e violador da “ordem espontânea”, do poder político (HAYEK, 2001, p. 104).

## O Direito entre a Ordem Espontânea e a Organização

A crítica da razão é um dos pressupostos elementares de “Law, Legislation and Liberty” (“Direito, Legislação e Liberdade”). Nessa obra, Hayek trata de mostrar, como premissa de toda a sua análise sobre as relações entre o Direito e a liberdade, que a modernidade conserva uma insustentável fé na razão, na capacidade abrangente e compreensiva do elemento racional, consciente e deliberado de toda ação humana (HAYEK, 1985a). É que os pilares da civilização, para Hayek, repousam, principalmente, em um conjunto inumerável de ingredientes que não podem ser conhecidos por demonstração, ao menos não no sentido cartesiano e tampouco no caminho de um “racionalismo construtivista”, tão criticado pelo próprio Hayek (1985a, p. 34). Esses ingredientes que constituem a civilização existem simplesmente em virtude da experiência, de um processo evolutivo que lhes outorga a dignidade das coisas que sobreviveram, das coisas que, em algum sentido que não necessariamente precisa implicar inércia e imobilismo, deram certo.

É evidente que não há, aqui, qualquer espécie de culto irracionalista. Cuida-se, na realidade, da defesa da própria razão, que só é possível quando somos conscientes dos seus limites. A utopia coletivista é uma utopia racional (ou melhor, racionalista), porque ela conserva a pretensão de edificar uma sociedade nova (ou o “novo homem”) a partir de um conjunto de premissas teóricas que até podem fazer sentido no campo teórico; porém, quando descem ao ordinário da vida, confundem e até mesmo tiranizam os laços e as interações reais entre as pessoas. Essa sorte de racionalismo ignora completamente aquilo que Burke alertava contra os revolucionários franceses: os iluminados não têm nenhum respeito pela sabedoria dos outros (especialmente pela sabedoria das pessoas comuns), mas “têm plena confiança na sua própria” (BURKE, 2017, p. 141).

---

<sup>6</sup> Em “O Caminho da Servidão”, a ideia de ordem espontânea, que viria a ser mais detidamente trabalhada em “Direito, Legislação e Liberdade” (1985), ainda se coloca de modo mais intuitivo, com pouco amparo em uma compreensão histórico-filosófica de fundo. De todo modo, Hayek já assinalava que, sob o comando do “planejador” (que, no limite, abarca totalitariamente todos os campos da vida privada), não há espaço algum para a atividade espontânea, não guiada e independente de qualquer objetivo consciente e coletivo (HAYEK, 2001, p. 166).

A advertência de Hayek contra o racionalismo não revive apenas Burke, mas relembra Ortega y Gasset (2016) e a sua insuperável crítica aos “bárbaros especialistas”<sup>7</sup>. E a proximidade de Hayek com esses autores se torna nítida quando ele aponta que a ciência (especialmente a social) desenhada por esse tipo de especialista é, no fundo, intolerante. Há o desprezo por tudo aquilo que não tenha sido organizado por “espíritos superiores segundo um plano científico”. Há uma “impaciência ante o comportamento do homem comum” (HAYEK, 2001, p. 195). Uma postura verdadeiramente racional supõe, portanto, uma espécie de “voto de humildade”: muito do que é essencial para a vida em comunidade não pode ser conhecido por meio de uma racionalidade científica.

E aqui entra toda a ênfase de Hayek na sabedoria dissolvida no tecido social e transmitida de geração para geração. O guardião dessa sabedoria não é o especialista, não são os poucos que conservam a pretensão de “dirigir” os rumos da sociedade. A guarda dessa sabedoria é, em si mesma, uma guarda dissolvida, pulverizada, presente nos costumes e hábitos de parcela significativa dos membros da comunidade, sem que eles tenham, necessariamente, consciência de que carregam consigo uma herança tão valiosa como essa. E é precisamente no seio desse conhecimento disperso, mas valioso, que “nasce” o Direito. Ele não nasce porque alguém deliberadamente desejou. Trata-se de um processo, não de um ato de vontade (HAYEK, 1985a, p. 28). Trata-se da formação das regras de conduta que, com o tempo, as sociedades (consideradas, aqui, as suas peculiaridades) passam a entender como impositivas, como indispensáveis para a organização do convívio. É, precisamente, por isso que Hayek (1985a, p. 81) salienta, criticando veementemente o positivismo jurídico, que o Direito surgiu antes da legislação. O Direito, nesse sentido, não é a própria legislação. Ele é aquilo que a comunidade, com o tempo e de forma mais ou menos espontânea, vai definindo que ele é. A legislação pode ou não espelhar isso.

Mas por que Hayek está preocupado com uma possível confusão positivista entre Direito e legislação? É que ele enxerga certa tendência a atribuir ao legislador um tipo de soberania legitimada pela própria ideia de que é o legislador que, por um ato de simples vontade, determina o que é ou não é conforme o Direito. Hayek (1985a) contesta essa tendência com a ideia de que, a exemplo da sabedoria acumulada que caracterizaria o *Common Law*, o Direito é uma “ordem espontânea”; e, assim, precisa ser concebido para que aqueles que momentaneamente detenham uma parcela do poder político não o façam acreditando dispor de uma espécie de poder absoluto. No fundo, trata-se de uma advertência para que se olhe para o passado, para a regularidade dos comportamentos observáveis a partir da experiência. Isso é o Direito. Ou, dito de maneira negativa: o Direito não começa com a simples decisão do legislador.

A visão de Hayek sobre o Direito é muito interessante e contrasta com a aridez (e, em certo sentido, distanciamento irrealista, de determinadas correntes do positivismo jurídico). Porque ele tem plena consciência da importância da sociologia e da antropologia cultural para a compreensão do fenômeno jurídico como prática social. Para Hayek (1985a, p. 84), a formação

<sup>7</sup> O “bárbaro especialista” é aquele que conhece bastante da sua especialidade, mas ignora (sem a consciência de que ignora) completa e radicalmente todo o resto. É alguém cuja noção de continuidade, passado e herança (cultural, por exemplo) encontra-se esvaziada em nome de uma suposta “sabedoria” especializada. É, nas palavras do próprio Ortega y Gasset, um “sábio-ignorante” (2016, p. 190).

da ordem espontânea pressupõe um processo no qual (1) os indivíduos aprenderam a observar e a fazer cumprir normas de conduta, antes mesmo da sua verbalização; (2) essas normas evoluíram precisamente porque chegaram a constituir uma certa ordem; (3) e essa ordem é caracterizada pela regularidade das ações, fator que, em última instância, garante a eficácia da própria ordem. As normas de conduta que constituem a ordem espontânea têm, no fundo, uma função primordial: “informar as pessoas sobre que expectativas podem ou não ter” (HAYEK, 1985a, p. 118). Portanto, o Direito é, em Hayek, algo intrinsecamente dependente da evolução das relações sociais e da forma como essas relações exibem padrões de regularidade.

Pois bem, é verdade que em toda a sua obra Hayek expressou uma preferência pela administração da justiça articulada no interior do *Common Law*, porque ela refletiria com maior fidedignidade uma ordem espontânea. Por muitas razões que não cabe aprofundar aqui, um autor como Bentham discordaria fortemente. O que efetivamente resulta decisivo, porém, não é se deveríamos nos aproximar do *Common Law* ou se deveríamos seguir atribuindo ao legislador um papel central na criação do Direito. O que realmente é decisivo para compreender a ideia de ordem espontânea é o seguinte: em primeiro lugar, a ordem espontânea não tem absolutamente nada a ver com anomia ou com uma liberdade sem ordem (essa seria, com total certeza, uma forma bastante ingênua de enxergar essa questão); e em segundo lugar – e isto precisa ser sublinhado e reforçado –, o Direito não deve ser compreendido como um artefato, como um produto artificialmente criado pela intenção ou pela mente de alguém. Isso, para Hayek, não é Direito. O Direito está vinculado à regularidade das ações que mais ou menos, espontaneamente, os membros de uma comunidade aceitam como lícitas, como parte daquilo que poderíamos denominar “conduta devida” (HAYEK, 1985a).

Isso é, em linhas bastante apertadas, a noção de ordem espontânea (que Hayek chama de *kosmos*). E a noção de organização (que Hayek chama de *taxis*), seria o quê? A organização é a construção artificial do Direito, como se ele não derivasse da história de determinada comunidade e nada tivesse a ver com as relações concretas que as pessoas dessa comunidade efetivamente vivenciam. O costume, traduzido em ações regulares e aceitas, é o Direito. Mas uma pergunta aqui é fundamental: isso significa que a legislação, na perspectiva de Hayek, não deveria ser uma fonte de Direito? Não. Isso significa que a legislação, se efetivamente conserva a pretensão de corresponder ao Direito de uma determinada comunidade, deve positivar, deve atribuir autoridade a normas que realmente guardem conexão com as ações regulares daquela comunidade. Em palavras muito singelas: a lei não pode ser o produto da mente iluminada de nenhum candidato a sábio. A lei deve ser produto das relações sociais (HAYEK, 1985a).

Se a validade (ou mesmo a legitimidade, que é um critério normativo e talvez mais adequado para esse tipo de análise) da legislação repousar em elementos estranhos à comunidade, que é a destinatária mesma da legislação, então o Direito dessa comunidade específica já não pode ser concebido como uma ordem espontânea (e, para Hayek, sequer seria “Direito”). Nessa comunidade específica as coisas funcionariam sob a lógica de uma organização, porque nela o Direito é apenas um meio para a busca de propósitos determinados. Esses propósitos, em uma sociedade totalitária, podem ser definidos pelo partido único, pelo planejador central. Mas eles também podem estar definidos em uma Constituição, em princípio democrática,



que tenha como finalidade moldar ou dirigir a comunidade, adotando, inclusive, visões de justiça parciais, contingentes e particulares. Essa circunstância por si só já é violadora da ordem espontânea. E por qual razão? Porque há uma transferência do eixo de identificação e de legitimidade do Direito: da correspondência com as normas de conduta experimentadas na comunidade para a correspondência com os propósitos civilizatórios que, ao fim e ao cabo, só podem ser materializados por agentes determinados.

Segundo Hayek (1985a), sequer é inteligível falar em função judicial em uma organização<sup>8</sup>. É que, a rigor, o juiz de uma organização não tem independência. Ele é parte de uma engrenagem muito mais ampla que responde a objetivos específicos centralizados. Uma coisa é o julgamento segundo as leis que decorrem da cristalização ou positividade das normas sociais de conduta que uma determinada comunidade experimenta no curso da sua evolução histórica. Esse juiz, para Hayek, tem a função de manter a ordem. E o faz com a possibilidade de ser imparcial (o que significa, a rigor, exercer verdadeira função jurisdicional), porque ele é chamado a aplicar uma norma que tem a capacidade de estabilizar o conflito, porque é aceita pela comunidade (não individualmente por todos os membros, evidentemente, mas, ao menos, é legitimada pelos procedimentos que a tornam uma norma coletivamente vinculante). Na organização, o juiz julga em atenção aos objetivos e finalidades da organização. Ele passa a conceber a sua função não como a de alguém que, diante de um conflito, é chamado a manter a ordem em atenção às normas que aquela sociedade experimenta para a resolução daquele conflito. Ele passa a conceber a sua função como a de alguém que, antes de tudo, tem de equilibrar interesses à luz das finalidades e propósitos da organização.

Hayek invoca, em um dos capítulos de “Direito, Legislação e Liberdade” (1985a, p. 35), uma citação de Adam Smith que é, realmente, imprescindível para ilustrar o argumento que vem sendo desenhado até aqui. Diz Smith (2015):

O homem de sistema, ao contrário, é capaz de ser muito sábio em seu próprio conceito, e frequentemente está tão enamorado da suposta beleza de seu plano ideal de governo, que não pode tolerar o menor desvio de qualquer de suas partes. Perseverará em estabelecê-lo completamente, em todas as suas partes, sem levar em conta nem os grandes interesses, nem os fortes preconceitos que possam se opor a isso; parece imaginar que pode dispor de diferentes membros de uma grande sociedade com a mesma facilidade com que dispõe as diferentes peças sobre um tabuleiro de xadrez; não considera que as peças sobre um tabuleiro não têm outro princípio de movimento senão o que a mão lhes imprime, mas que no grande tabuleiro de xadrez da sociedade humana, cada peça isolada tem um princípio de movimento próprio, inteiramente diferente do que a legislatura pode escolher imprimir-lhe. **Se esses dois princípios coincidirem e agirem na mesma direção, o jogo da sociedade humana prosseguirá fácil e harmonicamente, e é muito provável que seja feliz e bem-sucedido. Se forem opostos ou diferentes, o jogo prosseguirá de maneira miserável, e a sociedade estará a todo momento no maior grau de desordem.** (SMITH, 2015, p. 292-293, grifo nosso).

<sup>8</sup> Esse argumento é semelhante ao de ATRIA (2016, p. 241) quando critica o neoconstitucionalismo. Para ele, o juiz neoconstitucionalista converte-se em administrador, porque agora lhe interessa, mais que a aplicação imparcial da lei, a perseguição do interesse geral.

A parte em destaque pode ser perfeitamente ilustrativa da distinção entre ordem espontânea e organização. Se as leis de uma comunidade correspondem à ordem espontânea, ou seja, se essas leis realmente refletem as normas de conduta que os cidadãos, nas suas relações, efetivamente adotam e consideram vinculantes, então essa comunidade vivenciará a **ordem**. Por outro lado, se o conteúdo dessas leis é alheio às normas de conduta que essa sociedade efetivamente valoriza e tem como legítimas, como verdadeiramente orientadoras da sua conduta moral (no sentido de uma moralidade que interessa na relação de um indivíduo com o outro), então essa sociedade tenderá à **desordem**. E por qual razão? Precisamente, porque essa sociedade passará a responder a normas de conduta que não têm relação com os valores que informam o comportamento que os seus membros efetivamente adotam. Haveria, neste caso, uma dissociação entre as leis e o Direito (aqui compreendido como ordem espontânea), porque as leis estariam a serviço de um planejamento ideal, de alguma espécie de propósito arquitetado “racionalmente”. Se é que esta forma de enunciar questão é mesmo didática, talvez pudéssemos resumir assim: em uma organização, as leis não são **da** comunidade, mas **para** a comunidade; elas não têm a função de expressar normas que já existem no tecido social, mas de criar normas para dirigir o comportamento dos indivíduos.

## O Constitucionalismo Idealista no Brasil: o Direito como Organização

O “constitucionalismo dos direitos” (ou, entre tantas outras etiquetas, “neoconstitucionalismo”) é incompatível com a ideia de ordem espontânea e implica compreender o Direito como organização. Essa tendência teórica quiçá possa ser sintetizada em uma frase: toda a ordem jurídica deve ter como missão servir aos direitos, realizá-los e efetivá-los. Como sabemos, normalmente, divide-se uma Constituição em duas partes: a parte dogmática, na qual se insere, principalmente, o catálogo de direitos; e a parte orgânica, que corresponde à distribuição e organização do poder político no interior da comunidade. O “constitucionalismo dos direitos” (MOREIRA, 2019), que não deixa de ser um tipo idealista de constitucionalismo, posiciona o catálogo de direitos no centro do ordenamento jurídico, de tal modo que toda e qualquer operação jurídica, refira-se a uma relação entre o indivíduo e o Estado ou a uma relação horizontal entre indivíduos, pode ser reconduzida à dimensão dos direitos. É essencialmente sobre isso que está falando Barroso quando leciona sobre a constitucionalização do Direito e a endossa. Suas palavras são nítidas:

[...] a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia –, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. (BARROSO, 2016, p. 522)

A leitura desse trecho confirma o temor de Hayek (1985a, p. 74): sob o caráter amplamente expansivo da Constituição, tudo vira direito público. Para ele, o Direito é um fenômeno,

antes de tudo, sociológico, anterior à organização institucional das leis, anterior, portanto, à própria Constituição. Isso porque, no fundo, o Direito não é um conceito, não é uma teoria. Trata-se de uma prática de ordenação que se manifesta, sempre e em primeiro lugar, na formação espontânea do tecido social. Todavia, as coisas mudam significativamente quando a Constituição se transforma no centro da ordem jurídica. Na perspectiva do “constitucionalismo dos direitos”, opera-se uma espécie de ficção: é como se a Constituição produzisse (no sentido mesmo de “gerar”) o Direito. Se todas as operações jurídicas podem ser, na prática, reconduzidas ao âmbito constitucional, como se nesse âmbito residissem todas as respostas para qualquer litígio, tem-se uma inversão na resposta à pergunta sobre como identificar o Direito. Aqui, o Direito “nasce” na Constituição. Ela não é simplesmente um documento que organiza a distribuição do poder político, cuja função, em consideração às forças e aos fatos sociais, consiste em representar, por meio de leis gerais e abstratas, as normas de conduta da sociedade. A Constituição, entendida à maneira do “neoconstitucionalista”, é o ponto de partida da experiência jurídica.

É evidente que, examinado o fenômeno jurídico na perspectiva da relação entre as normas, a Constituição representa a norma positiva fundamental e, nesse sentido bastante restrito, ela é o fundamento de validade de todos os atos jurídicos infraconstitucionais. Mas a questão, aqui, não é essa. O Direito, na perspectiva proposta por Hayek, não é um sistema de relações entre normas abstratas. O Direito é a ordem espontânea. O Direito é o código lícito/ilícito (LUHMANN, 2005) que a sociedade experimenta. E isso está em absoluto contraste com as implicações teóricas do “constitucionalismo dos direitos”. Para essa linha de pensamento, que se tornou indiscutivelmente dominante no Brasil das últimas décadas, a parte mais importante do Direito não são as normas de conduta oriundas das relações sociais, das relações concretas. A parte mais importante do Direito são os direitos, aquelas formulações geralmente principiológicas presentes na Constituição. Toda a ordem jurídica deve conformar-se ao “querer” dos direitos, àquilo que está projetado para ser alcançado como promessa de uma sociedade igualitária, justa, solidária, livre, sem discriminação. O Direito tem propósito.

**O problema é que essa é a definição mesma de organização**, com a sociedade pressionada para se conformar à Constituição, e não a Constituição à sociedade. E é basicamente isso que explica o êxito, entre nós, de slogans como “constituição dirigente” (CANOTILHO, 2001). Trata-se da ideia de uma Constituição normativamente vinculante, que dirige a sociedade, que pretende conduzi-la para um futuro civilizado, em direção ao progresso explicitado nas promessas da própria Constituição. De novo: é a definição de organização. O Direito não responde à ordem que emana da própria comunidade. É a comunidade que deve responder à ordem futura planejada pela Constituição. E uma Constituição desenhada sob a inspiração dessa mentalidade só poderia ser, na expressão que Roberto Campos (2018, p. 101) reservou às promessas da nossa Carta de 1988, “voluptuosamente descumprida”.

Nesse sentido, o projeto do “constitucionalismo dos direitos” tem certa natureza revolucionária, ainda que nem sempre explicitamente anunciada e, não raro, até mesmo apresentada como se, em vez de parte de um programa civilizatório, estivéssemos diante de algum tipo de verdade conceitual. O fato é que é próprio dos projetos revolucionários julgar o presente

não com as categorias do presente; e muito menos com as categorias do passado. O presente é julgado a partir de um ideal prometido e projetado para o futuro. Examina-se a sociedade real, concreta e de hoje, à luz de uma sociedade ideal, abstrata e planejada para o amanhã. O constitucionalismo torna-se, então, uma ideologia crítica, uma espécie de instrumento político para (1) denunciar o abismo entre a realidade e a promessa e (2) instigar os atores jurídicos ao engajamento na concretização contínua dessa mesma promessa.

Luigi Ferrajoli (2014, p. 20), outro autor cuja concepção de constitucionalismo exerce influência significativa no Brasil, expressa esses dois elementos de maneira muito nítida. Em primeiro lugar, quando distingue uma antinomia (a violação a um direito fundamental) de uma lacuna (a omissão na concreção de um direito fundamental; em particular, de um direito social). Em segundo lugar, quando sublinha a necessidade de que se construa uma “cultura jurídica militante” (2014, p. 89), destinada a edificar um ambiente de vigilância constitucional, isto é, de denúncia em relação às antinomias e lacunas, termos que, no fundo, correspondem à situação de descumprimento dos direitos fundamentais pelo poder político ou, para fazer menção a uma preocupação nuclear de Ferrajoli (2014, p. 162), pelas forças do mercado.

O “constitucionalismo dos direitos” não apenas coloca o Direito a serviço dos direitos, mas modifica o próprio conceito de democracia: ela passa do procedimento à substância, ela se confunde com a consolidação e garantia do projeto dos direitos (DWORKIN, 1986; FERRAJOLI, 2014). Tem-se, portanto, um modelo cuja culminação é o absoluto distanciamento entre o Direito e a comunidade. Tem-se, portanto, um modelo que se afasta radicalmente da noção de ordem espontânea. O Direito é, aqui, um instrumento destinado a realizar o projeto constitucional, o projeto dos direitos. A democracia, por sua vez, não é simplesmente um mecanismo, fundado limitadamente na regra da maioria<sup>9</sup>, por meio do qual a comunidade estabelece as suas normas. A democracia é também a correspondência com a promessa do “mundo dos direitos”. Tanto é assim que Luís Roberto Barroso (2016, p. 523), chama o “constitucionalismo dos direitos” de “constitucionalismo democrático”. E o faz não porque se trate de um constitucionalismo a serviço da vontade popular; e sim porque se trata de um constitucionalismo a serviço da “vontade dos direitos”.

Mas há algo assim como a “vontade dos direitos”? Princípios como liberdade, dignidade e igualdade, o que significam? Qual seria a sua “vontade”? Que decisões concretas e coletivamente vinculantes poderíamos extrair de cada um desses princípios? O “constitucionalismo dos direitos” pretende sujeitar o Direito e a democracia à substância de um conjunto (cada vez mais extenso e dúctil) de direitos, formulados de modo abstrato e entregues à argumentação moral. O problema é que, segundo Atria (2016, p. 277) e Besson (2005, p. 72), esses direitos são conceitos polêmicos. Ou seja: em uma sociedade pluralista, discordamos, por exemplo, sobre o conceito de igualdade e discordamos, ainda, sobre as situações concretas em que há

---

<sup>9</sup> A limitação da regra da maioria por direitos individuais básicos, como a vida, a propriedade e a liberdade, é a essência da tradição constitucionalista. O “constitucionalismo dos direitos” – o “neoconstitucionalismo” da segunda metade do século XX – não está preocupado com a limitação do poder político. Portanto, ele rompe com a tradição e essa é mais uma razão para o considerar, com matizações, revolucionário. Os direitos não são concebidos como um limite em favor do indivíduo e contra o Estado. Os direitos são um instrumento argumentativo para o exercício do poder político por poderes não eleitos.

a realização ou a violação desse conceito. Por isso, um liberal defenderá certa concepção da igualdade, enquanto um social-democrata defenderá outra. Essas concepções são leituras político-morais de um conceito que, em abstrato, é essencialmente contestável (GALLIE, 1956).

Então não há, na verdade, a “vontade” dos direitos; ou, pelo menos, o seu conteúdo não é demonstrável por simples apreensão, pelo acesso direto e imediato ao princípio. Em palavras singelas: Barroso não pode pretender resolver um conflito político sobre a igualdade simplesmente invocando a própria norma da igualdade, porque ela é incapaz de resolver o conflito. A menos que, entre a norma em abstrato e o seu aplicador, entre a igualdade e Barroso, haja algo mais. Toda a questão é que esse “algo mais” não corresponde à “vontade” do direito em si, do princípio, não corresponde ao conteúdo imediatamente extraível da norma da igualdade. Esse “algo mais” é simplesmente a vontade do aplicador, a vontade de Barroso. E essa vontade está guiada não pelo conceito, mas pela concepção; não pelo princípio, mas pela leitura politicamente controversa e disputável que o aplicador desenvolve, explicitamente ou não, desse princípio.

E assim Hayek volta a ter razão, porque, se as coisas realmente funcionam dessa maneira, não há efetivamente um “constitucionalismo dos direitos”, mas um constitucionalismo de quem interpreta e aplica os direitos. O modelo da “Constituição total”, em que todo o ordenamento é impregnado pelos direitos fundamentais, pelas promessas em forma de princípios que a Constituição consagra, não passa de um modelo de “poder total”. É o planejador idealista de Hayek que volta à cena, desta vez não como legislador onisciente (que era a preocupação fundamental de Hayek), mas como juiz onisciente, mas também onipresente, porque a presença da Constituição na vida ordinária, em qualquer litígio ordinário, nada mais é do que a presença do juiz (e, em especial, até mesmo do juiz constitucional) na vida política e social da comunidade. Outra vez: trata-se do Direito como organização, em que a genuína jurisdição tende a desaparecer para dar lugar à genuína administração – os juízes cuidando do interesse geral.

O “neoconstitucionalista” certamente não concordaria com nada disso. Por exemplo: Barroso sustenta, em defesa da sua concepção do Direito, que decisões fundadas em princípios não são arbitrárias<sup>10</sup>, pois esses princípios, de lastro constitucional, impõem limites ao intérprete. E ele vai além: diz que o juiz constitucional (mas evidentemente qualquer juiz) “não está autorizado a impor suas próprias convicções” (BARROSO, 2018, p. 127). Nada mais correto, obviamente. O problema é o que ele afirma imediatamente depois, com a tranquilidade de quem não enxerga contradição alguma no que está escrevendo, sobre a tarefa desse mesmo juiz:

---

<sup>10</sup> O argumento desenvolvido neste artigo não precisa aceitar que qualquer decisão fundada em princípios é arbitrária. Ao contrário, uma argumentação “A”, com base no conceito de liberdade, pode ser justificável racionalmente. Mas isso não significa que uma argumentação “B”, com base no mesmo conceito, mas que alcance resultados diferentes, também não o seja. Uma coisa é dizer que raciocinar por princípios pode ser um exercício racional; outra coisa é dizer que esse exercício racional elimina a inexorável controvérsia político-moral dos princípios ou, ainda, afirmar que esse exercício racional prescinde de um raciocínio político-moral.

Pautado pelo material jurídico relevante (normas, conceitos, precedentes), pelos princípios constitucionais e pelos valores civilizatórios, cabe-lhe interpretar o sentimento social, o espírito de seu tempo e o sentido da história. Com a dose certa de prudência e ousadia. (BARROSO, 2018, p. 127).

“Interpretar o sentimento social, o espírito do seu tempo e o sentido da história”. O juiz barroseano é um juiz que se convenceu de que é o Hércules de Dworkin<sup>11</sup>. Não é preciso dizer muito, mas é preciso dizer, com as palavras de Francisco Laporta (2011, p. 178), pelo menos o que deveria ser óbvio: trata-se de um perigo público.

## Conclusão

Em “Direito, Legislação e Liberdade”, Hayek entendeu que, também para examinar o Direito, é preciso, antes de tudo, examinar as ideias que informam o Direito. Em outras palavras: o Direito não é somente aquilo que emana, em bruto, das relações sociais concretas, as expectativas normativas que os membros de uma determinada comunidade detêm. Para que o Direito realmente seja uma ordem espontânea, é preciso que aqueles que o operam e praticam assim o concebam. Se a mentalidade se modifica, se a concepção sobre o Direito se altera, então o Direito também acaba se transformando. As ideias têm, nesse contexto, um potencial revolucionário:

A situação é totalmente diversa, no entanto, quando uma filosofia geral do direito contrária à maior parte do direito existente começa a prevalecer. Os mesmos profissionais, por meio dos mesmos hábitos e técnicas, e em geral de modo igualmente involuntário, tornar-se-ão uma força revolucionária, tão eficazes na transformação do direito em seus mínimos detalhes quanto o foram antes da sua preservação. (HAYEK, 1985a, p. 74).

É precisamente nesse sentido que o “constitucionalismo dos direitos” tem potencial para provocar uma revolução no direito brasileiro (na verdade, é bem provável que ela já esteja consumada). Não importa o que decida majoritariamente a comunidade, porque a concepção de democracia foi modificada e quiçá seja, a esta altura, amplamente majoritária ao menos entre os juristas, práticos ou não. Não importa o que digam os textos das leis (aprovadas, como é natural, pelo poder político), porque essas leis estão sujeitas a uma leitura moral à luz de um conjunto flexível, dúctil e essencialmente controvertido de princípios constitucionais. Mas também é uma ficção pensar – como ensinam os juristas “neoconstitucionalistas” – que tudo o que importa é o que dizem a Constituição e os seus direitos fundamentais. Trata-se de uma ficção porque, ao fim e ao cabo, quem atribui conteúdo e alcance a esses direitos são os juízes. E atribuir conteúdo e alcance a um direito formulado como princípio é produzir uma leitura moral desse princípio.

---

<sup>11</sup> Hércules é o imaginário juiz de Dworkin, com poderes intelectuais sobre-humanos (DWORKIN, 1986, p. 239). Barroso poderia objetar que, neste ponto, está se referindo apenas às habilidades dos juízes constitucionais, não dos juízes ordinários. Seria preciso refletir até que ponto essa objeção constituiria, de fato, uma objeção, já que, referindo-se apenas ao juiz constitucional, Hércules seria, portanto, o próprio Barroso.

Então, a verdade é que esse Direito com propósito, esse Direito sujeito aos direitos, submetido às promessas constitucionais, é, no fundo, um Direito que também está sujeito aos seus planejadores centrais, a um modelo de organização no qual há um distanciamento abissal entre a ordem espontânea (que, para Hayek, seria o Direito) e tudo aquilo que a comunidade jurídica passou a entender que deve valer como jurídico e orientar a análise de toda e qualquer relação social, privada ou política. Se nada está fora da Constituição, como provoca o título deste trabalho, então nada escapa ao escrutínio do sistema de justiça. E a situação é ainda mais delicada. A Constituição não é mais compreendida como um texto dotado de autoridade e concebido para estabelecer limites ao poder (inclusive ao poder dos juízes). Ela é concebida como um projeto civilizatório, como um programa de direitos destinado a edificar uma sociedade ideal. O seu texto, portanto, tampouco importa. Os limites que eventualmente o texto constitucional poderia impor ao poder político e ao poder jurisdicional se desvanecem. Cada vez mais as esferas de autonomia privada se dissolvem em nome de um projeto de inspiração “iluminista”, do qual os membros da comunidade fazem parte não tanto como espectadores, mas como sujeitos de uma organização, no mesmo sentido identificado por Hayek (1985b, p. 126) no espírito da Declaração Universal de 1948 - Organização das Nações Unidas (ONU, 1948).

Como Hayek adverte em “O Caminho da Servidão” (2001, p. 190), esse tipo de coisa normalmente não deriva da mente de homens com a explícita intenção de instituir a opressão, de abrir caminho para a servidão, de reduzir as liberdades, de transformar a ordem espontânea em organização. Tudo isso é, via de regra, obra de “idealistas sinceros”, daqueles que sonham com um futuro de justiça plena e que, para tanto, impõem às circunstâncias imperfeitas do presente um conjunto de abstrações que, por definição, nunca se realizam, mas talvez desorganizem o mínimo de ordem que determinada sociedade, em determinado momento, é capaz de experimentar. É possível que esse idealismo explique o entusiasmo de Barroso, com o “constitucionalismo democrático”, um entusiasmo bem retratado na dedicatória de um de seus livros: “aos que sonharam com a revolução que não veio; aos que não perderam o ideal”.

## REFERÊNCIAS

ATRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BESSION, Samantha. **The morality of conflict: reasonable disagreement and the law**. New York: Bloomsbury Publishing, 2005.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a revolução na França**. Campinas: VIDE Editorial, 2017.

CAMPOS, Roberto. Ensaio sobre o surrealismo. *In*: ALMEIDA, Paulo Roberto de (org.). **A Constituição contra o Brasil: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988**. São Paulo: Mises Brasil, 2018. p. 100-103.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DWORKIN, Ronald Myles. **Law's empire**. Cambridge, MA: Belknap Press, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

GALLIE, W. B. Essentially contested concepts. **Proceedings of the Aristotelian Society**, Oxford, v. 56, n. 1, p. 167-198, 1956. <https://doi.org/10.1093/aristotelian/56.1.167>

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985a. v. 1.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985b. v. 2.

HAYEK, Friedrich August von. **The road to serfdom**. 2nd. ed. London: Routledge, 2001.

KUMM, Mattias. Who is afraid of the total constitution? Constitutional rights as principles and the constitutionalization of the private law. **German Law Journal**, Frankfurt, v. 7, n. 4, p. 341-369, 2006. <https://doi.org/10.1017/S2071832200004727>

LAPORTA, Francisco J. Sobre Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo. **Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 34, p. 167-181, 2011. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.11>

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005.

MOREIRA, Pedro da Silva. **Deferencia al legislador**: la vinculación del juez a la ley en el Estado constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração universal dos direitos humanos**. Paris: ONU, 1948. Disponível em: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf) Acesso em: 1 jun. 2022.

ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas**. Campinas: VIDE Editorial, 2016.

SMITH, Adam. **Teoria dos sentimentos morais**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1998.

RECEBIDO: 01 AGO 2022

APROVADO: 15 AGO 2022

PUBLICADO: 20 JAN 2023